



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Veronica Westergård

Moderskapet i svensk rätt
Hänger fastställsetalan om moderskap samman
med rättsordningen i övrigt?

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Sacharias Votinius

Termin: VT 2020

Innehåll

1	INLEDNING	5
1.1	Bakgrund	5
1.2	Syfte och frågeställningar	6
1.3	Avgränsning	6
1.4	Teori och metod	6
1.4.1	Peczeniks koherensbegrepp	7
1.5	Material	8
1.6	Forskningsläge	9
1.7	Disposition	10
2	MODERSKAPET I SVENSK RÄTT	11
2.1	Moderskapspresumtionen	11
2.2	Mater est-principen i föräldrabalken	11
2.2.1	Registrering i folkbokföringen	12
2.2.2	Registrering av moderskap med internationell anknytning	12
2.3	Nya regleringar om moderskap i föräldrabalken	13
3	FASTSTÄLLESETALAN OM MODERSKAP	14
3.1	Bakgrund till behovet	14
3.2	Förutsättningar för fastställsetalan	15
3.3	Rättelse genom negativ moderskapstalan	16
3.4	Positiv moderskapstalan	17
3.5	Rättens utredningsskyldighet i moderskapsmål	18
3.6	Talerätten i moderskapsmål	19
3.7	Beviskravet i moderskapsmål	20
4	MODERSKAPSMÅL I TINGSRÄTTER	23
4.1	Gemensamma nämnan	23
4.2	Negativ moderskapstalan	24
4.3	Bevisning och beviskrav	24
4.3.1	Otillräcklig bevisning	25

5	ANALYS OCH SLUTSATS	27
5.1	Förutsättningar för moderskapstalan	27
5.2	Analogier med föräldrabalkens bestämmelser	28
5.3	Koherens med övriga rättsordningen	28
5.4	Avslutning	30
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	31
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	34

Summary

Motherhood implies several legal aspects, such as custody, guardianship and inheritance. Legal maternal status is established based on an unwritten legal presumption of motherhood. In Sweden, this presumption is grounded in unwritten law, which is why uncertain motherhood is not to be determined by the Children and Parents Code. Precedents show that maternity instead may be determined by a declaratory claim according to the Code of Judicial Procedure. Such a claim differs widely from that which is required in paternity cases.

In recent years, the number of maternity cases in district courts has increased, possibly due to refugee immigration and stricter evidentiary requirements when registering family ties. DNA analysis is no longer seen as evidence of parenthood, according to the Supreme Administrative Court. Whoever does not have acceptable identity documents but wishes to register motherhood, is required to litigate in the district court, which is a process that is far more expensive for a woman than for a man.

This thesis clarifies the legal conditions for a declaratory claim on motherhood and examines whether analogies can be made in relation to the Children and Parents Code. However, what constitutes the best means of proof in maternity cases, and what evidence requirement should be applied, is still unclear. Absence of legislative regulation together with few precedents, has led to dissimilar judgments. In conclusion, it appears that current law is not fully congruent with the system of family law, and that this affects predictability in maternity cases.

In a broader sense, the practice of declaratory claim as means of maternity determination together with a shortage of regulation may also be seen as incongruent with the legal system. Recent amendments in the Children and Parents Code that were made in order to increase equality, seem to have brought about structural differences that cannot be resolved other than by the legislator.

Sammanfattning

Att vara mor till ett barn ger omfattande rättsverkningar såsom vårdnad, förmynderskap och arv. Det rättsliga moderskapet bestäms i svensk rätt av moderskapspresumtionen och är inte lagfäst annat än undantagsvis. Om moderskapet skulle vara oklart eller korrekta uppgifter saknas i folkbokföringen, kan ledning inte sökas i föräldrabalken. I stället har praxis utvisat att talan om moderskap får väckas enligt rättegångsbalkens ordning – om förutsättningarna för en fastställsetalan är uppfyllda. En sådan talan skiljer sig stort från bestämmelserna för faderskapsfastställelse.

De senaste åren har antalet moderskapsmål ökat i allmän domstol, vilket troligen kan hänföras till en ökad flyktinginvandring och Skatteverkets skärpta beviskrav vid folkbokföring av familjerelationer. DNA-bevisning räcker inte längre som bevis för föräldraskapet, enligt en dom från Högsta förvaltningsdomstolen. Den som saknar godtagbara identitetshandlingar och vill få ett moderskap registrerat hänvisas därför till att väcka talan i tingsrätten. En process som är långt kostsammare för en kvinna än för en man i samma situation.

Uppsatsen klarlägger de rättsliga förutsättningarna för en fastställsetalan om moderskap enligt 13 kap. 2 § 1 st. rättegångsbalken och utreder vilka analogier som är möjliga att göra med motsvarande bestämmelser i föräldrabalken. Vad som utgör bästa bevismedel i moderskapsmålen och vilket beviskrav som ska gälla är dock oklart. Frånvaro av lagreglering tillsammans med bristande praxis har lett till en skiftande rättstillämpning i underrätterna. Det innebär att gällande rätt inte är helt sammanhängande, vilket i slutänden påverkar förutsebarheten i moderskapsmålen.

Ordningen med fastställsetalan om moderskap samt det faktum att moderskapet till större del är oreglerat, kan också problematiseras utifrån att föräldrabalken de senaste åren reviderats på ett flertal punkter. Uppsatsen visar att vad som skulle leda till större jämlikhet i familjerätten i stället har skapat strukturella skillnader, som inte kan lösas i rättstillämpningen utan som kräver en insats från lagstiftaren.

Förord

Det kom en gång två skökor till kungen, och de fick företräde för honom. /.../

Då sade den andra kvinnan: "Nej, det är min son som lever och din som är död!" Men den första ropade: "Nej, din son är död och min lever!" Så tvistade de inför kung Salomo. Då sade han: "Den ena säger: Det är min son som lever och din som är död. Den andra säger: Nej, det är din son som är död och min som lever."

Och kungen sade: "Räck mig ett svärd!" När man kom med svärdet sade kungen: "Hugg det levande barnet mitt itu och ge hälften åt den ena och hälften åt den andra!" Då sade hon som var mor till den levande pojken – ty kärleken till sonen överväldigade henne: "Herre, ge honom hellre åt henne, döda honom inte!" Den andra sade: "Nej, ingen av oss skall ha honom. Hugg till!"

Då befallde kungen: "Ge det levande barnet åt kvinnan här. Döda honom inte. Det är hon som är hans mor." Hela Israel fick höra om den dom som kungen hade fällt, och alla fylldes av vördnad för honom. De förstod att kungen skipade rätt i kraft av gudomlig vishet.

1 Kungaboken 3:16, 22-28

Att fastställa moderskap på rätt sätt kräver ett stort mått av vishet. Tack alla som varit behjälpliga i denna skrivprocess, inte minst min handledare Sacharias Votinius.

Förkortningar

BlodundersökningsL	Lag (1958:642) om blodundersökning m.m. vid utredning av faderskap
Dir.	Direktiv
DNA	Deoxiribonukleinsyra
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
Europadomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
FB	Föräldrabalk (1949:381)
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
HovR	Hovrätten
HR:n	Häradsrätten
IFL	Lag (1985:367) om internationella faderskapsfrågor
KtM	Könskorrigering kvinna till man
JO	Justitieombudsmannen
JT	Juridisk Tidskrift
MtK	Könskorrigering man till kvinna
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, Avdelning I
NJA II	Nytt Juridiskt Arkiv, Avdelning II
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RF	Regeringsformen (1974:152)
RH	Rättsfall från hovrätterna
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TR	Tingsrätt

1 Inledning

1.1 Bakgrund

En märklig figur som står ut bland andra måltyper i allmän domstol är talan om fastställande av moderskap. Talan väcks då moderskapet är oklart, uppgifter saknas i folkbokföringen eller när en sådan registrering blivit felaktig. Att erhålla status som rättslig mor medför stora rättsverkningar såsom vårdnad, underhållsskyldighet, förmynderskap och arvsrätt.¹ Felaktiga eller bristande uppgifter i folkbokföringen kan således innebära både att ett barn saknar vårdnadshavare och att möjligheten till socialförsäkringsförmåner och arv går om intet.

Vad som särskiljer målen från andra är att moderskapet inte är lagfäst i svensk rätt annat än undantagsvis, till skillnad från faderskaps- eller föräldraskapsmål². I domstolen får ansökan därför registreras som en fastställsetalan att avgöras enligt rättegångsbalkens (RB) ordning. Praxis har utvisat att en fastställsetalan får föras om moderskap, men antalet vägledande avgöranden är dock få – inte minst gällande *hur* målen ska avgöras.³ Trots att den familjerättsliga lagstiftningen reviderats ett flertal gånger i närtid omgärdas talan om moderskap alltjämt av viss osäkerhet.

Ansökningsavgiften för en fastställsetalan är tre gånger så hög som för fastställande av faderskap och föräldraskap,⁴ men även andra förutsättningar skiljer sig från förädrabalkens (FB) bestämmelser. Frågan är då om ordningen med fastställsetalan om moderskap enligt 13 kap. 2 § 1 st. RB kan sägas hänga samman med övriga rättsordningen?

¹ Saldeen (2013) s. 50.

² Med föräldraskapsmål avses i uppsatsen fastställande av föräldraskap enligt 1 kap. 9 § FB.

³ Walin m.fl. (2018).

⁴ Förordning (1987:452) om avgifter i de allmänna domstolarna, bilaga 1. Kostnaden är för närvarande för mål om faderskap och föräldraskap 900 kronor och för fastställsetalan 2 800 kronor.

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsens syfte är att undersöka hur reglerna om fastställsetalan i 13 kap. 2 § 1 st. RB tillämpas gällande talan om moderskap och om denna konstruktion kan sägas hänga samman med rättsordningen. För att uppnå uppsatsens syfte kommer följande frågeställningar att besvaras:

- Vilka är de materiella och processuella förutsättningarna för en moderskapstalan enligt 13 kap. 2 § 1 st. RB?
- Vilka analogier är möjliga att göra i moderskapsmålen med motsvarande bestämmelser FB, i den mån processrättsliga frågor är oklara?
- Kan ordningen med fastställsetalan ifråga om moderskap sägas vara koherent, det vill säga sammanhängande, med övriga rättsordningen? Och som en följdfråga till den sista frågan: i den mån koherensen saknas – finns det godtagbara skäl för detta?

1.3 Avgränsning

Frågan om hur fastställande av moderskap hänger samman med övriga rättsordningen är naturligtvis intressant i ett större sammanhang – inte minst hur föräldraskapet i stort hänger ihop i svensk rätt. Moderskapet bestäms framför allt utifrån *moderskapspresumtionen* och i viss mån av FB:s regleringar. Dessutom pekar adoptionsdomar och numera möjligen verkställbarhetsförklaring av utländska vårdnadsdomar⁵ ut den rättsliga modern. Av utrymmesskäl kommer uppsatsen enbart att behandla moderskapstalan utifrån RB:s bestämmelser.

1.4 Teori och metod

För att undersöka hur en fastställsetalan kan föras avseende moderskap har de allmänt erkända rättskällorna – lagtext, förarbeten, praxis och doktrin – bearbetats utifrån vad som ofta beskrivs som rättsdogmatisk metod.

⁵ Utländska vårdnadsdomar har tidigare inte erkänts i svensk rätt utan lagstöd. Möjligen har rättsläget ändrats genom HD:s avgörande NJA 2019 s. 504 *Det kaliforniska surrogatarrangemanget*.

Rättsdogmatiken har emellanåt kritiserats utifrån att främst intressera sig för normerna och inte den faktiska rättstillämpningen, varför den kan behöva kompletteras med omvärldsiakttagelser.⁶ Ur ett rättsdogmatiskt perspektiv är dock utfallet av hur domstolar dömer i en viss fråga inte svaret på vad som utgör gällande rätt. Ett argument som grundar sig i hur domstolarna dömer, är snarare ett samhällsvetenskapligt och inte ett rättsdogmatiskt sådant.⁷

Begreppet *gällande rätt* kan dock i sig problematiseras, eftersom det enligt ordalydelsen omfattar både en teoretisk och praktisk mening.⁸ Det är dubbeltydigt och innebär för de flesta jurister enbart *tolkad* rätt. Aleksander Peczenik⁹, som stod för en vidgad rättskällelära, menade att gällande rätt är en egenskap hos hela normsystemet och samtidigt en systemförankrad egenskap, varigenom enskilda normer får sin tillhörighet till helheten. Gällande rätt måste därmed ses som en del av verkligheten, där enskilda delar – oavsett om de integreras utifrån reception eller av auktoritets-skäl – behöver harmoniseras för att skapa rättssäkra och förutsebara beslut.¹⁰

1.4.1 Peczeniks koherensbegrepp

Peczeniks koherensteori bygger på uppfattningen att rättssystemet är ett sammanhängande regelkomplex, där juristens uppgift är att eftersträva konsekventa avgöranden och där dennes domskäl avslöjar hur väl rätten sammanhänger, utifrån vilka och hur långa argumentationskedjor som krävs.¹¹ Hur sammanhängande ett rättsområde är kan beskrivas utifrån tre element. För det första kräver koherensen *logisk motsägelsefrihet*. För det andra består den av en *omfattande räckvidd*, det vill säga att ett så stort område som möjligt ska täckas in i regelkomplexet. Slutligen ska området *stödjas av så många inre komponenter* inom systemet som möjligt, för att

⁶ Kleineman (2018) s. 24f.

⁷ Kleineman (2013) s. 39.

⁸ Peczenik (1995 a) s. 17.

⁹ Aleksander Peczenik (1937-2005) var professor i allmän rättslära vid Lunds universitet.

¹⁰ Peczenik (1995 b) s. 152ff.

¹¹ Peczenik (1995 b) s. 564.

ses som sammanhängande. Ju mer koherent ett rättsområde är, desto högre rättvisa kan enligt teorin uppnås.¹²

För den här uppsatsens vidkommande innebär koherensperspektivet att frågeställningarna kommer att besvaras utifrån idén om att rätten bör vara logiskt motsägelsefri och sammanhängande inom systemet. Med systemet avses framför allt det familjerättsliga området. Laganalogierna med FB:s bestämmelser beaktas framför allt då processrättsliga svar saknas gällande fastställelsetalan om moderskap.

Med utgångspunkt i Peczeniks perspektiv på *rätten som ett sammanhang* kommer uppsatsen att omfatta dels en genomgång av rättskällorna avseende hur RB:s och FB:s regler tillämpas för moderskapstalan, dels en genomförd studie i hur moderskapstalan bedömts i rättstillämpningen.

Urvalet för den senare delen består av samtliga avgjorda moderskapsmål i TR för år 2018 och 2019 – detta trots att underrättsdomar anses ha ett lägre rättskällevärde. Eftersom talan om moderskap vanligen möter bifall i första instans, är antalet moderskapsmål från överrätterna numerärt få. Målet med genomgången av tingsrättsdomar har inte varit att uppnå ett statistiskt säkerställt resultat, utan att komplettera teoridelen med en undersökning av hur rättstillämpningen ser ut med avseende på *rättens utredningsskyldighet, talerätten* och *bevisning*. Studien har inskränkts till en genomläsning av domar, vilket gör att intressanta uppgifter såsom omloppstid och avskrivna mål bortfaller. Domarna har i bilaga 1 sammanställts utifrån vilken bevisning som åberopats i målen och valda delar har återgetts i det fjärde kapitlet till belysande av ovanstående.

1.5 Material

I avsaknad av lagregler för moderskap har rättsfallen NJA 1949 s. 144 *Bureåfallet* och NJA 2007 s. 684 i enlighet med rättskällehierarkin fått ett större utrymme i framställningen. Båda fallen rör visserligen *negativ bördstalan*, det vill säga talan om hävande av moderskap – i det senare fallet utan att någon annan mor fastställdes. Rättsfallen är dock relevanta utifrån

¹² Peczenik (2005) s. 261f.

det faktum att de utgör de rättskällor som det generellt refereras till i moderskapsmålen. Även andra rättsfall som HD liksom doktrin hänvisat till gällande fastställsetalan har beaktats i uppsatsen, i syfte att klarlägga de processrättsliga förutsättningarna.

Förutom rättsfall har förarbeten till FB och familjerättslig litteratur beaktats i uppsatsen, med utgångspunkt i Walin & Vängbys m.fl. kommentar till FB, Åke Saldeens *Barn- och föräldrarätt* samt framställningar i ämnet av professorerna Anna Singer och Johanna Schiratzki. Utgångspunkten för de processrättsliga resonemangen har framför allt tagits i Ekelöfs *Rättegång* och Fitgers m.fl. kommentar till RB.

Till materialet hör även de 76 tingsrättsavgöranden från år 2018 och 2019 som undersökts med avseende på rättstillämpningen. Underlaget har hämtats från rättsdatabasen InfoTorg.

1.6 Forskningsläge

Professorn i civilrätt vid Uppsala universitet Anna Singer, som forskat på hur föräldrarollen och synen på familjen historiskt har ändrats, har genom ett flertal publikationer påtalat luckor i svensk familjerätt. Brister i faderskapspresumtionen, faders stundom obefintliga talerätt och svårigheten att få moderskapet rättsligt erkänt i samband med surrogatarrangemang är exempel på detta. I hennes avhandling från år 2000 berörs kort problematiken med att rättsligt moderskap inte kan prövas i förvaltningsrättslig instans. Redan för tjugo år sedan menade hon att det sammantaget fanns skäl till lagändring av det rättsliga moderskapet.¹³

Det hör till saken att moderskapsmålen har ökat från att för några år sedan ha utgjort en handfull avgöranden per år i allmän domstol, till att nu ha tiodubblats. Att forskningen inte uppmärksammat de övriga skillnader som kan finnas i dessa mål, kan ha lett till att de lagändringar i FB som i närtid vidtagits helt förbisett frågan om rättsområdets koherens.

¹³ Singer (2000) s. 363.

1.7 Disposition

Uppsatsen består av fem delar. Efter inledningen följer en introduktion till hur moderskapet generellt regleras i svensk rätt. Här har jag funnit det nödvändigt att ta en utgångspunkt i *moderskapspresumtionen*, som visar hur moderskapet konstitueras i svensk rätt samt förklara varför vissa kvinnors moderskap synes omfattas av oklarhet.

Det tredje kapitlet redogör för förutsättningarna för fastställsetalan om moderskap enligt 13 kap. 2 § 1 st. RB. Utifrån rättsfallen framkommer processrättsliga regler och möjliga analogier.

I det fjärde kapitlet presenteras iakttagelser från de 76 tingsrättsdomar som undersökts, utifrån de frågeställningar uppsatsen söker svar på.

Underlaget återfinns i bilagan till uppsatsen.

Slutligen följer ett kapitel med analys och slutsats.

2 Moderskapet i svensk rätt

2.1 Moderskapspresumtionen

Det har historiskt saknats en lagreglering i svensk rätt kring hur moderskap ska fastställas såväl materiellt som processuellt. Motsvarande bestämmelser om faderskap infördes först genom lag (1917:376) om barn utom äktenskap m.m., i syfte att ge utomäktenskapliga barn samma rätt till underhåll som barn födda inom äktenskap.¹⁴ När lagen skulle antas menade lagberedningen utifrån den romerskrättsliga maximen *mater semper certa est* – det är alltid säkert vem som är ett barns mor – att närmare regler kring fastställande av moderskapet inte behövdes.¹⁵

Moderskapspresumtionen, även kallad *mater est-principen*, bygger på antagandet att kvinnan som föder ett barn därigenom bevisar att hon är mor i rättsligt hänseende – *mater est quam gestatio demonstrat*.¹⁶ Presumtionen är gemensam för många europeiska länder och i de nordiska länderna finns det även en motsvarande *pater est-presumption* – den man som är gift med den födande kvinnan presumeras vara barnets far. Faderskapspresumtionen framgår dock av FB.¹⁷

2.2 Mater est-principen i föräldrabalken

Att lagfästa mater est-principen aktualiserades först år 2003 då äggdonationer blev tillåtna i Sverige. Lagstiftaren fann att det behövde tydliggöras vem som är ett barns *rättsliga* mor – den *genetiska* eller den *biologiska* (födande) modern. Motsvarande reglering kring faderskap tar sikte på just det genetiska släktskapet, men för att inte donatorn skulle kunna fastställas som rättslig mor infördes en regel i 1 kap. 7 § FB, såsom ett specialfall av mater est-principen vid äggdonationer.¹⁸ Principen i detta

¹⁴ Walin m.fl. (2018).

¹⁵ Lagberedningens förslag till revision av giftermålsbalken och vissa delar av ärvdabalken (1915).

¹⁶ Singer (2019) s. 55.

¹⁷ SOU 2018:68 s. 117.

¹⁸ Saldeen (2013) s. 55.

lagrum utgör dock enligt Bogdan en fast regel och inte en presumtion, som skulle kunna brytas genom motbevisning.¹⁹ Samma lagrum utgör ett medvetet ställningstagande emot surrogatmoderskap.²⁰ Samtidigt som regeln i 1 kap. 7 § FB infördes, framfördes förslag om att generellt lagfästa moderskapspresumtionen, men lagrådet ansåg detta vara obehövt, eftersom principen råder av hävd.²¹ Sådana förslag har varit regelbundet återkommande.²²

2.2.1 Registrering i folkbokföringen

Mater est-principen såsom moderskapspresumtion synliggörs utifrån det faktum att moderskapet enligt § 24 folkbokföringslagen (1991:481) fastställs genom en anmälan till folkbokföringsdatabasen i samband med förlossningen, varvid moderskapet registreras. Anmälan innebär att kvinnan som registreras blir vårdnadshavare – barnet kommer annars att sakna formella föräldrar.²³ Detta uppmärksammades i ett hittebarnsfall 1987, varefter Justitieombudsmannen (JO) sedan modern återfunnits uttalade att ”registreringen i sig inte konstituerade moderskapet, utan det faktum att kvinnan ifråga hade fött barnet”.²⁴

2.2.2 Registrering av moderskap med internationell anknytning

I samband med att personer invandrar till Sverige och låter folkbokföra sig, får de lämna uppgifter om sina familjeband.²⁵ Det saknas lagbestämmelser för giltighet av moderskap i internationella förhållanden och därför tillämpas ovan nämnda moderskapspresumtion även när ett barn är fött utomlands. Detta sker i analogi med kollisionreglerna för faderskap, som stadgar att talan om fastställande av faderskap prövas enligt lagen i det land där barnet har sitt hemvist när målet avgörs i första instans.²⁶ För att en

¹⁹ Bogdan (2002) s. 746.

²⁰ Prop. 2001/02:89 s. 55.

²¹ Prop. 2001/02:89 s. 83.

²² Prop. 2017/18:155 s. 59.

²³ Singer (2000) s. 105, 360.

²⁴ JO 1989/90 s. 223-229.

²⁵ Schiratzki (2019) s. 38.

²⁶ Bogdan (2002) s. 747, § 5 lag (1985:367) om internationella faderskapsfrågor (IFL).

nyanländ kvinna ska registreras som mor till ett barn krävs enligt Skatteverkets rättsliga vägledning därför födelseattest eller andra godtagbara handlingar som styrker födelsen. Kravet bygger på att uppgifterna ska vara lätta att kontrollera för Skatteverket.²⁷ Vilka handlingar som krävs beror på vilket land som utfärdat dem. Handlingar från länder i krig, där folkbokföringen inte fungerar, tillmäts inte samma värde. DNA-bevisning har inte ansetts räcka för att styrka ett rättsligt moderskap, eftersom resultatet på sin höjd utvisar ett *genetiskt* moderskap.²⁸

2.3 Nya regleringar om moderskap i föräldrabalken

Den 1 januari 2019 infördes en rad förändringar i FB utifrån bl.a. ändrad könstillhörighet hos föräldrar. Detta i enlighet med regeringens ambition att uppnå jämlikhet inom den föräldraskapsrättsliga lagstiftningen.²⁹ Enligt 1 kap. 14 § FB kan därför moderskap fastställas för en kvinna som könskorrigeras (MtK) och som *inte* fött barnet, om hon uppfyller villkoren för att fastställas som far enligt 1 kap. 5 § FB. Motsvarande reglering om faderskap har införts även för en man som könskorrigeras (KtM) och som därefter föder ett barn. Av förarbetena framgår att Skatteverket flera år tidigare frångått att som mor registrera en man som könskorrigeras (KtM) och fött barn, trots rådande moderskapspresumtion.³⁰

Regeringen tillsatte i februari 2020 en utredning som bl.a. ska undersöka om en lagreglering bör införas för att ett barn i ett surrogatarrangemang ska kunna få en rättslig relation till en tilltänkt förälder i Sverige. Utredaren ska även överväga om de oskrivna principerna om moderskap bör lagfästas i FB. Utredningen ska presenteras i juni 2021.³¹

²⁷ Prop. 1990/91:153 s. 88.

²⁸ Skatteverket: Rättslig vägledning, Moderskap med internationell anknytning <<https://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2020.4/365042.html>> besökt 2020-05-11. I uppsatsen används begreppet DNA-undersökning omväxlande med det i domstol vedertagna begreppet *rättsgenetisk undersökning*, som framgår av BlodundersökningsL.

²⁹ Prop. 2017/18:155 s. 52.

³⁰ Prop. 2017/18:155 s. 56f.

³¹ Dir. 2020:19.

3 Fastställsetalan om moderskap enligt rättegångsbalkens ordning

3.1 Bakgrund till behovet

Såsom redogjorts för saknas en generell lagreglering av moderskapet i svensk rätt och därmed också lagregler för hur moderskapet ska fastställas. Är moderskapet oklart, kan detta inte lösas i analogi med FB:s bestämmelser, som bygger på att moderskapet först har fastställts. I stället har allmänna processuella regler om fastställsetalan i 13 kap. 2 § 1 st. RB ansetts vara tillämpliga.³²

Ovissheten om det rättsliga moderskapet kan uppstå av olika skäl. I de fall mödrar och barn skiljs åt på flykt till Sverige saknas ofta dokumentation kring familjebanden, samtidigt som banden kan spela roll för möjligheten till uppehållstillstånd.³³ Här tillämnar dock Migrationsverket en bevislättnad ifråga om moderskap. Om tillräckliga uppgifter saknas kring anknytningen mellan anhöriga, kan Migrationsverket ta in en DNA-undersökning.³⁴ Det innebär att det *genetiska* moderskapet kan ge möjlighet till uppehållstillstånd i Sverige, men enligt praxis inte till efterkommande registrering av det *rättsliga* moderskapet i folkbokföringen.³⁵ Utan en sådan registrering följer inga ytterligare rättsverkningar av moderskapet. Skatteverket hänvisar i stället parterna till möjligheten att föra fastställsetalan om moderskap i allmän domstol, för att därefter med hjälp av tingsrättsdomen bli folkbokförda som mor och barn.³⁶

³² Singer (2019) s. 56.

³³ Herrman (2015) s. 1004.

³⁴ Prop. 2005/06:72 s. 90.

³⁵ I HFD 2012 ref. 31 konstaterades att ett provresultat som visserligen talar starkt för ett faderskap saknar självständig betydelse när familjeband ska registreras, då det inte överensstämmer med de krav som uppställs för fastställande av faderskap enligt IFL eller FB. Rättsfallet gäller enligt praxis även moderskap.

³⁶ Skatteverket: Rättslig vägledning, Moderskap med internationell anknytning <<https://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2020.4/365042.html>> besökt 2020-05-11.

3.2 Förutsättningar för fastställsetalan

Att reglerna om fastställsetalan i 13 kap. 2 § 1 st. RB aktualiseras i mål om moderskap kan initialt tyckas långsökt. Av förarbetena till FB följer dock att detta är en sedan tidigare etablerad ordning. Inför FB:s tillkomst uttalade två av lagrådets ledamöter att RB:s regler om fastställsetalan alltjämt borde kunna suppleras de nya reglerna om bördstalan i FB.³⁷

I praxis hänvisas möjligheten till fastställsetalan om moderskap framför allt till två avgöranden från HD från år 1949 och 2007, där en sådan talan tilläts. Det första är NJA 1949 s. 144 *Bureåfallet*, som handlar om en vida omskriven barnförväxling i Västerbotten på 1940-talet.

Två kvinnor hade samma dag år 1942 fött varsin son på sjukstugan i Bureå. Det ena föräldraparet, som misstänkte att förväxling kommit att ske på sjukstugan, inledde fyra år senare en process i bördsfrågan. I målet fördes bevisning kring blodgrupp och ögonfärg. När barnen hunnit bli omkring sju år fastställde HD HovR:s dom, som förpliktade föräldraparen att byta barn, eftersom det ansågs utrett i målet att förväxlingen ägt rum.

Domstolen tillät i detta fall käranden, som utgjordes av det ena föräldraparet, att föra *bördstalan*. Käromålet måste i detta fall ses som ett yrkande om hävande och fastställande av såväl moder- som faderskap enligt 13 kap. 2 § 1 st. RB. Här var dock utgångspunkten – precis som i faderskapsmål – att det rättsliga moderskapet skulle överensstämma med det genetiska.³⁸

Förutsättningarna för en fastställsetalan enligt 13 kap. 2 § 1 st. RB måste vara uppfyllda för att talan inte ska avvisas på grund av processhinder. En fullgörelsetalan har till syfte att uppnå en verkställbar exekutionstitel, medan en fastställsetalan enbart förklarar huruvida ett *rättsförhållande* består eller inte består. Talan kan med andra ord både vara positiv och negativ. Därtill måste det *råda ovisshet* om rättsförhållandet, och denna ovisshet ska *lända* eller vanligare *leda käranden till förfång* – alltså vara till nackdel för denne. Ekelöf menar dock att det bara är frågan om huruvida talan rör ett rättsförhållande som ska prövas av rätten ex officio, medan ovisshets- och förfångsrekvisiten är dispositiva och enbart ska prövas

³⁷ NJA II 1950 s. 17, 25f.

³⁸ Singer (2000) s. 366.

om svaranden invänder.³⁹ I moderskapsmålen tycks domstolar göra en självständig bedömning av ovisshets- och förfångsrekvisiten.

I ett hovrättsfall från år 2018 hade en man och en kvinna donerat sperma och ägg till en surrogatmor i Georgien. När barnet var fött tog paret med det till Sverige. Mannen fastställdes som rättslig far utifrån den genetiska kopplingen, enligt FB:s bestämmelser. Barnet väckte därefter talan enligt 13 kap. 2 § 1 st. RB mot den georgiska modern, som av Skatteverket kommit att registreras som biologisk mor. Syftet med talan var att upphäva den georgiska kvinnans moderskap och få den svenska, genetiska modern fastställd som rättslig mor. Såväl TR som HovR avvisade talan, då moderskapet enligt 1 kap. 7 § FB tillkommer den biologiska, födande modern. Det gick således inte att påvisa någon ovisshet gällande rättsförhållandet, varför förutsättningarna för fastställsetalan inte var uppfyllda.⁴⁰

En fastställsetalan får inte heller föras om sakförhållanden, men ett domslut kan samtidigt formuleras som en förklaring om ett sakförhållandes existens, vilket är fallet i mål om familjerättsliga statusdomar.⁴¹

Ordalydelsen i 13 kap. 2 § 1 st. RB visar att talan är fakultativ – det vill säga att den *må upptagas* om den framstår som allmänt lämplig att föra, med utgångspunkt i den olägenhet den kan innebära för svaranden.⁴²

3.3 Rättelse genom negativ moderskapstalan

Om registrerade uppgifter av fadern skulle visa sig vara felaktiga, finns särskilda bestämmelser om hävande av faderskap i FB.⁴³ För hävande av moderskap hänvisas i stället till fastställsetalan.

I ett avgörande från år 1996 hade en kvinna väckt talan enligt 13 kap. 2 § 1 st. RB och ville få förklarad att de pojkar hon oriktigt vid inresan till Sverige hade uppgett var hennes söner, i stället var hennes bröder. Både TR och HovR avvisade målet och konstaterade att en sådan talan inte var möjlig, då ”sanningslösa uppgifter i folkbokföringen inte konstituerar ett rättsförhållande som det är möjligt att föra en fastställsetalan om”.⁴⁴

Rättsfallet måste anses överspelat genom HD:s avgörande i NJA 2007 s. 684. HD liksom underrätterna fann här att käranden, som utgjordes av fem

³⁹ Ekelöf m.fl. (2015) s. 126.

⁴⁰ Svea HovR T 5424-17.

⁴¹ Ekelöf m.fl. (2015) s. 127f.

⁴² Ekelöf m.fl. (2015) s. 131.

⁴³ 3 kap. 1-2 §§ FB.

⁴⁴ RH 1996:91.

barn, fick rätt att föra negativ fastställsetalan om både moder- och faderskapet enligt RB:s ordning. Bakgrunden var följande.

En kvinna kom som flykting från Afghanistan till Sverige år 1998 och hade med sig tolv barn. Maken fanns redan i Sverige. Barnen registrerades som parets barn i folkbokföringen utan att detta styrktes med några dokument. När barnen ett par år senare omhändertogs av sociala myndigheter, uppstod tveksamhet kring om alla tolv barn verkligen var parets biologiska barn, bland annat eftersom fyra av barnen var födda samma år. Fem barn, som kunde namnge andra föräldrar i Afghanistan, väckte talan enligt 13 kap. 2 § 1 st. RB och 1 kap. 2 § FB och åberopade DNA-analyser utförda av Rättsmedicinalverket. TR förklarade att paret inte var barnens föräldrar, vilket överklagades till HovR. HovR konstaterade att biologiskt ursprung inte utgör ett rättsförhållande, men eftersom omedelbara rättsverkningar följer av föräldraskapet, var det ändå möjligt för barnen att föra talan enligt 13:2 RB mot båda föräldrarna. HD fastställde HovR:s domslut.

Hovrättslagmannen var skiljaktig och menade att en domstol i egentlig mening inte kan häva ett moderskap eller faderskap, eftersom det är ett biologiskt faktum. En domstol kan bara upphäva en rättslig presumtion, förklara en faderskapsbekräftelse ogiltig eller upphäva en i dom lämnad förklaring om faderskap eller moderskap genom resning. Sedan svarandens status som föräldrar i målet hade registrerats uteslutande på muntliga uppgifter, konstituerade detta inte ett rättsförhållande. Då DNA-testerna utvisade att dessa uppgifter var uppenbart felaktiga, borde det enligt hovrättslagmannen i stället ankomma på Skatteverket att vidta en rättelse i registret, i stället för att barnen skulle behöva väcka talan i domstol.

HD slog därefter gällande rättsförhållandet fast att FB:s motsvarande reglering av faderskap bygger på uppfattningen att faderskapet utgör ett rättsförhållande som kan vara föremål för rättegång, och att samma reglering enligt praxis inte utesluter rättegång i de fall FB inte syftar till att reglera. Talan tilläts därför.

3.4 Positiv moderskapstalan

HD låter i NJA 2007 s. 684 även förstå att mål om *positiv moderskapstalan*, det vill säga *fastställande av moderskap* kan prövas i en rättegång, eftersom ovissheten om vem som är rättslig mor till ett barn leder barnet till förfång ifråga om vårdnad och förmynderskap.

Gällande positiv moderskapstalan hänvisar HD i samma mål även till ett äldre hovrättsavgörande, som refererats i SvJT 1968 ref. s. 89. Det handlade

här inte om ett minderårigt barn utan om en föräldralös man född 1912, under det då gällande barnamordsplakatet som gav ogifta mödrar rätt att vara anonyma.⁴⁵

I kyrkoböckerna fanns en anteckning om att en mans bägge föräldrar var okända. Mannen yrkade efter stämning vid HR:n att en viss kvinna måtte förklaras vara moder till honom. HR:n avvisade käromålet då mannens yrkande var begränsat till att endast avse fastställelse av huruvida ett faktiskt förhållande mellan parterna förelåg eller inte förelåg. Mannen överklagade domen till HovR:n som, i motsats till HR:ns bedömning, menade att förhållandet mellan mor och barn enligt lag är förenat med rättsverkningar i flera avseenden, varför det inte förelåg något hinder att ta upp talan till prövning i enlighet med RB 13 kap. 2 § 1 st.

Här förstår vi att en positiv moderskapstalan inte är begränsad till att gälla minderåriga barn och frågan om vårdnad och förmynderskap. Ett fastställt moderskap kan ju även ha arvsrättsliga implikationer i båda riktningar.

3.5 Rättens utredningsskyldighet i moderskapsmål

Bestämmelser om rättegången i mål om fader- och föräldraskap regleras i FB:s tredje kapitel. Flera av rättsfrågorna som aktualiseras i sådana mål är av processrättslig karaktär och handlar om rättens utredningsskyldighet, parts talerätt och bevisning.⁴⁶ Faderskapsmål är *indispositiva* vilket gör att domstolen enligt 3 kap. 9 § FB har ett övergripande utredningsansvar fram till dess att målet avgörs.

När det gäller moderskapsmålen är det utifrån hittills refererade rättsfall oklart vilka processrättsliga analogier som i övrigt kan göras med FB. Enligt huvudregeln i RB är tvistemål *dispositiva*, vilket innebär att parterna får förlikas om saken och att domstolen på svarandens medgivande ska bifalla kärandens yrkande.⁴⁷ När en ansökan om fastställande av moderskap inkommer till allmän domstol och registreras utgör den – i brist på andra valmöjligheter – tekniskt sett just en dispositiv fastställsetalan. Frågan är dock om domstolen ska bifalla ett moderskap enbart på medgivande såsom i dispositiva tvistemål, eller om utredningsansvaret enligt 3 kap. 9 § FB analogt föreligger även i moderskapsmål.

⁴⁵ Saldeen (2013) s. 54.

⁴⁶ Schiratzki (2019) s. 56.

⁴⁷ 35 kap. 3 § RB.

I det redan avhandlade rättsfallet NJA 2007 s. 684 om barnen från Afghanistan finns i HD:s domskäl slutligen en hänvisning till rättsfallet NJA 1996 s. 657. Målet handlade om en kvinna född år 1942 i Warszawas judeghetto och om möjligheten för henne att få fastställt att en viss man var hennes far, alternativt att samme man varit gift med hennes mor, till styrkande av att hon var av äkta börd. Frågan om äktenskaplig börd hade utifrån polsk lag arvsrättslig betydelse.

När domen hade överklagats till HovR av den för svaranden förordnade gode mannen, uppkom fråga om rättegångsfel. Borde målet i TR ha avgjorts av tre lagfarna domare enligt 1 kap. 3 a § RB, istället för av en lagfaren domare med nämnd i enlighet med 20 kap. 1 § FB, då det var fråga om en fastställsetalan enligt RB:s ordning? Och kunde verkligen god man förordnas för den utpekade fadern, i analogi med 20 kap. 2 § FB? Frågorna som dryftades i HovR handlade ytterst om huruvida en fastställsetalan per automatik ska anses vara dispositiv eller om processrättsliga analogier kan göras med FB. HD uttalade här att även i ett mål om positiv bördstalan enligt 13 kap. 2 § 1 st. RB, gäller bestämmelserna om rättens sammansättning och god man för bortavarande part enligt 20 kap. 1 och 2 §§ FB analogt, utifrån syftet – att få faderskapet fastställt.

Utifrån HD:s avgörande i NJA 1996 s. 657 och de svar som framkommer av domskälen angående att göra analogier med talan enligt FB, kan det antas att även moderskapsmål som avgörs enligt RB:s ordning bör ses som indispositiva. Att familjerättsliga statusmål, som samtliga är att betrakta som en *konstitutiv*, statusändrande talan, generellt är indispositiva är också utgångspunkten i Fitgers kommentar till RB.⁴⁸

3.6 Talerätten i moderskapsmål

I de rättsfall uppsatsen hittills har behandlat har vi sett att både mödrar och barn omväxlande varit kärke och svarande. Schiratzki menar att det verkar rimligt att även en mor – oavsett om hon felaktigt fastställts som mor eller moderskapet inte alls fastställts – har möjlighet att som kärke föra

⁴⁸ Fitger m.fl. (2019).

fastställsetalan gentemot barnet, förutsatt att rekvisiten är uppfyllda. Detta inte minst utifrån Europadomstolens praxis, där en förälder enligt rätten till respekt för privat- och familjeliv enligt art. 8 i den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) har rätt till fastställande av föräldraskap, oavsett den interna lagstiftningens regler om detsamma.⁴⁹

Här kan konstateras att talerätten i moderskapsmål tycks vara betydligt mer vidsträckt än i motsvarande faderskaps- och föräldraskapsmål. Utgångspunkten i FB är att talerätten tillkommer barnet, samt den man som vill få ett fastställt faderskap hävt.⁵⁰ Fitgers kommentar till RB uppger dock att talerätsregleringarna i FB ofta har uppfattats som talehinder för övriga personer och att det inte alltid är så enkelt att uppställa allmänna regler för talerätten, utan att det måste prövas i det enskilda fallet.⁵¹

Vi kan också konstatera att i både NJA 1996 s. 657 och NJA 2007 s. 684 har fastställsetalan om såväl moder- som faderskapet enligt 13 kap. 2 § 1 st. RB tillåtits, trots att det samtidigt funnits särskilda regleringar om faderskap i FB, vilket borde utesluta en fastställsetalan. Av Walins m.fl. lagkommentar till FB framgår att bördstalan enligt 13 kap. 2 § 1 st. RB under lång tid förekommit parallellt med FB:s regleringar, med den enda begränsningen att en man inte kan föra positiv bördstalan gentemot ett barn. Även lagkommentaren påpekar att en sådan ordning enligt Europadomstolen strider mot rätten till skydd för familjeliv enligt EKMR.⁵²

3.7 Beviskravet i moderskapsmål

Slutligen ska beröras frågan om vilket beviskrav som ska ställas i en fastställsetalan om moderskap. Enligt 35 kap. 1 § RB gäller *principen om fri bevisprövning* i domstol. Avseende beviskravet gäller generellt i

⁴⁹ Schiratzki (2019) s. 39, se även *Róžański mot Polen* (Europadomstolens dom 18.05.2006).

⁵⁰ 1 kap. 2 § och 3 kap. 5 § FB.

⁵¹ Fitger m.fl. (2019).

⁵² Walin m.fl. (2018).

tvistemål en *princip om normalbeviskrav*, vilket innebär att den bevisskyldige ska *visa* eller *styrka* sitt påstående.⁵³

Beviskravet ”styrkt” är utgångspunkten även i faderskapsmål, men utifrån 1 kap. 2 § 1 p. FB och fastställande av faderskap enligt 1 kap. 5 § 2 p. ges i vissa fall en bevislättning, i form av att det bara behöver göras *sannolikt* att mannen haft samlag med kvinnan under konceptionstiden och att barnet kommit till vid detta tillfälle, för det fall ett DNA-test inte är möjligt att genomföra.⁵⁴ Beviskraven är naturligtvis strängare vid hävande av en faderskapsbekräftelse än hävande av faderskapspresumtionen.⁵⁵ Utgångspunkten vid faderskapsfastställelse är att det rättsliga faderskapet sammanfaller med det genetiska – därför blir DNA-undersökningen också *det bästa bevismedlet* i att styrka detsamma.

Frågan uppkommer vilka bevismedel och beviskrav som ska efterfrågas i moderskapsmålen, där det enligt den romerskrättsliga maximen är själva födandet som konstituerar moderskapet? Singer uppger att när det förr uppstod osäkerhet kring moderskapet, fick det styrkas med vittnesuppgifter om förlossningen.⁵⁶

Utifrån befintlig rättspraxis i moderskapsmålen saknas närmare uppgifter om bevisning och beviskrav. Kan domstolen exempelvis utifrån sitt utredningsansvar besluta att ta in en DNA-undersökning? Och säger ett sådant provsvar egentligen något om moderskapet, då det är själva födandet som presumerar den rättsliga modern? Singer menar att det utifrån bristande lagstöd saknas möjlighet att analogt förordna om en DNA-undersökning i just moderskapsmål. Detta eftersom det finns ett grundlagsstadgat skydd mot kroppsingrepp i 2 kap. 6 § regeringsformen (RF), som inte kan hävas ens genom samtycke.⁵⁷ Det hindrar dock inte att en part själv bekostar en undersökning och ger in den som bevisning till domstolen. Herrman menar dock att det inte kan anses vara rättvist att undersökningar om faderskap bekostas av det allmänna, medan käranden i moderskapsmålen utifrån

⁵³ Ekelöf m.fl. (2009) s. 81f.

⁵⁴ Singer (2019) s. 61.

⁵⁵ Schiratzki (2019) s. 61.

⁵⁶ Singer (2019) s. 55.

⁵⁷ Singer (2000) s. 367.

bristande lagstöd får stå för undersökningen själv.⁵⁸ Kostnaden är – beräknad för en mor och ett barn – 5 500 kronor enligt Rättsmedicinalverkets prislista per den 1 februari 2019.⁵⁹ För att provet ska vara juridiskt giltigt krävs därtill att en opartisk tjänsteman, till exempel på vårdcentral, utför testet.⁶⁰

De bristande förutsättningarna för att besluta om DNA-undersökningar i moderskapsmålen medför enligt Herrman att domstolarna tillämpar alternativa metoder, såsom förhör under sanningsförsäkran, för att genom trovärdighetsbedömning fastställa moderskapet. En sådan lösning kan vara tillfredställande men kan enligt honom ändå inte anses motsvara ett DNA-resultat i exakthet – vilket utifrån likhetsprincipen borde påkalla en översyn av lagstiftaren.⁶¹

⁵⁸ Herrman (2015) s. 1007f.

⁵⁹ Rättsmedicinalverket, Faderns utredning och moderskapsutredning för privatpersoner: <<https://www.rmv.se/berord/dna-och-slaktskap/faderskapsutredning-och-moderskapsutredning-for-privatpersoner/>> , besökt 2020-05-16. Observera att även andra aktörer finns på området, där en annan prisbild kan råda.

⁶⁰ Rättsmedicinalverket, DNA-undersökningar för privatpersoner: <<https://www.rmv.se/berord/dna-och-slaktskap/dna-undersokningar-for-privatpersoner/>> , besökt 2020-05-16.

⁶¹ Herrman (2015) s. 1007.

4 Moderskapsmål i tingsrätter

4.1 Gemensamma nämnare

Antalet avgjorda moderskapsmål i tingsrätterna var 30 stycken för år 2018 och 46 stycken för år 2019, sammantaget 76 stycken (se bilaga 1). Av dessa har samtliga vunnit bifall utom ett mål, som vi har anledning att återkomma till.

I avgörandena konstateras generellt att moderskapet i svensk rätt följer av mater est-principen och att regler för fastställande saknas. Praxis har utvisat att det är möjligt att föra talan enligt 13 kap. 2 § 1 st. RB om hävande eller fastställande av moderskap. Som rättskälla anges ett eller flera av rättsfallen NJA 1949 s. 144 *Bureåfallet*, NJA 1996 s. 657, NJA 2007 s. 684 och SvJT 1968 ref. s. 89. Relationen mellan mor och barn kan sägas utgöra ett rättsförhållande och eftersom ovissheten kring detsamma leder käranden till förfång, får talan tillåtas. I ett av målen konstateras att ovissheten inte uteslutande måste syfta på förhållandet mellan parterna, utan även kan råda i förhållande till tredje man, enligt domskälen i Svea HovR Ö 920-85.⁶²

I moderskapsmålen är det vanligast att barnet väcker talan mot modern, men även motsatsen förekommer. I de fall modern väcker talan mot ett minderårigt barn, har TR förordnat om god man för barnet. En handfull mål rör minderåriga barn som i folkbokföringen saknar rättslig mor, då barnet fötts av svenska föräldrar utomlands, men saknar godtagbart födelsebevis.

Den generella berättelsen i målen är annars att parterna anlant till Sverige vid olika tidpunkter. De har beviljats uppehållstillstånd utifrån anknytning efter genomförd DNA-undersökning. När parterna har velat registrera familjebanden i folkbokföringen har de fått avslag, eftersom ett DNA-test enligt förvaltningsrättslig praxis inte i sig utvisar moderskapet. Eftersom det råder ovisshet kring det rättsliga moderskapet i folkbokföringen, har fastställsetalan tillåtits av domstolen. Överlag framgår att domstolarnas utgångspunkt är att moderskapsmålen är indispositiva och därmed har ett

⁶² Stockholms TR T 2775-16.

utredningsansvar. Merparten av moderskapsmålen avgörs på handlingarna enligt 42 kap. 18 § 2 st. 5 p. RB.

4.2 Negativ moderskapstalan

I tre av de undersökta domarna utgör talan både negativ och positiv fastställsetalan, det vill säga att moderskapet hävs och fastställs i förhållande till en annan kvinna. Moderskapet har blivit felaktigt registrerat i samband med ankomst till Sverige. I ett av målen har två barnfamiljer flytt tillsammans från Syrien och vid ankomst har av förbiseende ett barn råkat bli registrerat i fel familj. Det minderåriga barnet har genom socialnämndens försorg fått genomgå ett DNA-test och har därefter fått väcka talan mot både den felaktigt registrerade modern och den utpekade modern, för att få sin biologiska mor rättsligt fastställd.⁶³

4.3 Bevisning och beviskrav

De undersökta avgörandena skiljer sig kraftigt åt vad gäller bevisning, se bilaga 1.

Tretton av moderskapsmålen har bifallits utan att någon DNA-bevisning åberopas alls. I elva av dessa har man i stället för att avgöra frågan om moderskap på handlingarna, företagit målet till förenklad huvudförhandling enligt 42 kap. 20 § 2 st. RB, varvid parterna hörts under sanningsförsäkran. Det betyder att de redogjort för födelsen och familjebanden under ed. I ett av dessa mål presenteras foton och rätten konstaterar att likhet mellan parterna föreligger.⁶⁴ Ett mål har avgjorts på handlingarna och bifallits enbart på medgivande.⁶⁵

I 14 av 76 fall har TR beslutat att förordna om rättsgenetisk undersökning, trots det grundlagsstadgade skyddet mot kroppsingrepp (se resonemanget under punkt 3.7). Hälften av dessa 14 fall omfattar både fastställande av både faderskap och moderskap. I faderskapsmål kan domstolen med stöd av lag förordna om en rättsgenetisk undersökning,

⁶³ Vänersborgs TR T 720-18.

⁶⁴ Växjö TR T 2637-19.

⁶⁵ Blekinge TR T 1485-18.

varvid provtagning kan ske även av modern i syfte att fastställa faderskapet.⁶⁶ Det betyder att det rättsliga hindret mot att ta in DNA-undersökning avseende modern saknas i mål då fader- och moderskap ska prövas samtidigt.

I 21 av 76 fall åberopar käranden samma DNA-undersökning som företagits av Migrationsverket till styrkande av anknytningen, och i ytterligare tre fall har socialnämnden beslutat att ta in undersökningen, i analogi med FB:s bestämmelser.

När det gäller bevisning bör nämnas att flertalet av de domar där DNA-undersökning företagits, konstaterar att beräkningen om 99,999 procents överensstämmelse mellan mor och barn förutsätter att det inte föreligger något annat nära släktskap mellan kvinnan och barnet.

4.3.1 Otillräcklig bevisning

Endast i ett av moderskapsmålen ogillas käromålet. Tre vuxna syskon väcker talan mot en kvinna de vill få fastställt är deras rättsliga mor. I målet håller TR huvudförhandling i förenklad form. Kvinnan har medgett talan och bevisningen utgörs av vittnesförhör och ingivna identitetshandlingar.

Domstolen konstaterar å ena sidan att en fastställsetalan avseende moderskap utifrån NJA 2007 s. 684 visserligen är möjlig, å andra sidan att vägledande uttalanden avseende bevis- och processregler saknas. Domstolen ska inte bifalla talan endast på medgivandet, eftersom parterna inte själva bör disponera över processen. Det går att argumentera för en viss bevislättning även i moderskapsmål i analogi med FB:s bestämmelser, men eftersom lagstöd saknas för en sådan bevislättning gäller alltjämt beviskravet ”styrkt”. Vidare konstateras att även om vissa domstolar förordnar om rättsgenetisk undersökning i moderskapsmål, saknas lagstöd för detta. En part ska dock enligt *principen om bevisvärdering* åberopa den bästa möjliga bevisningen, såsom en DNA-undersökning. Bevisningen i målet räcker inte och käromålet ogillas därför.⁶⁷

⁶⁶ §§ 1-2 lag (1958:642) om blodundersökning m.m. vid utredning av faderskap (BlodundersökningsL).

⁶⁷ Södertörns TR T 4546-18.

Domen överklagas givetvis. När målet når HovR har dock parterna kompletterat sin bevisning med resultatet från en DNA-undersökning de själva företagit, varefter HovR bifaller talan utan att utveckla de processrättsliga resonemang som underförstått kan ha efterfrågats i tingsrättsdomen.⁶⁸

⁶⁸ Svea HovR T 6093-18.

5 Analys och slutsats

5.1 Förutsättningar för moderskapstalan

Som en del i uppsatsens syfte presenterades tre frågor. För det första efterfrågades svar på *vilka de materiella och processuella förutsättningarna är för en moderskapstalan enligt 13 kap. 2 § 1 st. RB*, samt *vilka analogier som kan göras med motsvarande faderskaps- och föräldraskapsmål*.

Uppsatsen har visat att moderskapet i svensk rätt bygger på mater est-principen och att det historiskt funnits en vilja hos lagstiftaren att låta moderskapet förbli oreglerat i lag, liksom faderskapet och föräldraskapet ska bygga på att moderskapet först har fastställts. Här har fastställsetalan enligt 13 kap. 2 § 1 st. RB varit en möjlig lösning för att fastställa moderskapet när detta varit oklart. Ordningen ska inte ses som en ”nödlösning” i brist på lagreglering, då *positiv* och *negativ bördestalan* varit en sedan länge etablerad figur i svensk rättstillämpning avseende moderskap och tidigare även faderskap.

Som visats i rättsfallsgenomgången anses relationen mellan mor och barn utgöra ett rättsförhållande, varför talan om fastställande av moderskap får väckas enligt 13 kap. 2 § 1 st. RB, förutsatt att ovisshets- och förfångsrekvisiten är uppfyllda. Avslaget på att få det genetiska moderskapet registrerat i folkbokföringen bedöms generellt av domstolar utgöra en ovisshet om rättsförhållandet till förfång för käranden. Utformningen av 13 kap. 2 § 1 st. RB innebär att både mor och barn kan väcka talan, vilket ger en vidare talerätt än FB:s motsvarande bestämmelser. Moderskapsmålen har generellt bedömts vara indispositiva, vilket innebär att domstolen har ett långtgående utredningsansvar och inte måste bifalla käromålet på medgivande, såsom i dispositiva mål.

5.2 Analogier med föräldrabalkens bestämmelser

En fastställsetalan om moderskap avgörs ifråga om rättens sammansättning enligt FB:s ordning och om svaranden frånvarar, kan god man för bortavarande part utses enligt 20 kap. 2 § FB.

Eftersom moderskapet inte är lagfäst i svensk rätt och få prejudikat finns, är det svårt att ge ett entydigt svar på vilka ytterligare analogier med faderskapsmålen som kan göras. Den stora skillnaden mellan måltyperna är att det biologiska moderskapet medför rättsligt moderskap, medan det rättsliga faderskapet generellt sammanfaller med det genetiska. En domstol som anser att moderskapet kan och bör styrkas med DNA-bevisning, kan utifrån det grundlagsstadgade skyddet mot kroppsingrepp svårligen förordna om en sådan i analogi med faderskapsmålen. Om viss bevislättning kan ges, såsom i faderskapsmål, är en fråga som lämnas obesvarad.

5.3 Koherens med övriga rättsordningen

För det andra efterfrågades *om ordningen med fastställsetalan ifråga om moderskap kan sägas vara koherent med övriga rättsordningen* – samt i den mån den inte är det, *om det kan finnas godtagbara skäl* för detta. Utifrån Peczeniks perspektiv att gällande rätt utgör en *helhet mellan både reglerad och tillämpad rätt* för rättssäkra och förutsebara beslut, kan det konstateras att rättstillämpningen i moderskapsmålen skiljer sig kraftigt åt i underrätterna, utifrån vad som framkommit i det fjärde kapitlet. Det finns således en koherensbrist i gällande rätt enligt Peczeniks synsätt. De allra flesta mål tas dock inte till avgörande förrän nödvändig bevisning inhämtats, i enlighet med domstolens utredningsansvar (jämför 35 kap. 6 § RB och 3 kap. 9 § FB). Att bedömningen skiftar bör därför enligt min mening ha en större påverkan på *förutsebarheten* i målen än på *rättssäkerheten* – men utifrån ett *rättviseperspektiv* skulle detta kunna vara till men för den enskilde.

Utifrån Peczeniks perspektiv på rätten kan ett rättsområdes koherens även beskrivas utifrån att rätten ska vara *logiskt motsägelsefri*, ha en *stor*

räckvidd och stödjäs av så många inre komponenter inom systemet som möjligt. Uppsatsen har visat att bestämmelserna för moderskaps- och faderskapsmål inte harmoniserats vad gäller ansökningsavgift och exempelvis möjligheten till DNA-undersökning bekostad av det allmänna. Harmoniseringsåtgärder borde inte vara svåra för lagstiftaren att vidta, i den mån likhet på området eftersträvas. Utifrån samma skäl – att rätten ska vara logiskt motsägelsefri – finns det orsak att överväga om det är rimligt att allmän domstol ska godta samma bevisning som en förvaltningsrättslig myndighet, Skatteverket, avslår. Frågan är omfattande men den tillkommande domstolsprövningen innebär trots allt att den enskilde inte kan tillgodogöra sig de rättsverkningar moderskapet ger, förrän moderskapet har blivit fastställt och vunnit laga kraft – vilket tar sin tid.

Ur ett koherensperspektiv är det dock inte självklart att familjerätten är hjälpt av mindre justeringar. Svensk familjerätt har sedan balkens tillkomst återkommande reviderats för att anpassas både till samhällsförändringar och Europadomstolens praxis. Förändringar kan enligt min mening, trots den goda intentionen, leda till att rätten inte längre är *logiskt motsägelsefri*. Ett exempel på att moderskapstalan inte sammanhänger med övriga rättsordningen, är att det enligt moderskapspresumtionen alltjämt är födandet som konstituerar moderskapet, samtidigt som nyligen införda lagregleringar faktiskt fastställer moderskapet på ett helt annat sätt. Detta utifrån den uttalade ambitionen att uppnå jämlikhet inom den föräldraskapsrättsliga lagstiftningen. Möjligen finns det ingen annan lösning än att låta en man som könskorrigerats få moderskapet fastställt genom ordningen för faderskapsfastställelse enligt 1 kap. 5 och 14 §§ FB. Det framstår dock som motsägelsefullt när en kvinna enligt reglerna om fastställsetalan måste väcka talan mot sitt barn i domstol för att bli folkbokförd som rättslig mor, när moderskap enligt 1 kap. 14 § FB samtidigt kan fastställas hos socialnämnden, bekostat av det allmänna och utan domstolsprövning. På frågan om påvisad koherensbrist ändå kan ses som godtagbar, blir svaret att jag inte kan finna skäl för det.

Familjerätten är, som konstaterats, i ständig förändring. För närvarande utreds, såsom nämndes under punkt 2.3, bland annat rättslig status för

tilltänkta föräldrar i surrogatarrangemang. Utredaren har fått i uppgift att på nytt överväga om de oskrivna principerna om moderskap bör lagfästas i FB.

5.4 Avslutning

Uppsatsen har visat hur det rättsliga moderskapet konstitueras i svensk rätt och hur det kan fastställas enligt 13 kap. 2 § 1 st. RB, när oklarhet råder.

Frågan om hur själva födandet, som är utgångspunkten för mater est-principen, bäst bevisas är alltså obesvarad.

Uppsatsen har också visat att ordningen med fastställelsetalan om moderskap inte till fullo sammanhänger med övriga rättsordningen, och att det i slutänden blir den enskilde som bär konsekvenserna av koherensbristen.

Under uppsatsens gång har frågan väckts, om nuvarande ordning med talan om moderskap enligt 13 kap. 2 § 1 st. RB kommer att ha spelat ut sin roll, om moderskapspresumtionen faktiskt skulle komma att lagfästas som ett resultat av pågående utredning.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Utredningsbetänkanden

SOU 2018:68 Nya regler om faderskap och föräldraskap.

Propositioner och regeringsskrivelser

Dir. 2020:19, Utökade möjligheter att göra utländska föräldraskap gällande i Sverige.

Lagberedningens förslag till revision av giftermålsbalken och vissa delar av ärvdabalken. III Förslag till lag om barn utom äktenskap m.m. Stockholm 1915.

NJA II 1950 nr 1:1 förädrabalk.

Prop. 1982/83:8 Blodundersökning i faderskapsmål.

Prop. 1990/91:153 om ny folkbokföringslag m.m.

Prop. 2001/02:89 Behandling av ofrivillig barnlöshet.

Prop. 2005/06:72 Genomförande av EG-direktivet rätt till familjeåterförening samt vissa frågor om handläggning och DNA-analys vid familjeåterförening.

Prop. 2017/18:155 Modernare regler om assisterad befruktning och föräldraskap.

Litteratur

Bogdan, Michael, 'Internationellt privaträttsliga aspekter av äggdonation och surrogatmoderskap', *SvJT 2002 s. 745*.

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars, *Rättegång H. 4*, Sjunde omarbetade och reviderade upplagan, Norstedt, Stockholm, 2009.

Ekelöf, Per Olof, Pauli, Mikael & Edelstam, Henrik, *Rättegång Andra häftet*, Nionde omarbetade och reviderade upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2015.

Fitger, Peter, Sörbom, Monica, Eriksson, Tobias, Hall, Per, Palmkvist, Ragnar & Renfors, Cecilia, 'Talerätten i indispositiva familjemål', i:

- Rättegångsbalken m.m.*, Norstedts juridik, Stockholm, 2019.
- Herrman, John Neway, 'Moderskapsutredning i svenska domstolar – något om de rättsliga förutsättningarna när talan om föräldraskap provas', *Juridisk Tidskrift 2015-16 nr 4*.
- Kleineman, Jan, 'Rättsdogmatisk metod', i: Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018.
- Peczenik, Aleksander, 'Juridikens allmänna läror', *SvJT 2005 s. 249*.
- Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära*, Första upplagan, Fritze, Stockholm, 1995 (a).
- Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Första upplagan, Fritze, Stockholm, 1995 (b).
- Saldeen, Åke, *Barn- och föräldrarätt*, Sjunde reviderade upplagan, Iustus, Uppsala, 2013.
- Schiratzki, Johanna, *Barnrättens grunder*, Sjunde upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2019.
- Singer, Anna, *Barnets bästa: om barns rättsliga ställning i familj och samhälle*, Sjunde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2019.
- Singer, Anna, *Föräldraskap i rättslig belysning*, Iustus förlag, Uppsala, 2000.
- Walín, Gösta, Vängby, Staffan, Singer, Anna & Jänterä-Jareborg, Maarit, *Föräldrabalken en kommentar*, Norstedts juridik, Stockholm, 2018-, Första avdelningen, 1 kap.

Elektroniska källor

Rättsmedicinalverket: DNA-undersökningar för privatpersoner <<https://www.rmv.se/berord/dna-och-slaktskap/dna-undersokningar-for-privatpersoner/>>, besökt 2020-05-16.

Rättsmedicinalverket: Faderskapsutredning och moderskapsutredning för privatpersoner <<https://www.rmv.se/berord/dna-och-slaktskap/faderskapsutredning-och-moderskapsutredning-for-privatpersoner/>> , besökt 2020-05-16.

Skatteverket: Rättslig vägledning, Moderskap med internationell anknytning
<<https://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2020.4/365042.html>>, besökt 2020-05-11.

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1949 s. 144.

NJA 1996 s. 657.

NJA 2007 s. 684.

NJA 2019 s. 504.

Högsta förvaltningsdomstolen

HFD 2012 ref. 31.

Europadomstolen

Rózański mot Polen (Europadomstolens dom 18.05.2006).

Övriga domstolar och förvaltningsmyndigheter

Blekinge tingsrätt, T 1485-18.

Justitieombudsmannens ämbetsberättelse 1989/90 s. 223-229.

Stockholms tingsrätt, T 2775-16.

Svea hovrätt, RH 1996:91.

Svea hovrätt, T 5424-17.

Svea hovrätt, T 6093-18.

Svea hovrätt, Ö 920-85.

SvJT 1968 ref. s. 89.

Södertörns tingsrätt, T 4546-18.

Vänersborgs tingsrätt, T 720-18.

Växjö tingsrätt, T 2637-19.

Bilaga 1

Tingsrättsavgöranden hämtade från InfoTorg för år 2018.

Målnr	Domstol	Avg datur	Avslag	Mor k	Neg	Båda	DNA				HUF	ID-har	Dopbe	SF	Vittne	Attest	Foto
							Eget	MIV	Soc	TR							
T 3030-17	Luleå TR	18-01-03						x									
T 3250-17	Luleå TR	18-01-04						x				x	x				
T 3128-17	Kalmar TR	18-01-09									x						
T 7774-17	Solna TR	18-01-30				x					x						
T 2775-16	Stockholms TR	18-02-08			x		x										
T 6316-17	Örebro TR	18-02-21						x									
T 3371-17	Luleå TR	18-04-04									x	x		x	x		
T 720-18	Vänersborgs TR	18-05-02			x					x							
T 3370-17	Luleå TR	18-05-08						x			x						
T 389-18	Ångermanlands TR	18-05-22					x										
T 744-18	Örebro TR	18-05-30					x										
T 4546-18	Södertörns TR	18-05-30	x								x	x			x		
T 523-18	Södertälje TR	18-06-11				x						x	x				
T 187-18	Östersunds TR	18-06-29					x										
T 823-18	Ystads TR	18-08-14				x					x						
T 1364-18	Ångermanlands TR	18-08-14					x										
T 1370-18	Kalmar TR	18-09-24									x	x		x			
T 1396-18	Södertälje TR	18-09-24		x			x										
T 2488-18	Nyköpings TR	18-09-26						x									
T 1928-18	Södertälje TR	18-09-26		x			x										
T 1454-18	Södertälje TR	18-10-01				x					x	x		x			
T 3364-18	Västmanlands TR	18-10-11									x	x		x			
T 1485-18	Blekinge TR	18-10-17															
T 970-17	Haparanda TR	18-10-18									x						
T 1288-18	Östersunds TR	18-10-30				x					x						
T 1895-18	Gävle TR	18-10-31		x			x										
T 4511-18	Växjö TR	18-11-16		x	x		x										
T 2566-18	Uddevalla TR	18-11-28					x										
T 4508-18	Växjö TR	18-12-28		x							x						
T 2324-18	Växjö TR	18-12-28				x					x						

Förkortningar:

Avsl	Talan avslogs.
Mor	Modern var kärande emot barnet.
Neg	Negativ fastställsetalan/hävande av moderskap.
Båda	Målet har omfattat fastställelse av både moder- och faderskap, det senare enligt FB:s bestämmelser.
DNA, egen	Käranden har bekostat och gett in en egen DNA-undersökning.
DNA, MIV	En DNA-undersökning som tidigare tagits in av Migrationsverket inges.
DNA, Soc	Socialnämnden har förordnat om DNA-undersökning enligt 2 kap. 6 § FB.
DNA, TR	TR har förordnat om DNA-undersökning.
HUF	Målet har avgjorts vid förenklad huvudförhandling enligt 42 kap. 20 § RB.
ID-uppgift	ID-uppgifter från hemlandet har lämnats in som bevisning.
Dopbevis	En dopattest har getts in till styrkande av moderskapet.
Förhör SF	Förhör har hållits med parterna under sanningsförsäkran.
Vt	Vittnesförhör under ed har upptagits.
Attest	Vittnesattest har getts in.
Foto	Käranden har åberopat fotografier till styrkande av moderskapet.

Tingsrättsavgöranden hämtade från InfoTorg för år 2019.

Domstol	Avg datur	Avslag	Mor	Neg	Båda	DNA				HUF	ID-har	Dopbe	SF	Vittne	Attest	Foto
						Eget	MIV	Soc	TR							
Solna TR	19-01-14					x										
Växjö TR	19-01-28					x										
Kalmar TR	19-01-31		x			x										
Växjö TR	19-02-06									x	x		x			
Växjö TR	19-02-06		x			x										
Göteborgs TR	19-02-26						x									
Solna TR	19-03-04				x		x				x					
Göteborgs TR	19-03-20							x		x			x			
Stockholms TR	19-03-29					x									x	
Växjö TR	19-04-17									x	x		x			
Malmö TR	19-04-26							x								
Södertälje TR	19-06-05						x									
Växjö TR	19-06-12				x	x										
Växjö TR	19-06-17						x									
Uddevalla TR	19-06-20					x										
Solna TR	19-06-28		x				x									
Vänersborgs TR	19-07-01				x				x							
Nyköpings TR	19-07-24					x										
Hässleholms TR	19-07-26								x							
Kalmar TR	19-08-15								x							
Växjö TR	19-09-02				x				x							
Västmanlands TR	19-09-05					x				x			x			
Göteborg TR	19-09-12						x			x			x	x		
Solna TR	19-09-18		x			x										
Västmanlands TR	19-09-23						x				x					
Växjö TR	19-09-26						x									
Göteborgs TR	19-10-01				x	x			x							
Växjö TR	19-10-04									x			x			x
Blekinge TR	19-10-07									x	x		x			
Solna TR	19-10-09					x				x	x		x			
Hässleholms TR	19-10-09					x										
Kalmar TR	19-10-11						x									
Blekinge TR	19-10-16					x										
Nyköpings TR	19-10-18						x									
Solna TR	19-10-24						x			x			x			
Solna TR	19-10-25									x	x		x	x		
Växjö TR	19-10-30						x			x			x			
Västmanlands TR	19-11-06						x			x						
Luleå TR	19-11-07									x			x			
Göteborgs TR	19-11-07								x	x			x			
Skaraborgs TR	19-11-12				x		x									
Kalmar TR	19-11-18					x										
Västmanlands TR	19-11-22						x									
Skaraborgs TR	19-12-11						x									
Stockholms TR	19-12-20					x			x		x					
Hässleholms TR	19-12-20					x										