



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Fanny Zakariasson

## Surrogatmoderskap i svensk rätt

Om surrogatmoderskap i svensk rätt och kriminalisering av surrogatförmedling

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Linnea Wegerstad

Termin för examen: Period 1 VT2020

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>4</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>5</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>6</b>
1.1 Allmänt	6
1.2 Begrepp	8
1.3 Syfte och frågeställningar	9
1.4 Avgränsningar	10
1.5 Metod och material	11
1.5.1 Metod	11
1.5.2 Material	13
1.6 Forskningsläge	14
1.7 Disposition	14
<b>2 KOMMERSIELLA SURROGATARRANGEMANG</b>	<b>16</b>
2.1 Inledning	16
2.2 Surrogatförmedlingar	17
2.3 Surrogatavtal	17
2.4 Varför ska kommersiellt surrogatmoderskap motverkas?	18
<b>3 FAMILJERÄTTSLIGA BESTÄMMELSER</b>	<b>21</b>
3.1 Inledning	21
3.2 Föräldraskap	22
3.2.1 Faderskap	22
3.2.2 Moderskap	22
3.2.3 Medborgarskap	24
3.2.4 Adoption	24
<b>4 ASSISTERAD BEFRUKTNING OCH KRIMINALISERING</b>	<b>26</b>
4.1 Inledning	26

4.2	Assisterad befruktning	26
4.3	Utredningen om tillåtligheten	27
4.4	Lagen om genetisk integritet	28
<b>5</b>	<b>PRAXIS</b>	<b>31</b>
5.1	Inledning	31
5.2	Det kaliforniska surrogatarrangemanget	31
5.3	Särskilt yttrande och utredning	33
5.4	Surrogatarrangemanget i Arkansas	34
5.5	Analys	36
<b>6</b>	<b>RÄTT TILL RESPEKT FÖR PRIVAT- OCH FAMILJELIV</b>	<b>37</b>
6.1	Inledning	37
6.2	Artikel 8 EKMR	37
6.3	Margin of appreciation	39
6.4	Mennesson v. France	39
6.5	Paradiso and Campanelli v. Italy	42
6.6	Advisory opinion	44
6.7	Kriminaliseringens förenlighet med artikel 8 EKMR	44
<b>7</b>	<b>KRIMINALISERING AV SURROGATFÖRMEDLING</b>	<b>47</b>
7.1	Inledning	47
7.2	Brottssubjekt	47
7.3	Vad bör straffas?	49
7.3.1	Godtagbart skyddsintresse	50
7.3.2	Skada eller fara för skada på skyddsintresset	52
7.3.3	Skuldprincipen	53
7.3.4	Motstående intresse	54
7.3.5	Alternativ metod	54
7.3.5.1	Dansk rätt som inspiration till alternativ metod	55
7.3.5.2	Förbud mot surrogatavtal som alternativ metod	57
7.4	Internationella överenskommelser	59
7.5	Kravet på dubbel straffbarhet	60
7.6	Kritik mot kriminaliseringsprinciperna	61
<b>8</b>	<b>AVSLUTANDE SYNPUNKTER</b>	<b>64</b>

<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>67</b>
<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>72</b>

# Summary

Within the last year, the Swedish Supreme Court ruled in two cases concerning recognition of legal parentage following international surrogacy arrangements. The rulings raised questions about the Swedish legislation on legal recognition of foreign judicial decisions and its compatibility with the right to respect for private and family life provided by article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The two cases in the Swedish Supreme Court were outcomes of surrogacy arrangements. Questions on the legislation's ability to prevent commercial surrogacy agreements while at the same time catering to the best interests of the child has been raised following the rulings. Much attention has been paid to the child and its interests and rightfully so. Women's rights and the rights of the individual surrogate mother are two crucial aspects of surrogacy which also need proper attention.

The most recent Swedish public inquiry on surrogacy concluded that commercial surrogacy should be precluded by the society for a number of reasons, largely relying on arguments concerning women's rights. No legal measures were suggested, and hence not implemented, following that conclusion. The inquiry also concluded that no criminalization was necessary in order to preclude surrogacy since, according to the inquiry, the existing legislation was sufficient to preclude surrogacy.

In the light of the two rulings mentioned and the statements of the inquiry this thesis aims to assess the Swedish legislation on surrogacy and whether it facilitates or precludes surrogacy arrangements. This paper also aims to evaluate a criminalization of establishing contact between intended parents and surrogate mothers in order to preclude commercial surrogacy arrangements more efficiently, since surrogacy agencies play an important part in facilitating commercial surrogacy. Such a criminalization is evaluated based on the general principles of criminalization in Swedish criminal law. Its compliancy with the right to respect for private and family life provided by article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms is also assessed.

The thesis concludes that the Swedish legislation on surrogacy might not preclude surrogacy arrangements as efficiently as the inquiry suggested, partly due to the recent abolition of a prohibition on donation of gametes in the legislation on assisted reproduction techniques. Regarding the criminalization suggested in the thesis, the thesis concludes that such a criminalization might be compliant with the general principles of criminalization in Swedish criminal law even though it ultimately is a matter of judgement and a matter of opinion on criminal policy. The thesis shows that there is a wide *margin of appreciation* on the necessity of derogations on the right to respect for private and family life accruing to the ratifying states on the matter of surrogacy.

# Sammanfattning

Frågan om surrogatmoderskap har under det senaste året aktualiserats bland annat med anledning av två domar från Högsta domstolen. Domarna rörde erkännande av utländsk dom i syfte att fastställa rättsligt föräldraskap i Sverige för tilltänkta föräldrar till barn födda genom surrogatarrangemang.

Surrogatmoderskap väcker en rad viktiga etiska, moraliska och, inte minst, juridiska frågor. När fokus under det senaste året har hamnat på barnet och de juridiska frågor om barnets rätt till privatliv som surrogatarrangemang i många fall väcker, menar jag att det är viktigt att bibehålla fokus på alla intressen i frågan. Ett helt centralt sådant är surrogatmodern och hennes intressen.

Den senaste statliga offentliga utredningen om surrogatmoderskap menade att kommersiellt surrogatmoderskap ska motverkas av en rad skäl, bland annat hänförliga till de risker som surrogatmodern löper i och med arrangemangen. Inga åtgärder vidtogs med anledning av utredningens slutsats. Mot bakgrund av att surrogatarrangemang med svenska medborgare involverade verkar öka utreds därför i den här uppsatsen om det svenska regelverket kring surrogatmoderskap motverkar eller främjar kommersiellt surrogatmoderskap. I uppsatsen tillämpas den rättsdogmatiska metoden. Slutsatsen i denna del är att det finns indikationer på att kommersiellt surrogatmoderskap inte motverkas av de svenska reglerna, men också att skälen till de slutsatser om kriminalisering som utredningen drog inte existerar i samma utsträckning som de gjorde vid tiden för utredningen. Detta framförallt med anledning av att s.k. dubbeldonation (när donerade ägg och donerade spermier används vid en IVF-behandling) idag är tillåten.

I uppsatsen utreds även en kriminalisering av surrogatförmedling mot bakgrund av att kommersiellt surrogatmoderskap enligt utredningen ska motverkas. I många av surrogatarrangemangen är förmedlingen en helt central del i att kontakt etableras mellan tilltänkta föräldrar och surrogatmödrar. Förmedlingen spelar därför en viktig roll i arrangemangen över huvud taget äger rum. Kriminaliseringen utreds mot bakgrund av de allmänna kriminaliseringsprinciperna som ställer upp grundläggande krav för kriminalisering i svensk straffrätt. I uppsatsen konstateras att en sådan kriminalisering kan vara förenlig med principerna, men också att det i slutänden är en bedömningsfråga och en fråga om synen på straffrättens användning och straffrättspolitik. I uppsatsen konstateras också att en sådan kriminalisering kan vara förenlig med rätten till respekt för privat- och familjeliv som tillkommer svenska medborgare genom artikel 8 i Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR). Konventionsstaterna har en bred *margin of appreciation* i fråga om nödvändigheten av inskränkningar i

rätten till respekt för privat- och familjeliv när det kommer till surrogatmoderskap.

# Förord

Tack till min handledare Linnea Wegerstad för all inspiration och vägledning.

Tack till alla som har korrekturläst uppsatsen och peppat mig under tiden, speciellt till Alva, Anna, Moa och Nova.

Ana, Anna, Amelie, Emmy, Julia, Rebecca och Moa. Juristprogrammet hade inte varit hälften så kul utan er.

Fanny

Uppsala, 27 maj 2020



# Förkortningar

Barnkonventionen	United Nations Convention on the Rights of the Child
BrB	Brottsbalk (1962:700)
EKMR	Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU	Europeiska unionen
Europadomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
FB	Föräldrabalk (1949:381)
FN	Förenta nationerna
HD	Högsta domstolen
IFL	Lag (1985:367) om internationella faderskapsfrågor
IP	Internationell privat- och processrätt
IVF	In vitro-fertilization
Kvinnokonventionen	United Nations Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women
Lagen om genetisk integritet	Lag (2006:351) om genetisk integritet m.m.
Mater est-principen	Principen om mater semper certa est, mater est quam gestatio demonstrat (det är alltid säkert vem som är mor eftersom modern är den som födandet visar)
RF	Regeringsform (1974:152)
Smer	Statens medicinsk-etiska råd
SOSFS	Socialstyrelsens föfattningssamling

# 1 Inledning

## 1.1 Allmänt

Surrogatmoderskap är ingen ny företeelse. Det har förekommit i olika former under lång tid och går i korthet ut på att en person bär och föder ett barn med syftet att efter födelsen lämna över barnet till någon annan. 1981 hanterades frågan i en statlig utredning för första gången genom den s.k. Inseminationsutredningen<sup>1</sup>. Utredarna menade då att surrogatmoderskap var en högst tvivelaktig företeelse och att verksamheten förutsatte ett köpsläende om barn som inte var etiskt försvarbart.<sup>2</sup> Utredarna menade att kvinnan förfogar över sin kropp, t.ex. i bemärkelsen att rätten att bestämma huruvida man vill göra abort, eller dricka alkohol, tillkommer kvinnan själv och att denna självbestämmanderätt inte kan avtalas bort på det sätt som surrogatmoderskap kräver.<sup>3</sup> Surrogatmoderskap förekom då heller inte i Sverige enligt utredningen.<sup>4</sup>

Sedan dess har en hel del hänt, framförallt vad gäller förekomsten av arrangemangen men också vad gäller den allmänna inställningen till surrogatarrangemang och de etiska, moraliska och juridiska frågor surrogatmoderskap väcker. Reproduktionsteknologin utvecklas dessutom snabbt, vilket har föranlett en rad ändringar i de bestämmelser som gäller assisterad befruktning. Surrogatmoderskap är inte en metod inom assisterad befruktning men frågan avhandlas av utredare och lagstiftare i dessa sammanhang.<sup>5</sup>

Svenska myndigheter för ingen officiell statistik över det antal barn som föds efter surrogatarrangemang, men mycket tyder på att förekomsten av surrogatarrangemang med svenska tillänkta föräldrar inblandade ökar.<sup>6</sup>

Under 2019 kom två domar från Högsta domstolen (HD) som kastar nytt ljus på frågan om surrogatmoderskap. Båda domarna rörde erkännande av utländsk dom efter surrogatarrangemang i utlandet. I ett särskilt yttrande till den första domen tillade närvarande justitieråd att det fanns anledning för lagstiftaren att utreda de frågor som aktualiseras i domen. I februari 2020 gavs en särskild utredare i uppdrag att överväga utökade möjligheter att göra utländska föräldraskap gällande i Sverige. Utredaren ska bland annat analysera i vilka fall det med hänsyn till barnets rätt till privatliv och utifrån

---

<sup>1</sup> Se SOU 1985:5.

<sup>2</sup> Se SOU 1985:5 s. 50.

<sup>3</sup> Se SOU 1985:5. s. 49 f.

<sup>4</sup> Se SOU 1985:5 s. 34.

<sup>5</sup> Jfr. SOU 2016:11; prop. 2001/02:89; SOU 1985:5.

<sup>6</sup> Se SOU 2016:11 s. 458; <<https://www.dn.se/nyheter/sverige/sa-gick-surrogatmoderskap-om-utlandsadoptioner-i-sverige/>>, besökt 2020-05-02.

en genomgång av vad som bedöms vara barnets bästa kan krävas att barnet får en rättslig relation till en tilltänkt förälder i Sverige erkänd. Utredaren ska överväga och ta ställning till om det bör införas regler som gör det möjligt för en tilltänkt förälder att i dessa situationer bli rättslig förälder till barnet.<sup>7</sup> Utredningen pågår i skrivande stund och ska redovisas senast den 21 juni 2021.<sup>8</sup>

De två avgörandena tydliggör brister i svensk rätt när det kommer till behovet av att på ett effektivt sätt tillgodose barnets bästa för de barn som tillkommit genom surrogatmoderskap. De barn som föds i surrogatarrangemang ska ha samma rättigheter och möjligheter som andra barn att t.ex. få sina medborgarskap fastställda, vilket i sin tur kräver att åtminstone ett föräldraskap är fastställt.

Frågan om surrogatmoderskap kommer av naturliga skäl ofta att handla om barnets bästa eftersom syftet med surrogatmoderskap är ett barns födelse. När ett barn har fötts existerar en person vars intressen ska tillgodoses med beaktande av principen om barnets bästa. Enligt artikel 3 i United Nations Convention on the Rights of the Child (Barnkonventionen) ska det vid alla åtgärder som rör barn i första hand beaktas vad som bedöms vara barnets bästa.<sup>9</sup> Hänsynen till barnets bästa sätter gränser för hur situationer som rör det existerande barnet kan regleras. I kontexten av surrogatmoderskap handlar det bland annat om rätten till respekt för privat- och familjelivet i artikel 8 i Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR)<sup>10</sup> men också om t.ex. artikel 35 i Barnkonventionen som stadgar att konventionsstaterna ska vidta alla lämpliga åtgärder för att förebygga handel med barn.

När frågan om surrogatmoderskap på senare tid har aktualiserats, i svensk rätt, med anledning av principen om barnets bästa menar jag att det är viktigt att bibehålla fokus på alla intressen i frågan.

Innan ett barn existerar handlar frågan om surrogatmoderskap inte om barnets bästa. Kvinnors rätt till självbestämmande, kroppslig integritet och kontroll över sin sexuella och reproduktiva hälsa är då centrala intressen. Om barnet inte existerar kan inte principen om barnets bästa sägas vara ett motstående intresse i det skedet. Det motstående intresset är snarast rätten att få barn genom surrogatarrangemang, en rättighet som inte existerar. Frågan om surrogatmoderskap är komplex eftersom det handlar om att navigera i dessa olika intressen som väcker starkt känslomässigt engagemang.

---

<sup>7</sup> Se dir. 2020:19 s. 10.

<sup>8</sup> Se dir. 2020:19 s. 2.

<sup>9</sup> United Nations Convention on the Rights of the Child, New York 20 november 1989, SÖ 1990:20.

<sup>10</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rom 4 november 1950, SÖ1952:35; se även lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

Sedan Inseminationsutredningen redovisade sitt slutbetänkande har frågan om surrogatmoderskap behandlats av ett par utredningar och i ett par propositioner.<sup>11</sup> Den senaste utredningen, *Utredningen om utökade möjligheter till behandling av ofrivillig barnlöshet*, presenterade i sitt slutbetänkande SOU 2016:11 *Olika vägar till föräldraskap* sina slutsatser angående huruvida surrogatmoderskap skulle tillåtas i Sverige. Kommersiellt surrogatmoderskap skulle enligt utredningen inte tillåtas utan tvärtom motverkas.<sup>12</sup> Den här uppsatsen vilar på den slutsatsen.

Det är svårt att förena åtgärder som syftar till, eller som har som konsekvens, att underlätta för svenska medborgare att genomgå kommersiella surrogatarrangemang i utlandet med inställningen att det inte är godtagbart att sådana arrangemang äger rum.<sup>13</sup> Mot bakgrund av den rättsliga utvecklingen vad gäller föräldraskapsreglerna vid surrogatarrangemang finns anledning att se över vilka åtgärder som kan vidtas för att kommersiellt surrogatmoderskap ska motverkas samtidigt som barnets rättigheter tillgodoses.

## 1.2 Begrepp

*Surrogatmoderskap* innebär att en person med en livmoder bär ett barn som är tänkt att överlämnas till någon annan, eller några andra, efter födseln. Formerna för surrogatmoderskap varierar. En uppdelning görs ifråga om vems ägg som används i processen. *Fullständigt surrogatmoderskap* innebär att den tilltänkta moderns ägg, eller en äggdonators ägg, används vid befruktningen. Vid *partiellt surrogatmoderskap* används surrogatmoderns eget ägg.

En annan uppdelning görs ifråga om de ekonomiska arrangemangen. Vid *altruistiska surrogatarrangemang* ersätts inte surrogatmodern ekonomiskt annat än för de kostnader som kan uppstå i samband med graviditeten, som vårdutgifter och utebliven inkomst. Vid *kommersiellt surrogatmoderskap* ersätts surrogatmodern även för bärandet och förlossningen av barnet.

I uppsatsen ska begreppet *surrogatarrangemang* förstås som processen från att de tilltänkta föräldrarna tar kontakt med en förmedlare eller surrogatmodern själv, tills dess att det av de tilltänkta föräldrarna önskvärda tillståndet har uppnåtts; i normalfallet att de tilltänkta föräldrarna även är rättsliga föräldrar till det barn som tillkommit genom arrangemanget.

Termen *surrogat* ifrågasätts i dessa sammanhang från vissa håll. Ordet härstammar från latinets *su'rrogo*, 'låta välja i någons ställe', men betyder i allmänt språkbruk ersättning som i något viktigt avseende är sämre än det

---

<sup>11</sup> Se Ds 2000:51; prop. 2001/02:89. Både i promemorian och i propositionen nås slutsatsen att surrogatmoderskap inte skulle tillåtas.

<sup>12</sup> Se SOU 2016:11 s. 378 och s. 385.

<sup>13</sup> Jfr. prop. 2017/18:155 s. 41.

den ersätter.<sup>14</sup> Förespråkare för surrogatarrangemang använder ofta hellre termen värdmoderskap. I uppsatsen används *surrogatmoderskap* och *surrogatarrangemang* eftersom de är de vanligaste begreppen. Vad gäller föräldrarna används i engelskan *commissioning parents*, ungefär beställande föräldrar. *Intended parents*, *tilltänkta föräldrar*, förekommer också. Det senare begreppet är vanligast i svensk kontext och används därför, i svensk översättning, i uppsatsen.

*Internationella surrogatarrangemang* ska i den här uppsatsen förstås som surrogatarrangemang med en gränsöverskridande dimension; vanligtvis handlar det om att surrogatmodern bor, och är gravid, i ett annat land än det där de tilltänkta föräldrarna har sin hemvist.

*Assisterad befruktning* brukar användas som samlingsnamn för de metoder som används för att direkt åstadkomma befruktning.<sup>15</sup> I 1 kap. 3 § Socialstyrelsens föreskrifter 2009:32 (SOSFS 2009:32) definieras assisterad befruktning som åtgärd som syftar till att på medicinsk väg befrukta ägg med spermier i eller utanför en kvinnas kropp. Lag (2006:351) om genetisk integritet (lagen om genetisk integritet) befattar sig inte med begreppet assisterad befruktning. Istället stadgar 1 kap. 2 § i nämnda lag att lagen gäller insemination och befruktning utanför kroppen.

Surrogatmoderskap kan därför inte förstås som en metod inom assisterad befruktning. Däremot kan surrogatarrangemangen innehålla element av assisterad befruktning, vilket de oftast gör eftersom partiellt surrogatmoderskap inte är särskilt vanligt förekommande. Ägget är oftast inte surrogatmoderns eget, och måste därför befruktas utanför kroppen genom IVF.

*IVF* (in vitro-fertilization) är en metod inom assisterad befruktning som innebär att befruktningen sker utanför kroppen, vanligtvis i ett provrör.<sup>16</sup>

*Dubbeldonation* innebär att donerade ägg och donerade spermier används vid en IVF-behandling.

*Surrogatförmedling* ska i uppsatsen förstås som att förmedla kontakt mellan tilltänkta föräldrar och surrogatmödrar i syfte att uppnå surrogatarrangemang.

### 1.3 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att utreda huruvida den nuvarande regleringen av surrogatmoderskap i svensk rätt främjar eller motverkar kommersiellt

---

<sup>14</sup> Se <<https://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/l%C3%A5ng/surrogat>>, besökt 2020-04-08.

<sup>15</sup> Se prop. 2001/02:89 s. 17.

<sup>16</sup> Se <<https://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/l%C3%A5ng/assisterad-befruktning>>, besökt 2020-04-03.

surrogatmoderskap och om det därför finns skäl för kriminalisering av kommersiell surrogatförmedling. Detta ska utredas mot bakgrund av att den senaste utredningen i sitt slutbetänkande SOU 2016:11 *Olika vägar till föräldraskap* kom fram till slutsatsen att kommersiellt surrogatmoderskap ska motverkas. I syftet ingår även att utreda huruvida en kriminalisering av surrogatförmedling är förenlig med de allmänna kriminaliseringsprinciperna i svensk rätt.

Uppsatsens syfte tillgodoses genom att följande frågeställningar besvaras.

- Hur regleras surrogatmoderskap i svensk rätt?
- Motverkas eller främjas surrogatmoderskap av nuvarande reglering?
- Vilka skäl finns för kriminalisering av surrogatförmedling om kommersiellt surrogatmoderskap ska motverkas?
- Är en sådan kriminalisering förenlig med den rätt till respekt för privat- och familjeliv som uttrycks i artikel 8 i EKMR?
- Är kriminalisering av surrogatförmedling förenlig med de allmänna kriminaliseringsprinciperna?<sup>17</sup>

## 1.4 Avgränsningar

Surrogatmoderskap i allmänhet och kommersiella surrogatmoderskap i synnerhet är en internationell fråga. Den här uppsatsen avgränsas dock till att behandla de medel som står den svenska lagstiftaren till buds. Inom Haagkonferensen för internationell privaträtt pågår arbete med att ta fram ett internationellt privaträttsligt instrument för att t.ex. lösa problem med haltande föräldraskap som uppstår vid internationella surrogatarrangemang. Projektgruppens arbete är inriktat på det juridiska föräldraskapet och inte frågan om surrogatmoderskaps tillåtlighet, även om diskussioner också har förts kring minimiregler på området.<sup>18</sup> Arbetet är viktigt, speciellt i relation till de två domar från Högsta domstolen som avhandlas i kapitel fem. En närmare redogörelse för arbetet ligger dock utanför uppsatsens syfte dels eftersom Haagprojektet framförallt handlar om internationellt privat- och processrättsliga föräldraskapsregler, dels eftersom arbetet inte lär påverka den svenska lagstiftarens handlingsutrymme i frågan om huruvida en kriminalisering av kommersiell surrogatförmedling är möjlig.

---

<sup>17</sup> De allmänna kriminaliseringskriterierna presenteras i SOU 2013:38 *Vad bör straffas?* Del 2.

<sup>18</sup> Se The Permanent Bureau of The Parentage/Surrogacy project – an updating note (2015) s. 7.

Kommersiellt surrogatmoderskap handlar i stor utsträckning också om barns rättigheter. Dessa rättigheter berörs mer översiktligt i uppsatsen. Fokus ligger dels på den individuella surrogatmodern och dels på den mer abstrakta synen på jämställdhet och kvinnors rättigheter.

Frågan om altruistiskt surrogatmoderskap kan vara nära sammanhängande med frågan om kommersiellt surrogatmoderskap. Uppsatsen avgränsas till att endast avhandla kommersiellt surrogatmoderskap.

## 1.5 Metod och material

### 1.5.1 Metod

I uppsatsen tillämpas den rättsdogmatiska metoden. Det innebär, bland annat, att lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och doktrin används för att redovisa gällande rätt på ett område. Utgångspunkten för den rättsdogmatiska metoden är principerna för användandet av de allmänt accepterade rättskällorna.<sup>19</sup>

Relationen mellan den konkreta tillämpningssituationen och den abstrakta rättsregeln karaktäriserar rättsdogmatiken. I klartext handlar det om hur en viss lösning, dvs. 'gällande rättsnormer', ser ut på ett praktiskt och konkret problem.<sup>20</sup> Rättsdogmatiken innehåller alltid ett element av analys av de olika elementen i rättskällevärdet eftersom slutresultatet ska spegla gällande rätt.<sup>21</sup>

En viktig uppgift för den vetenskapligt inriktade rättsdogmatiken är att påtala inkonsekvens i rättskipningen. Doktrin har via den rättsdogmatiska metoden tillgång till vissa egenskaper som andra källor ofta saknar, t.ex. överblicken och att kunna relatera ett visst avgörande till andra avgöranden.<sup>22</sup> Det är centralt i en uppsats om surrogatmoderskap i och med att frågan aktualiserar ett flertal rättsområden.

Argumentationen är central i den rättsdogmatiska metoden. Vilka argument som är tillåtna och hur rättskällevärdet ska vägas in i den argumentationen är således av stor betydelse. Ett förhållningssätt är den bundna argumentationen där rättskällevärdet ska iaktas strikt. Mot den står den friare argumentationen som tillåter sig att leta skälighetsinriktade rättviseargument.<sup>23</sup> En friare argumentation kan vara motiverad om den sökta rättsregeln är svagt utvecklad. Rättspolitiska och andra värderingar måste då i högre grad vägas mot varandra.<sup>24</sup>

---

<sup>19</sup> Se Kleineman (2018) s. 21.

<sup>20</sup> Se Kleineman (2018) s. 26 f.

<sup>21</sup> Se Kleineman (2018) s. 26.

<sup>22</sup> Se Kleineman (2018) s. 35.

<sup>23</sup> Se Kleineman (2018) s. 27 f.

<sup>24</sup> Se Kleineman (2018) s. 27 f.

Rättsdogmatikens huvudsyfte, dvs. rekonstruktionen av gällande rätt, hindrar inte att arbete inom ramen för den rättsdogmatiska metoden vidgar perspektivet och går utanför gällande rätt. All vetenskaplig verksamhet går ut på att finna nya svar och bättre lösningar och det är därför, enligt Jareborg, helt legitimt för rättsdogmatiker att söka nya, ideala lösningar.<sup>25</sup> Svaghet i rättsregeln behöver således inte vara ett krav för att vid rättsdogmatisk argumentation vidga perspektivet.

Surrogatarrangemang faller många gånger tillbaka på rättsregler som är svagt utvecklade. Det gäller i lägre grad för de frågor som på senare tid fått lösningar genom t.ex. uppdaterade regler om fastställande av faderskap i internationella sammanhang.<sup>26</sup> Det gäller däremot i hög grad för den grundläggande frågan om huruvida surrogatmoderskap är tillåtet eller inte där det kan ifrågasättas om det överhuvudtaget finns någon rättsregel.<sup>27</sup> Den här uppsatsen präglas därför av en friare argumentation.

Det vidgade perspektivet som Jareborg menar kan omfattas av den rättsdogmatiska metoden utgörs i den här uppsatsen av ett jämställdhetsperspektiv med utgångspunkt i det stora forskningsområde som ibland går under samlingsbegreppet feministisk teoribildning. Feministiska perspektiv på rätten fångar dels upp rättsfrågor med direkt betydelse för kvinnor och dels den forskning som innehåller ett mångfacetterat, systemkritiskt perspektiv på rättens utgångspunkter och antaganden. Forskningstraditionerna kvinnorrätt, feministiska perspektiv på rätten, normativ feministisk rättsteori samt genus och rätt och den kunskap som har förmedlats ur dessa har av vissa sammanfattats i begreppet genusrättsvetenskap.<sup>28</sup> Fältet definieras utifrån kunskapsinnehållet, teori- och metodval och dess organisering och institutionalisering.<sup>29</sup>

Nicola Lacey menar att målet för feministisk kritik av rätten, genusrättsvetenskap, är ett antal antaganden som positivistisk och liberal rättensvetenskap vilar på. Ett av dessa antaganden är utgångspunkten att rätten är autonom och utgör ett slutet system som går att separera från politik, etik och religion.<sup>30</sup> Genusrättsvetenskapen ifrågasätter antagandet genom att studera hur rätten reflekterar, uttrycker och konstruerar maktrelationer mellan könen. Ett annat antagande som genusrättsvetenskapen ifrågasätter är föreställningen om att rätten är eller kan vara neutral och objektiv. Genusrättsvetenskapen rekonstruerar rättens anspråk på att vara könsneutral i en värld som inte är det. Bakom rättsliga konstruktioner finns mer eller mindre dolda premisser som knyter an till kön och etnicitet och som kan synliggöras.<sup>31</sup>

---

<sup>25</sup> Se Jareborg (2004) s. 4.

<sup>26</sup> Se prop. 2017/18:155 s. 44; jfr. 3 a § IFL.

<sup>27</sup> Se kapitel fyra för mer utförliga resonemang om tillåtligheten.

<sup>28</sup> Se Gunnarsson m.fl. (2018) s. 39.

<sup>29</sup> Se Gunnarsson m.fl. (2018) s. 15.

<sup>30</sup> Se Lacey (1998) s. 5–12; jfr. den rättsdogmatiska metodens begränsningar till de allmänt accepterade rättskällorna.

<sup>31</sup> Se Lacey (1998) s. 5–12; jfr. Burman (2007) s. 29.



I den här uppsatsen tydliggörs det antagande som redogjorts för ovan genom kriminaliseringskriterierna som kan sägas göra anspråk på att vara neutrala eller objektiva. Principerna är dock inte absoluta och utgör därför ett intressant verktyg i relation till att frågan om surrogatmoderskap är starkt präglad av intresseavvägningar och vilket perspektiv som antas. Den här uppsatsen fångar vidare upp frågan om surrogatmoderskap som har direkt betydelse för kvinnor och anlägger ett kritiskt perspektiv på vissa av rättens utgångspunkter och antaganden inom ramen för den rättsdogmatiska metoden.

Vissa delar av uppsatsen har komparativa inslag för att ge läsaren inblick i den internationella kontext som surrogatarrangemang existerar i.

## 1.5.2 Material

I uppsatsen används till viss del material som främst består av jämförande exempel i form av surrogatförmedlingars hemsidor och i något fall debattartiklar. Såsom redogjorts för ovan används den rättsdogmatiska metoden inom ramen för de allmänt accepterade rättskällorna. Den rättsanalytiska metoden tillåter dock andra former av källor och material och används således i de avsnitt där material som inte utgör rättskällor används.<sup>32</sup> Material som inte utgör rättskällor används dock inte i uppsatsen för att underbygga uppsatsens slutsatser, utan endast för att få insikt i ämnet.

För att besvara uppsatsens frågeställningar används traditionellt juridiskt material, dvs. lagstiftning, förarbeten, prejudikat och rättsvetenskapliga publikationer.

De prejudikat som avses är dels *Det kaliforniska surrogatarrangemanget*, NJA 2019 s. 504, och dels *Surrogatarrangemanget i Arkansas* (Högsta domstolens dom i mål nummer Ö 3622-19, meddelad 17 december 2019).

Den mest centrala utredningen för den här uppsatsen är *Utredningen om utökade möjligheter till behandling av ofrivillig barnlöshet*, och dess slutbetänkande SOU 2016:11 *Olika vägar till föräldraskap*. Utredningen föranledde bland annat prop. 2017/18:155 *Modernare regler om assisterad befruktning och föräldraskap* som också används i uppsatsen. Surrogatmoderskap präglas av dimensioner som hör till andra vetenskapliga fält än den juridiska disciplinen. Utredningen redogör för majoriteten av skälen för och emot surrogatmoderskap. Därför används utredningen som huvudsaklig källa vad gäller dessa skäl.

Vad gäller Europadomstolens praxis används ett par mål, däribland *Paradiso and Campanelli v. Italy*, no. 25358/12 den 24 januari 2017 och *Menesson v. France*, no. 65192/11 den 26 juni 2014.

---

<sup>32</sup> Jfr. Sandgren (2018) s. 50.

## 1.6 Forskningsläge

Surrogatmoderskap är en fråga som inte är speciellt välbehandlad i doktrin. Kutte Jönsson och Kajsa Ekis Ekman har respektive skrivit två böcker som ofta refereras till i sammanhanget, men de hör inte till doktrin utan snarare till filosofi och populärvetenskap. Jönsson har avhandlat de moralfilosofiska aspekterna av surrogatmoderskap och når slutsatsen att det går att argumentera för att metoden kan accepteras ur ett moraliskt perspektiv. Ekis Ekman skriver om exploateringen av utsatta kvinnors kroppar. I boken jämförs prostitution och surrogatmoderskap.

Anna Arvidsson har nyligen lagt fram en avhandling om surrogatmoderskap vid Medicinska fakulteten, Institutionen för kvinnors och barns hälsa vid Uppsala universitet.<sup>33</sup> Genom ett antal kvalitativa intervjustudier undersöker Arvidsson bl.a. uppfattningar om surrogatmoderskap från olika perspektiv i syfte att ge en mångfasetterad bild av surrogatmoderskap och i syfte att undersöka konsekvenserna med att surrogatmoderskap i hög utsträckning är oreglerat i Sverige och i Indien.

I den familjerättsliga doktrinen avhandlas surrogatmoderskap ofta i samband med föräldrabalkens regler om föräldraskap. Anna Singer och Erik Mägi och Lina-lea Zimmerman utmärker sig som de som skrivit mest om surrogatmoderskap i den bemärkelsen.<sup>34</sup> Michael Bogdan har publicerat ett par artiklar om de internationellt privaträttsliga aspekterna av surrogatmoderskap.<sup>35</sup> Det grundläggande ställningstagandet från lagstiftarens sida vad gäller surrogatmoderskaps tillåtlighet och hur övriga tillämpliga regler interagerar med det ställningstagandet behandlas i princip inte alls i doktrin. En förklaring kan vara att surrogatmoderskap fortfarande är en relativt ny fråga där mål som rör saken inte krävt domstolars uppmärksamhet förrän på senare år. Den här uppsatsen underbyggs därför i högre utsträckning av förarbeten och prejudikat.

År 2016 publicerade ett antal forskare en debattartikel där en kriminalisering av främjande av surrogatmoderskap föreslogs. Bestämmelsen föreslogs träffa alla som främjar ett surrogatarrangemang, dvs. beställare, organisatörer av verksamheten, personer som tillhandahåller könsceller och embryon etc.<sup>36</sup>

## 1.7 Disposition

I uppsatsens andra kapitel redogörs för centrala aspekter i surrogatarrangemang såsom surrogatförmedling och surrogatavtal. I kapitlet

---

<sup>33</sup> Se Arvidsson (2019).

<sup>34</sup> Se Singer (2019); Mägi och Zimmerman (2015).

<sup>35</sup> Se Bogdan (2002); Bogdan (2019).

<sup>36</sup> Se <<https://www.dn.se/arkiv/debatt/forbjud-surrogathandel-med-barn-kopta-i-utlandet/>>, besökt 2020-04-07.

presenteras också huvuddragen av de skäl som *Utredningen om utökade möjligheter till behandling av ofrivillig barnlöshet* menar underbygger slutsatsen att kommersiellt surrogatmoderskap ska motverkas. Den slutsatsen underbygger uppsatsen varför skälen redogörs för.

I kapitel tre redogörs kortfattat för majoriteten av de bestämmelser som omgärdar surrogatmoderskap i svensk rätt. Kommersiellt surrogatmoderskap betyder i svensk kontext oftast också internationellt surrogatmoderskap eller internationella surrogatarrangemang. Eftersom uppsatsen vilar på antagandet att kommersiellt surrogatmoderskap ska motverkas fokuserar kapitel tre därför på, föräldraskapsregler som aktualiseras vid internationella surrogatarrangemang. Bestämmelserna är dock ofta tillämpliga även på inhemska surrogatarrangemang.

I kapitel fyra analyseras bestämmelser om assisterad befruktning med anledning av att *Utredningen om utökade möjligheter till behandling av ofrivillig barnlöshet* avfärdade ytterligare kriminalisering av någon del av surrogatprocessen med hänvisning till bestämmelser om assisterad befruktning i lagen om genetisk integritet.

I kapitel fem analyseras två domar från Högsta domstolen, meddelade under 2019, som delvis skapat ett nytt rättsläge vad gäller erkännande av utländsk dom som fastställer moderskap och därigenom påverkar den rättsliga situationen för tilltänkta föräldrar och de barn som föds i samband med internationella surrogatarrangemang.

Den kriminalisering av surrogatförmedling som föreslås i uppsatsen kan riskera att inskränka artikel 8 i EKMR som garanterar rätt till respekt för privat- och familjeliv. I kapitel sex analyseras därför Europadomstolens praxis angående surrogatarrangemang och den *margin of appreciation* som tillkommer konventionsstaterna i fråga om att bedöma nödvändigheten av en inskränkning i artikel 8 i EKMR.

I uppsatsens sjunde kapitel presenteras ett förslag till kriminalisering av surrogatförmedling och en sådan kriminaliserings förenlighet med de allmänna kriminaliseringsprinciperna utreds.

I uppsatsens avslutande kapitel presenteras en sammanfattande analys och slutsatser.

# 2 Kommersiella surrogatarrangemang

## 2.1 Inledning

Surrogatarrangemang kan genomföras på ett antal olika sätt. Vad gäller den eller de tilltänkta föräldrarna kan det röra sig om en ensamstående man eller en ensamstående kvinna, eller om ett samkönat eller olikkönat par. Parternas medborgarskap har också betydelse för vissa delar av processen. Paren kan vidare vara gifta, registrerade partners, sambos eller särbos. Paren kan också ha separerat under den pågående surrogatprocessen.

Barnet i fråga kan vidare ha skapats genom olika konstellationer av könsceller. Barnet kan vara genetiskt barn till båda sina tilltänkta föräldrar om det finns två olikkönade sådana, eller endast en av dem. Barnet behöver inte vara genetiskt kopplat till den eller de tilltänkta föräldrarna överhuvudtaget. Alla dessa faktorer har olika rättsliga konsekvenser och aktualiserar olika rättsliga regler. Det ligger utanför den här uppsatsens syfte att redogöra för varje potentiell situation. I detta avsnitt redogörs därför endast för vissa centrala regler och principer som aktualiseras i de flesta surrogatarrangemang och som är nödvändiga för att tillgodose uppsatsens syfte.

I majoriteten av surrogatarrangemangen med svenska medborgare involverade handlar det antagligen om internationella, kommersiella, surrogatarrangemang.<sup>37</sup> Arrangemanget har då kopplingar till minst två länder, dvs. de tilltänkta föräldrarnas hemvistland och barnets födelseland.<sup>38</sup> Det innebär att en annan jurisdiktions reglering styr stora delar av förfarandena. Ett vanligt förekommande problem är t.ex. haltande föräldraskap vilket kan få stora konsekvenser för det barn som föds.<sup>39</sup> Den internationella dimensionen komplicerar också enskilda staters försök att motverka kommersiellt surrogatarrangemang eftersom det finns en uppenbar risk att de tilltänkta föräldrarna söker sig till andra länder som inte motverkar kommersiellt surrogatmoderskap.

Vid internationella surrogatarrangemang uppstår även en rad andra problem. Bristande kunskap hos de handläggande myndigheterna, olik tillämpning av regelverket och långa handläggningstider är några av de problem som uppstår. Problemen som uppkommer verkar till stor del bero på att Sverige i stor utsträckning saknar regler om surrogatarrangemang.<sup>40</sup> Flera av

---

<sup>37</sup> En förklaring till att den slutsatsen lär kunna dras är de svenska reglernas utformning, se vidare kapitel tre och fyra.

<sup>38</sup> Se SOU 2016:11 s. 462.

<sup>39</sup> Haltande föräldraskap uppstår när två staters föräldraskapsregler leder till att ett barn står utan rättsliga föräldrar.

<sup>40</sup> Se SOU 2016:11 s. 460.

problemen uppmärksammades av *Utredningen om utökade möjligheter till behandling av ofrivillig barnlöshet* och föranledde ett uppdrag till Myndigheten för familjerätt och föräldraskapsstöd att ta fram ett kunskapsstöd till myndigheter som hanterar frågor som rör surrogatarrangemang i utlandet.<sup>41</sup> Kunskapsstödet publicerades tidigare i år på myndighetens hemsida.<sup>42</sup>

## 2.2 Surrogatförmedlingar

Som nämnt i begreppsavsnittet görs en distinktion mellan kommersiella surrogatarrangemang och altruistiska surrogatarrangemang. Vid kommersiella surrogatarrangemang betalas ersättning till surrogatmodern, men också till den klinik som genomför behandlingen och till den organisation som förmedlar kontakt mellan de tilltänkta föräldrarna och surrogatmodern.<sup>43</sup>

Mellanhänder eller förmedlare i surrogatarrangemang har en central roll när det kommer till att koordinera surrogatmödrar och de tilltänkta föräldrarna. Förmedlingarna matchar ofta ihop parterna. När förmedlingen kan sköta matchningen centraliserat reduceras kostnaderna för samtliga inblandade parter. Centraliseringen minskar också risken för att arrangemanget misslyckas eftersom förmedlingen kan matcha tilltänkta föräldrar med surrogatmödrar. Förmedlingarna spelar också en viktig roll när det gäller garantier och efterlevnad genom att de garanterar utbytet av prestationer genom kontraktsvillkor.<sup>44</sup> Förmedlingarna kan också fungera som eller erbjuda tolk.<sup>45</sup> Förmedlingarna sköter ofta också kontakten med medicinska kliniker och andra instanser i processen.<sup>46</sup> Arrangemangens komplexa natur bidrar till att förmedlingarnas kunskap och stöd får stor betydelse för de tilltänkta föräldrarna.

## 2.3 Surrogatavtal

I vissa länder saknas reglering av surrogatverksamheten, och i andra länder, t.ex. Grekland, England och Israel har verksamheten lagreglerats. I de länder där reglering saknas bygger surrogatarrangemang på avtal mellan surrogatmodern och de tilltänkta föräldrarna.<sup>47</sup>

Avtalen kan utformas på olika sätt och med olika materiellt innehåll. En surrogatförmedling som vänder sig till tilltänkta föräldrar i Norden uppger

---

<sup>41</sup> Se SOU 2016:11; prop. 2017/18:155 s. 50.

<sup>42</sup> Se <<https://mfof.se/faderskap-och-foraldraskap/kunskapsstod-till-surrogat-arrangemang-i-utlandet.html>>, besökt 2020-04-20.

<sup>43</sup> Se prop. 2017/18:155 s. 40.

<sup>44</sup> Se Krawiec (2009) s. 235 ff.

<sup>45</sup> Se Arvidsson (2019) s. 55.

<sup>46</sup> Jfr. <<https://www.nordicsurrogacy.se/hur-fungerar-surrogatprogrammen-och-surrogatmodraskap/>>, besökt 2020-05-10;

<<https://www.surrogacysweden.se/startaenprocess/index.html>>, besökt 2020-05-10.

<sup>47</sup> Se Singer (2019) s. 107.

på sin hemsida att surrogatmodern får göra abort om det finns medicinska skäl, dvs. att surrogatmoderns eller barnets hälsa eller liv är hotade. Inga andra skäl motiverar abort, eftersom ”detta [är] ett kontraktsbrott och leder till att avtalet hävs och att surrogaten, beroende på omständigheterna, riskerar att få betala ett skadestånd till föräldrarna”.<sup>48</sup> Vad gäller surrogatmoderns ångerrätt uppger samma förmedling att ”hon skriver på ett surrogatavtal och vet hela tiden om att barnet inte är hennes”.<sup>49</sup>

Anna Singer menar att ett sådant avtal inte skulle tillerkännas rättslig giltighet i Sverige mot bakgrund av att det länge rått enighet i Sverige om att surrogatmoderskap inte är förenligt med människovärdesprincipen.<sup>50</sup> Den uppfattningen delas av Erik Mägi och Lina-lea Zimmerman, som menar att det inte finns några möjligheter till juridiskt bindande överenskommelser om surrogatarrangemang i Sverige, utan endast till moraliskt bindande sådana.<sup>51</sup>

## 2.4 Varför ska kommersiellt surrogatmoderskap motverkas?

Utgångspunkten i den här uppsatsen är att kommersiellt surrogatmoderskap ska motverkas mot bakgrund av att det är utredningens slutsats i SOU 2016:11 *Olika vägar till föräldraskap*.<sup>52</sup> Regeringens slutsats med anledning av utredningens bedömning var att det inte borde genomföras författningsändringar i syfte att underlätta för svenska medborgare att genomgå surrogatarrangemang i utlandet.<sup>53</sup> Detta eftersom det inte var godtagbart att surrogatarrangemang äger rum för vinnings skull. Regeringen konstaterade också att det är svårt att förena åtgärder som syftar till att underlätta för svenska medborgare att genomgå kommersiella surrogatarrangemang i utlandet med inställningen att det inte är godtagbart med sådana arrangemang.<sup>54</sup>

Utredningens slutsats föranleddes av ett antal skäl.

Statens medicinsk-etiska råd (Smer) konstaterade i en rapport från 2013 att kommersiellt surrogatmoderskap inte är en etiskt godtagbar metod. Metoden riskerar att leda till exploatering av kvinnor och innebär en kommersialisering av fortplantningsprocessen och barnets tillblivelse. Surrogatmodern används som medel för att lösa det barnlösa paret eller personens problem, vilket Smer menade kan strida mot

---

<sup>48</sup> Se <<https://www.nordicsurrogacy.se/faq-surrogatmamma-gravid-aggdonation/>> under rubriken *Har surrogatmamman rätt att avbryta graviditeten?*, besökt 2020-03-26.

<sup>49</sup> Se <<https://www.nordicsurrogacy.se/faq-surrogatmamma-gravid-aggdonation/>> under rubriken *Vad händer om surrogatmamman ångrar sig?* Besökt 2020-03-26.

<sup>50</sup> Se Singer (2019) s. 108.

<sup>51</sup> Se Mägi och Zimmerman (2015) s. 165. Frågan om surrogatavtal i svensk rätt diskuteras mer utförligt i avsnitt 7.3.5.2.

<sup>52</sup> Se SOU 2016:11 s. 384.

<sup>53</sup> Se prop. 2017/18:155 s. 39.

<sup>54</sup> Se prop. 2017/18:155 s. 41.

människovärdesprincipen. Kommersiellt surrogatmoderskap innebär att det finns ekonomiska incitament för att ställa upp som surrogatmoder, vilket kan leda till en exploatering av utsatta kvinnor. Är kvinnorna i en ekonomiskt trängd situation kan det enligt Smer ifrågasättas om dessa kvinnor handlar autonomt. Principen om självbestämmande och autonomi för surrogatmodern kan därför ifrågasättas vid kommersiella arrangemang.<sup>55</sup>

Ett tillåtande av kommersiella surrogatarrangemang skulle vara inkonsekvent i relation till förbudet mot handel med organ och könsceller, förbud som upprätthålls både genom internationella instrument och svenska regler.<sup>56</sup> Artikel 5.3 i Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna är ett exempel. Artikeln stadgar att människohandel ska vara förbjuden. Ett annat exempel är 8 kap. 6 § lagen om genetisk integritet som stadgar att den som i vinstsyfte tar, överlämnar, tar emot eller förmedlar biologiskt material från en levande eller avliden människa eller vävnad från ett aborterat foster döms till böter eller fängelse i högst två år.

Utredningen menade också att tillåtande av kommersiella surrogatmoderskap inte är förenligt med utvecklingen inom EU och medlemsstaterna eftersom inget land tillåter kommersiella surrogatarrangemang. Barns rättigheter och förbudet mot handel med barn gör också att kommersiella arrangemang måste ifrågasättas. Enligt utredningen finns risk för att barn som har kommit till genom kommersiella arrangemang kan uppfatta sig själva som handelsvaror. Utredningen konstaterade att det råder brist på forskning om dessa barn vilket talade starkt emot ett tillåtande av kommersiellt surrogatmoderskap.<sup>57</sup>

Jämställdhet är en grundläggande mänsklig rättighet kodifierad i såväl nationell som internationell rätt och är dessutom en generell rättsprincip. Innebörden av att jämställdhet är en rättsprincip är komplicerad. Jämställdhet som rättsprincip är inte identiskt utformad i alla rättsliga dokument, och de konstitutionella rättsprinciper som Sverige är bundna av idag verkar parallellt och är i flera fall motstridiga.<sup>58</sup> United Nations Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women (Kvinnokonventionen) som Sverige ratificerade 1980, är ett av dessa dokument som binder Sverige.<sup>59</sup> Konventionen ställer höga krav på konventionsstaterna att vidta åtgärder för att uppnå jämställdhet.<sup>60</sup> Enligt utredningen kan kommersiellt surrogatmoderskap vara en form av handel med kvinnors kroppar, oberoende av om personerna tar skada i det enskilda fallet eller inte. Artikel 6 i Kvinnokonventionen stadgar att ratificerande stater ska vidta alla lämpliga åtgärder, inklusive lagstiftning, för att bekämpa

---

<sup>55</sup> Smer rapport 2013:1, s. 171. En majoritet av rådet menar att altruistiskt surrogatmoderskap kan utgöra en etiskt godtagbar metod inom assisterad befruktning under särskilda förutsättningar.

<sup>56</sup> Se SOU 2016:11 s. 381.

<sup>57</sup> Se SOU 2016:11 s. 381 f.

<sup>58</sup> Se Gunnarsson m.fl. (2018) s. 13.

<sup>59</sup> United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, New York 18 december 1979, SÖ 1980:8.

<sup>60</sup> Se Gunnarsson m.fl. (2018) s. 15.

alla former av handel med kvinnor och exploatering av kvinnor genom prostitution. Det finns inga vägledande uttalanden från FN:s kvinnokommitté i frågan, men enligt utredningen står kommersiella surrogatarrangemang åtminstone i dålig samklang med artikeln, speciellt om andra än kvinnorna tjänar pengar på deras insatser.<sup>61</sup>

Det finns dessutom risk för att kvinnor i utsatta situationer exploateras om kommersiellt surrogatmoderskap tillåts. Vinstintresset kan vidare påverka surrogatmoderns omdöme och leda till en undervärdering av de fysiska och psykiska riskerna med surrogatarrangemang.<sup>62</sup>

Människovärdesprincipen kan också anföras mot ett tillåtande av kommersiellt surrogatmoderskap. Principen förbjuder att en människa endast ses som ett medel för någon annans mål. Det är dock inte alltid så att en kvinna som är surrogatmoder per automatik är ett medel för någon annans mål. Ger det kvinnan tillfredsställelse att delta så agerar hon, helt eller delvis, också för sin egen skull oavsett om hon tar emot pengar eller inte.<sup>63</sup>

FN:s särskilda rapportör för frågor om barnhandel, barnprostitution och barnpornografi rekommenderade staterna, i en rapport publicerad 2018, att reglera alla mellanhänder som är involverade i surrogatarrangemang.<sup>64</sup>

Europaparlamentet har i en resolution från 2014 fördömt surrogatmoderskap. Enligt Europaparlamentet underminerar surrogatmoderskap kvinnans mänskliga värdighet eftersom hennes kropp och de reproduktiva funktionerna används som handelsvaror. Parlamentet anser att fullständigt surrogatmoderskap, dvs. när ägget inte är surrogatmoderns, ska förbjudas. Fullständigt surrogatmoderskap ska enligt parlamentet behandlas som en brådskande fråga i mänskliga rättigheter-instrument eftersom det innebär exploatering och användning av den mänskliga kroppen för ekonomisk eller annan vinning, speciellt när det gäller sårbara kvinnor i utvecklingsländer.<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> Se SOU 2016:11 s. 382.

<sup>62</sup> Se SOU 2016:11 s. 384

<sup>63</sup> Se SOU 2016:11 s. 384.

<sup>64</sup> Se Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material, A/HRC/37/60 (2018), s. 19; jfr. Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material A/74/162 (2019), s. 18.

<sup>65</sup> Se European Parliament resolution of 17 December 2015 on the Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union's policy on the matter (2015/2229(INI), § 115.



# 3 Familjerättsliga bestämmelser

## 3.1 Inledning

Surrogatmoderskap är en komplex företeelse av flera skäl. Ett är att surrogatmoderskap aktualiserar bestämmelser och principer som härrör från en rad olika rättsområden.

Det är i huvuddrag följande bestämmelser det rör sig om. Det handlar om de föräldraskapsrättsliga reglerna i föräldrabalken (FB) med tillhörande principer. Regler om adoption aktualiseras också i vissa fall. Bestämmelser i lag (2001:82) om svenskt medborgarskap aktualiseras också. Aktuella bestämmelser gällande surrogatmoderskap finns också bland annat i lagen om genetisk integritet.<sup>66</sup>

Två prejudicerande rättsfall från Högsta domstolen har betydelse för gällande rätt angående surrogatmoderskap, *Det kaliforniska surrogatarrangemanget* och *Surrogatarrangemanget i Arkansas*. Dessutom är EKMR svensk lag genom lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Detta innebär att de materiella bestämmelserna i EKMR, men också Europadomstolens praxis, aktualiseras. Barnkonventionen är dessutom svensk lag genom lag (2018:1198) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter.

Vid internationella surrogatarrangemang är som konstaterats minst två jurisdiktioners lag involverad. Utgångspunkten i den här uppsatsen är att en av de jurisdiktionerna är Sverige och svensk lag. Inhemska och internationella arrangemang aktualiserar dock olika regler. Vid kommersiella surrogatarrangemang i utlandet aktualiseras t.ex. lag (1985:367) om internationella faderskapsfrågor samt internationell privat- och processrättsliga principer, vilket inhemska arrangemang i normalfallet inte lär göra.

Den här uppsatsens syfte är att utreda en kriminalisering av surrogatförmedling. Alla bestämmelser refererade till ovan är därför inte relevanta för att tillgodose uppsatsens syfte. I det här kapitlet avhandlas de familjerättsliga regler som oftast aktualiseras i surrogatarrangemang, både internationella och inhemska.

Utredningen baserar delvis sina slutsatser om kriminalisering av surrogatmoderskap (utan att definiera om kommersiella, altruistiska, inhemska eller internationella surrogatarrangemang avses) på reglerna om

---

<sup>66</sup> Se SOU 2016:11 s. 451.

assisterad befruktning och mer specifikt lagen om genetisk integritet. De relevanta bestämmelserna är tillämpliga på förfaranden inom svensk hälso- och sjukvård.<sup>67</sup> Dessa regler är inte tillämpliga på internationella surrogatarrangemang, men för att förstå utredningens slutsats om kriminalisering av surrogatmoderskap analyseras slutsatsen och de bestämmelser i lagen om genetisk integritet som denna bygger på i nästföljande kapitel.

## 3.2 Föräldraskap

### 3.2.1 Faderskap

Faderskapspresumtionen i 1 kap. 1 § FB ger att den man som den födande modern är gift med anses som barnets far. Efter talan om upphävande av faderskapspresumtionen kan rätten under vissa omständigheter trots att modern är gift förklara att mannen inte är fader till barnet enligt 1 kap 2 § FB. Samma regler gäller i många andra länder, vilket innebär att det vid surrogatarrangemang kan uppstå en situation där surrogatmoderns make presumeras vara far till barnet.<sup>68</sup> Den personens faderskap måste i dessa fall hävas innan den tilltänkta fadern kan fastställas som barnets far, även om den tilltänkta fadern är genetisk far till barnet.<sup>69</sup>

Har barnet sin hemvist utomlands, vilket barn som föds i internationella surrogatarrangemang anses ha, är svensk socialnämnd behörig att medverka till att faderskap fastställs genom bekräftelse om ett antal förutsättningar är uppfyllda. I syfte att förenkla möjligheterna att i Sverige fastställa faderskapet för barnets genetiska far efter ett surrogatarrangemang i utlandet utökades 2019 behörigheten för socialnämnder att fastställa faderskap enligt svensk lag samtidigt som möjligheterna utökades för svensk domstol att fastställa faderskap enligt svensk lag.<sup>70</sup> De förenklade möjligheterna innebär bl.a. att faderskap numera kan fastställas genom bekräftelse av faderskapet under medverkan av svensk socialnämnd även när socialnämnden inte har någon utredningsskyldighet om barnet har sin hemvist utomlands, om fastställelsen avser en man med hemvist i Sverige och det påstås att barnet har tillkommit med den mannens spermier.<sup>71</sup> I samband med detta infördes dessutom en bestämmelse om att svensk lag som huvudregel ska tillämpas i mål om faderskap när talan förs mot en man som har sin hemvist i Sverige.<sup>72</sup>

### 3.2.2 Moderskap

Innan 2002 fanns ingen regel om moderskap i svensk rätt. I stället rådde, och råder, den oskrivna principen *mater semper certa est, mater est quam*

---

<sup>67</sup> Jfr. t.ex. 6 kap. 2 § lag om genetisk integritet.

<sup>68</sup> Jfr. 2 § IFL.

<sup>69</sup> Jfr. 7 § IFL.

<sup>70</sup> Se prop. 2017/18:155 s. 44 ff.

<sup>71</sup> Se prop. 2017/18:155 s. 44; jfr. 3 a § IFL.

<sup>72</sup> Se SFS 2018:1280, lag om ändring i lagen (1985:367) om internationella faderskapsfrågor; jfr. 5 § IFL.

gestatio demonstrat (mater est-principen).<sup>73</sup> Mater est-principen innebär att den kvinna som föder barnet är barnets moder.<sup>74</sup> I förslaget till de första civilrättsliga lagreglerna för fastställande av faderskap från 1915 menade lagberedningen att det förhåller sig så att det omedelbart framgår vem som är moder till ett barn och att lagregler därför inte behövs.<sup>75</sup>

När äggdonation tilläts i Sverige ansågs det dock nödvändigt att införa en regel om moderskapet när barnet tillkommit genom att ett ägg från en annan kvinna efter befruktning utanför kroppen har förts in i hennes kropp. 1 kap. 7 § FB stadgar att den kvinna som föder fram ett barn efter att ett ägg från en annan kvinna har befruktats utanför kroppen ska anses som barnets moder.<sup>76</sup> Paragrafen infördes då lagstiftaren ansåg att frågan om surrogatmoderskap gjorde det angeläget att principen lagfästes vad gällde moderskapet till barn som tillkommit genom äggdonation.<sup>77</sup> Paragrafen tillför ingenting nytt i sak eftersom den som föder barnet även efter bestämmelsens ikraftträdande anses som barnets mor. Paragrafen kan dock tolkas som ett avståndstagande till surrogatmoderskap eftersom det innan lagändringen framstod som oklart om det skulle vara den donerande kvinnan eller den födande kvinnan som skulle vara rättslig mor. Alternativet var att låta fastställa moderskap på grundval av genetiken (precis som faderskap fastställs). Den lösningen avvisades dock, framförallt för att en sådan lösning hade lett till att det vid äggdonation hade varit den donerande modern som ansetts som rättslig mor.<sup>78</sup> En sådan lösning hade underlättat för surrogatmoderskap.

Vad gäller moderskapet finns inga svenska internationellt privaträttsliga regler motsvarande lag (1985:367) om internationella faderskapsfrågor (IFL). Detta förklaras av mater est-principen och att det inte anses råda någon tvekan om vem som i rättsligt hänseende är mor.<sup>79</sup> Konsekvensen av att det inte finns några svenska internationellt privaträttsliga regler angående moderskap är, enligt utgångspunkten i svensk rätt, att en utländsk dom varken kan tillerkännas rättskraft eller kan verkställas i Sverige.<sup>80</sup>

Mater est-principen är således ett hinder mot en smidig surrogatprocess eftersom den komplicerar processen för de tilltänka föräldrarna. Syftet med ett surrogatmoderskap är att någon annan än den som föder barnen ska bli förälder. Liknande regler om moderskap återfinns dessutom i många andra länder. Principen är dock inget hinder mot surrogatarrangemang i bemärkelsen att principen skulle omöjliggöra arrangemangen.

---

<sup>73</sup> Det är alltid säkert vem som är moder eftersom modern är den som födandet visar.

<sup>74</sup> Singer, Anna, Föräldrabalken (1949:381), 1 kap. 7 § Karnov (JUNO), punkt 27, besökt 2020-03-04.

<sup>75</sup> Se Singer (2012) s. 48.

<sup>76</sup> Singer, Anna, Föräldrabalken (1949:381), 1 kap. 7 § Karnov (JUNO), punkt 27, besökt 2020-03-04.

<sup>77</sup> Prop. 2001/02:89 s. 55.

<sup>78</sup> Se Singer (2019) s. 56.

<sup>79</sup> Se SOU 2016:11 s. 130.

<sup>80</sup> NJA 2019 s. 504 punkten 11 i HD:s beslut.

### 3.2.3 Medborgarskap

Enligt 1 kap. 2 § lag (2001:82) om svenskt medborgarskap förvärvar ett barn svenskt medborgarskap vid födelsen om en förälder till barnet är svensk medborgare eller en avliden förälder till barnet var svensk medborgare vid sin död. För att de barn som föds i surrogatarrangemang, och andra barn, ska betraktas som svenska medborgare krävs det alltså att barnet har minst en fastställd förälder och att den föräldern har svenskt medborgarskap. När medborgarskapet för barnet är fastställt får barnet ett samordningsnummer som möjliggör utfärdande av pass.<sup>81</sup>

### 3.2.4 Adoption

Enligt 4 kap. 21 § 1 st. FB är rättsverkan av adoption att den som har adopterats ska anses som adoptivföräldrarnas barn och inte som barn till sina tidigare föräldrar, s.k. stark adoption.<sup>82</sup> Den rättsliga relationen till den eller de tidigare föräldrarna utsläcks således vid adoption. Om en make eller sambo har adopterat den andra makens eller sambons barn ska dock den som har adopterats anses som makarnas gemensamma barn enligt samma lagrum.

Vid surrogatarrangemang genomförs vanligen en s.k. närståendeadoption enligt 4 kap. 6 § 2 st. FB som stadgar att make eller sambo med sin makes eller sambos samtycke får adoptera hans eller hennes barn. I sammanhanget kan 4 kap. 10 § FB aktualiseras. Paragrafen stadgar att ansökan om adoption inte får bifallas om det från någon sida har getts eller utlovats ersättning eller om det har avtalats om bidrag till barnets underhåll.

RH 2016:31 avsåg ett svenskt gift par som låtit en surrogatmoder utomlands befruktas med mannens spermier och en äggdonators ägg, varefter två barn fötts. Mannen var fastställd fader och vårdnadshavare till barnen. Frågan i hovrätten var huruvida hustrun skulle få adoptera barnen från maken med anledning av att ersättning utgått till surrogatmodern och adoptionens nära samband med denna ersättning. Hovrätten menade att det inte förelåg sådant samband mellan ersättningen, som betalats innan barnen fötts, och adoptionen även om surrogatmodern fått ersättning för surrogatmoderskapet och hade samtyckt till adoptionen.<sup>83</sup> Frågan hade då nyligen behandlats inom ramen för SOU 2016:11. Hovrättens bedömning utgår ifrån utredningens resonemang i frågan. Utredningen konstaterade i sitt slutbetänkande att sambandet mellan vederlaget till en surrogatmoder och en efterföljande adoption måste baseras på omständigheterna i det enskilda fallet, men att det vederlag som betalas till surrogatmodern efter att hon fullgjort sina förpliktelser enligt surrogatavtalet inte kan betraktas som

---

<sup>81</sup> Se <<https://mfof.se/faderskap-och-foraldraskap/kunskapsstod-till-surrogat-arrangemang-i-utlandet/pass-och-samordningsnummer.html>>, besökt 2020-03-29.

<sup>82</sup> Kutteneuler, Anette, Föräldrabalken (1949:381) 4 kap. 21 § Lexino (JUNO) under rubrik 2.1 Likställighetsprincipen m.m., besökt 2018-08-06.

<sup>83</sup> RH 2016:31.

vederlag för den adoption som senare genomförs i Sverige och inte kräver surrogatmoderns samtycke.<sup>84</sup>

---

<sup>84</sup> Se SOU 2016:11 s. 562; RH 2016:31.

# 4 Assisterad befruktning och kriminalisering

## 4.1 Inledning

Den senaste utredningen, SOU 2016:11, som behandlade surrogatmoderskap kom i sitt slutbetänkande fram till slutsatsen att kommersiellt surrogatmoderskap bör motverkas.<sup>85</sup> Utredningen konstaterade att det med anledning av den bedömningen kunde tyckas följdenligt att straffbelägga t.ex. deltagande i ett kommersiellt surrogatarrangemang. Kriminalisering avfärdades dock av ett par olika anledningar och slutsatsen, att kommersiellt surrogatmoderskap bör motverkas, föranledde inga lagändringar.<sup>86</sup>

Utredningen avfärdade ytterligare kriminalisering av ett par skäl, varav ett var att det redan fanns straffbestämmelser i 8 kap. 4 och 5 §§ lagen om genetisk integritet som träffade vissa handlingar i samband med surrogatarrangemang.<sup>87</sup>

Utredningens slutsatser presenterades 2016. Sedan dess har ett par lagändringar trätt i kraft som påverkar utredningens slutsatser vad gäller behovet av kriminalisering om kommersiellt surrogatmoderskap ska motverkas.

## 4.2 Assisterad befruktning

I Socialstyrelsens föreskrifter SOSFS 2009:32, 1 kap. 3 §, definieras assisterad befruktning som åtgärd som syftar till att på medicinsk väg befrukta ägg med spermier i eller utanför en kvinnas kropp.<sup>88</sup>

Surrogatarrangemang kan därför inte förstås som en metod inom assisterad befruktning. Arrangemangen innehåller dock ofta element av assisterad befruktning, vilket de alltid gör vid fullständigt surrogatmoderskap, men inte nödvändigtvis vid partiellt surrogatmoderskap. Ägget är vid fullständiga surrogatmoderskap inte surrogatmoderns eget och måste därför befruktas utanför kroppen. Regler om surrogatmoderskap i svensk rätt härrör dock trots detta från utredningar och bestämmelser angående assisterad befruktning.

Assisterad befruktning i Sverige regleras framför allt genom 6 och 7 kap. i lagen om genetisk integritet. Kapitlen innehåller bland annat villkor för inseminationsbehandlingar och bestämmelser om befruktning utanför kroppen, hur donatorer ska väljas och vart dessa behandlingar får äga rum.

---

<sup>85</sup> Se SOU 2016:11 s. 378.

<sup>86</sup> Se SOU 2016:11 s. 451.

<sup>87</sup> Se SOU 2016:11 s. 451.

<sup>88</sup> Förkortningen avser Socialstyrelsens författningssamling.

Lagen befattar sig dock inte med begreppet assisterad befruktning. Istället stadgar 1 kap. 2 § att lagen gäller insemination och befruktning utanför kroppen.

### 4.3 Utredningen om tillåtligheten

Utredningen, SOU 2016:11, menade att det inte var tillåtet att utföra assisterad befruktning inom den svenska hälso- och sjukvården i syfte att genomföra ett surrogatarrangemang. Skälen för detta var enligt utredningen dels mater est-principen, dvs. principen om att den kvinna som föder ett barn anses som barnets mor och dels reglerna om assisterad befruktning i sig.<sup>89</sup>

Syftet med bestämmelserna om assisterad befruktning är att skapa en möjlighet för barnlösa att bli föräldrar och inte, enligt utredningen, att möjliggöra surrogatmoderskap. Därför ska hälso- och sjukvården, enligt utredningen, inte utföra en assisterad befruktning om det rör sig om ett surrogatarrangemang.<sup>90</sup>

Utredningen nämnde två bestämmelser i lagen om genetisk integritet till stöd för sin slutsats angående att reglerna om assisterad befruktning inte tillåter surrogatarrangemang.<sup>91</sup> Dels dåvarande 7 kap. 4 § första stycket, och dels dåvarande 7 kap. 4 § andra stycket i lagen om genetisk integritet. Dåvarande 7 kap. 4 § andra stycket hade följande lydelse.

”Kommer ägget inte från kvinnan eller spermien inte från kvinnans make eller sambo får befruktning och införande av ägg ske endast vid de sjukhus som upplåtit enhet för utbildning av läkare enligt avtal mellan de universitet som bedriver läkarutbildning och berörda landsting.”<sup>92</sup>

Stycket utgjorde enligt utredningen ett hinder mot fullständiga surrogatarrangemang eftersom det stadgar att befruktning utanför kroppen med donerade könsceller bara får utföras vid vissa vårdinrättningar.<sup>93</sup>

Utredningens slutsats vad gäller 7 kap. 4 § andra stycket i lagen om genetisk integritet ska antagligen förstås som att eftersom reglerna om assisterad befruktning inte syftar till att möjliggöra surrogatarrangemang så kan befruktning utanför kroppen med donerad könscell inte utföras inom hälso- och sjukvården, och eftersom befruktning utanför kroppen med donerade könsceller svårligen kan genomföras hemma så utgör paragrafen därför ett hinder. Regeln i sig utgjorde enligt ordalydelsen inget uttryckligt hinder mot

---

<sup>89</sup> Se SOU 2016:11 s. 361 f. Se avsnitt 3.2.2 för en mer utförlig redogörelse av mater est-principen.

<sup>90</sup> Se SOU 2016:11 s. 361 f.

<sup>91</sup> Se SOU 2016:11 s. 362.

<sup>92</sup> Se SFS 2013:1147 Lag om ändring i lagen (2006:351) om genetisk integritet m.m. s. 1.

<sup>93</sup> Se SOU 2016:11 s. 361 f.

surrogatmoderskap. Bestämmelsen har idag en något ändrad ordalydelse men samma innebörd.

Det andra hindret mot surrogatarrangemang som utredningen anförde till stöd för sin slutsats att surrogatarrangemang inte var tillåtna i svensk hälso- och sjukvård var att s.k. dubbeldonation var förbjuden genom då gällande 7 kap. 4 § i lagen om genetisk integritet. Utredningen menade att detta förbud omöjliggjorde fullständigt surrogatmoderskap (dvs. när surrogatmoderns eget ägg inte används).<sup>94</sup>

Förbudet mot dubbeldonation upphävdes genom lagändringar som trädde i kraft 1 januari 2019. Kravet togs bort med motiveringen att det inte längre fanns något som talade för att brist på genetisk koppling till sin eller sina rättsliga och sociala föräldrar skulle vara negativt för barnet.<sup>95</sup> Det bakomliggande skälet till ändringen var att hjälpa fler att övervinna sin barnlöshet.<sup>96</sup> Borttagandet av kravet syftade inte uttryckligen till att underlätta för surrogatarrangemang. I propositionen kommenteras inte relationen mellan hindren mot surrogatarrangemang och borttagandet av kravet. Även om syftet inte var att underlätta för surrogatarrangemang så är ett av de lagtekniska hindren mot surrogatarrangemang efter borttagandet av kravet upplöst.

Nu gällande 7 kap. 4 § i lagen om genetisk integritet ändrades i samband med att dubbeldonation tilläts, men innehåller i stort samma bestämmelser angående var behandlingen får utföras. Paragrafen lär fortsatt utgöra den paragraf som surrogatarrangemangens icke-tillåtlighet vilar på i svensk rätt.

Det kan konstateras att uppfattningen att surrogatarrangemang är otillåtna inom svensk hälso- och sjukvård efter tillåtandet av dubbeldonation vilar på uppfattningen att reglerna om assisterad befruktning inte syftar till att underlätta för surrogatarrangemang och att befruktning eller införande av ägg bara får utföras vid vissa sjukhus enligt 7 kap. 4 § lagen om genetisk integritet.

## 4.4 Lagen om genetisk integritet

Lagen om genetisk integritet är en svensk lag och träffar förfaranden som äger rum i Sverige. Det innebär att de kommersiella arrangemang som majoriteten av de surrogatarrangemang som svenskar är inblandade i inte träffas av bestämmelserna.

Ett skäl till att utredningen, SOU 2016:11, ansåg att ytterligare kriminalisering inte var lämplig var att det redan fanns straffbestämmelser

---

<sup>94</sup> Se SOU 2016:11 s. 362.

<sup>95</sup> Singer, Anna, Lag (2006:351) om genetisk integritet m.m., 7 kap. 3 a §, Karnov (JUNO), punkt 50, besökt 2020-02-19.

<sup>96</sup> Se prop. 2017/18:155 s. 24-25.



som träffar vissa förfaranden i samband med surrogatarrangemang.<sup>97</sup> Den synen på straffbestämmelserna i 8 kap. 4 och 5 §§ lagen om genetisk integritet kan ifrågasättas. Samma principiella resonemang gäller för såväl 8 kap. 4 som 8 kap. 5 §, varför nedanstående resonemang avgränsas till att behandla 8 kap. 4 §.

Enligt 8 kap. 4 § döms den som vanemässigt bryter mot bestämmelserna i 6 kap. eller mot vissa bestämmelser i 7 kap. till böter eller fängelse i högst sex månader. Bestämmelserna i 6 kap. gäller insemination och bestämmelserna i 7 kap. gäller särskilda villkor för behandling med ett donerat befruktat ägg och var befruktning av ägg utanför kroppen får ske. För att ge några exempel på vad dessa straffbestämmelser kan träffa så stadgar t.ex. 6 kap. 1 b § att en kvinna som är gift eller sambo endast får insemineras om hennes make eller sambo har samtyckt till det. 7 kap. 6 § 2 st. stadgar att ägg eller spermier från en avliden donator inte får användas för befruktning. Ingenstans i lagen nämns surrogatmoderskap eller surrogatarrangemang.

Enligt utredningens uppfattning träffar 8 kap. 4 § vissa förfaranden i samband med surrogatarrangemang. Ett sådant resonemang står dock i strid med grundläggande straffrättsliga principer. Den straffrättsliga legalitetsprincipen innebär att ingen får straffas för en handling som vid tidpunkten inte var uttryckligen förbjuden i lag. Legalitetsprincipen ställer vidare också vissa krav på lagstiftningens begriplighet och precision. En annan aspekt av principen är att den innebär ett förbud för lagstiftaren mot att tillåta analogisk rättstillämpning till den tilltalades nackdel.<sup>98</sup>

Min bedömning är att det inte går att straffas för att ha hjälpt till i surrogatarrangemang endast för att det rör sig om ett surrogatarrangemang när de uppställda villkoren i bestämmelserna är uppfyllda. Det finns ingen bestämmelse som hindrar behandling som genomförs i enlighet med bestämmelserna bara för att behandlingen syftar till surrogatarrangemang.

För att straffas enligt 8 kap. 4 § måste någon ha brutit, vanemässigt, mot bestämmelserna i 6 kap. eller 7 kap. Inget av kapitlen stadgar uttryckligen någonting om surrogatmoderskap. Slutsatsen är därför att endast den som bryter mot bestämmelserna, som inte har med surrogatmoderskap att göra, kan straffas. Huruvida behandlingarna genomfördes i syfte att underlätta surrogatmoderskap kan inte vägas in i bedömningen eftersom det inte finns någon uttrycklig regel i varken 6 kap. eller 7 kap. som stadgar att det är ett villkor att behandlingen inte utförs på en surrogatmoder.

För att tydliggöra resonemanget kan t.ex. den som vanemässigt utför behandling med donerat befruktat ägg som kommer från en avliden donator straffas för detta. Huruvida denna behandling utförts i syfte att åstadkomma surrogatmoderskap kan inte ha betydelse för bedömningen eftersom det inte finns något sådant, uttryckligt, förbud.

---

<sup>97</sup> Se SOU 2016:11 s. 451. Observera att frågan om huruvida surrogatmoderskap är tillåtet är en annan fråga än den om ytterligare kriminalisering.

<sup>98</sup> Se Jareborg (2001) s. 57.

Att dömas på grunden att en behandling utförd i enlighet med bestämmelserna syftade till något som reglerna inte syftar till att tillåta, trots att reglerna följts, kan knappast vara förenligt med legalitetsprincipen. Det finns således inga straffrättsliga ansvarsbestämmelser som träffar behandlingar utförda i syfte att åstadkomma surrogatmoderskap. Däremot finns regler som träffar behandlingar som utförs i strid med reglerna i 6 kap. och 7 kap. lagen om genetisk integritet.

Utredningens slutsatser om skäl mot ytterligare kriminalisering är begripliga utifrån att förbudet mot dubbeldonation existerade när utredningens slutbetänkande överlämnades. Efter borttagandet av kravet finns färre skäl att anta att någon del i surrogatprocessen kan träffas av ansvarsbestämmelserna i 8 kap. 4 och 5 §§ lagen om genetisk integritet. Nuvarande regler utgör inte det hinder mot surrogatarrangemang som utredningen menar att de gör. De straffbestämmelser som utredningen menar finns, finns enligt min uppfattning inte. Det innebär att det finns färre skäl att inte utreda ytterligare kriminalisering.

# 5 Praxis

## 5.1 Inledning

De svenska bestämmelser som rör surrogatmoderskap har redogjorts för och analyserats i kapitel 3. Under 2019 har två domar som rör surrogatmoderskap meddelats av Högsta domstolen.

## 5.2 Det kaliforniska surrogatarrangemanget

NJA 2019 s. 504, *Det kaliforniska surrogatarrangemanget*, rör erkännande av en utländsk dom om moderskap.

Ett svenskt par hade träffat ett surrogatavtal med en amerikansk kvinna (surrogatmodern). Ett embryo skapat av spermier från den tilltänkta, svenska, fadern och ägg från en anonym donator planterades efter provrörsbefruktning i surrogatmoderns livmoder. Den amerikanska kvinnan födde ett barn i augusti 2015.<sup>99</sup> Vid tidpunkten för barnets födelse var det svenska paret sammanboende med varandra.<sup>100</sup>

I en dom meddelad av en kalifornisk domstol förklarades den tilltänkta modern (den svenska kvinnan) vara rättslig föräldern till det barn som föddes efter ovan nämnda provrörsbefruktning. Den kaliforniska domen fastställde att surrogatmodern inte skulle anses som barnets mor, och att hon gav upp alla föräldrarättigheter till barnet, inklusive rätten till vårdnad om barnet.<sup>101</sup>

Det svenska paret separerade under 2016. Enligt beslut från Socialförvaltningen placerades barnet hos den tilltänkta modern. 2017 fastställde tingsrätten att den tilltänkte fadern var rättslig far till barnet. Enligt svensk rätt var surrogatmodern mor till barnet, men enligt kalifornisk rätt var surrogatmodern inte mor till barnet eftersom en kalifornisk domstol fastslagit att den svenska kvinnan var barnets rättsliga moder. Föräldraskapet haltade således. Den tilltänkta modern ansökte, vid en svensk tingsrätt, 2017 om att få adoptera barnet. Tingsrätten avslog ansökan, och hovrätten fastställde tingsrättens beslut. Bifall till ansökan skulle, enligt hovrätten, innebära att det inte längre skulle finnas några rättsliga band mellan barnet och hans biologiska far.<sup>102</sup>

---

<sup>99</sup> Se NJA 2019 s. 504, punkten 1 i HD:s beslut.

<sup>100</sup> Se NJA 2019 s. 504, punkten 1 i HD:s beslut.

<sup>101</sup> Se NJA 2019 s. 504, punkten 2 i HD:s beslut.

<sup>102</sup> Se NJA 2019 s. 504, punkt 5-9 i HD:s beslut.

Den tilltänkta modern yrkade i tingsrätten att domstolen skulle förklara att den kaliforniska domen, som fastställde hennes moderskap till barnet, var giltig i Sverige. Tingsrätten avtog ansökan. Den tilltänkta modern överklagade avgörandet och yrkade att hovrätten skulle förklara den amerikanska domen giltig i Sverige. Hovrätten fastställde tingsrättens beslut.

Högsta domstolen förklarade tvärtom att den kaliforniska domen gällde i Sverige avseende frågan om fastställande av moderskap trots utgångspunkten i svensk rätt att en utländsk dom varken tillerkänns rättskraft eller kan verkställas i Sverige utan uttryckligt stöd i lag. Principen kan, enligt HD, ge upphov till problem när det handlar om domar som fastslår familjerättsliga relationer. I de fall en sådan dom inte ges verkan i Sverige, kan en person som flyttar från en stat till Sverige i och med flytten mista sin familjerättsliga status. HD menade att det därför ofta finns skäl att erkänna utländska statusdomar. Mot den bakgrunden menade HD att det får anses finnas ett visst begränsat utrymme att erkänna utländska domar av detta slag även när lagstöd saknas.<sup>103</sup>

HD resonerade om de utredningar och propositioner som behandlar surrogatmoderskap och att det i dessa sammanhang genomgående har bedömts att surrogatmoderskap inte är etiskt försvarbart.<sup>104</sup> HD lyfte också att det i det senaste lagstiftningsärendet poängterades att alla barn i Sverige har rätt till en rättslig företrädare, även de barn som tillkommit genom surrogatarrangemang. Bland annat har nya regler i IFL införts som underlättar för män att få faderskap fastställt efter surrogatarrangemang utomlands.<sup>105</sup>

Barnets rättighetsskydd är individuellt och påverkas inte av beslut som vuxna i dess närhet har fattat och som kan ge upphov till barnets behov av skydd.<sup>106</sup> Barnets bästa ska alltid sättas i främsta rummet. Nackdelarna med att inte erkänna relationen mellan modern och barnet var för barnet i det här fallet så betydande att andra intressen och hänsyn bara kunde ha begränsad betydelse.<sup>107</sup>

I dessa fall, när det har etablerats en faktisk familjerelation mellan ett barn fött i ett surrogatarrangemang och en i en utländsk dom utpekad moder, kan det enligt HD vara nödvändigt att erkänna den utländska domen. Detta även om den utpekade modern inte har fött barnet och även fast det saknas lagstöd i svensk rätt för att erkänna en sådan dom. Barnets rätt att få sin identitet fastställd i den svenska rättsordningen kan tillgodoses på det sätt som HD föreslår i domen, och också dömer till, om det inte finns något

---

<sup>103</sup> Se NJA 2019 s. 504, punkten 12 i HD:s beslut.

<sup>104</sup> Se NJA 2019 s. 504, punkten 19 i HD:s beslut.

<sup>105</sup> Se NJA 2019 s. 504, punkten 23 i HD:s beslut; jfr. 3 a § IFL.

<sup>106</sup> Se NJA 2019 s. 504, punkten 24 i HD:s beslut; jfr. 1 kap. 2 § femte stycket RF, artikel 3.1 i Barnkonventionen.

<sup>107</sup> Se NJA 2019 s. 504, punkten 35 i HD:s beslut.

annat lämpligare sätt (som är förenligt med principen om barnets bästa) att tillgodose denna rätt på.<sup>108</sup>

Barnet i fråga hade tillerkänts familjerättslig status i Sverige i och med att hans genetiska fader hade erkänts som far, men barnet hade inte haft några rättsliga företrädare under sina knappt fyra år i Sverige. Högsta domstolen menade att den tilltänkta modern och barnet hade byggt upp ett familjeliv tillsammans, och att barnet inte hade fått relationen erkänd påverkade barnets identitet och barnets rätt till privatliv. Ett erkännande av relationen krävdes för att principen om barnets bästa ska kunna tillgodoses.<sup>109</sup>

Med anledning av starka adoptioners rättsverkan så skulle den tilltänkta faderns rättsliga relation till barnet utsläckas om den tilltänkta modern adopterade barnet. Enligt HD skulle det strida mot barnets och den tilltänkta faderns rätt till privat- och familjeliv, och vara oförenligt med principen om barnets bästa. Slutsatsen är, som sagt, att relationen måste erkännas för att det i svensk rätt inte finns något annat sätt att tillgodose barnets rätt till privatliv och uppfylla principen om barnets bästa. HD menade att den negativa inställningen till surrogatmoderskap i Sverige inte får väga tyngre än principen om barnets bästa och barnets rätt till privatliv i det enskilda fallet.<sup>110</sup>

HD menade också att erkännandet inte kan anses strida mot grunderna för den svenska rättsordningen. Domstolen menade att det sammanhänger med den utveckling som har ägt rum under de senaste årens ändringar i lagstiftningen kring assisterad befruktning. Högsta domstolen menade att lagstiftarens strävan att underlätta för barn som tillkommit genom surrogatarrangemang att få sin familjerättsliga status erkänd här spelade roll vid bedömningen. Den förändrade synen på surrogatmoderskap ur medicinsk-etisk synvinkel hade också betydelse i sammanhanget enligt domstolen.<sup>111</sup>

Den förändrade synen på surrogatmoderskap ur medicinsk-etisk synvinkel som domstolen hänvisade till är en rapport från Smer. Av rapporten framgår att en majoritet i rådet anser att altruistiska surrogatarrangemang kan vara medicinskt-etiskt försvarbara.<sup>112</sup>

### 5.3 Särskilt yttrande och utredning

I ett särskilt yttrande till *Det kaliforniska surrogatarrangemanget* menar Högsta domstolen att det finns anledning för lagstiftaren att utreda de frågor som aktualiserats. Domen innebär att en utländsk dom om moderskap efter ett surrogatarrangemang måste erkännas när det krävs för att barnets rätt till

---

<sup>108</sup> Se NJA 2019 s. 504, punkt 36–37 i HD:s beslut.

<sup>109</sup> Se NJA 2019 s. 504, punkten 38 i HD:s beslut.

<sup>110</sup> Se NJA 2019 s. 504, punkten 42 i HD:s beslut.

<sup>111</sup> Se NJA 2019 s. 504, punkten 43 i HD:s beslut.

<sup>112</sup> Se Smer rapport 2013:1 s. 171.

privatliv ska kunna tillgodoses och principen om barnets bästa ska iakttas.<sup>113</sup> Det innebär att flera principer i svensk lagstiftning får ge vika. Barnets rätt till kunskap om sitt ursprung kan inte garanteras och det kan inte ske någon bedömning av den tilltänkte föräldrarnas lämplighet, vilket görs när adoption prövas.<sup>114</sup>

Bland annat med anledning av Högsta domstolens särskilda yttrande tillsattes i februari 2020 en utredning.<sup>115</sup>

Den utredare som tillsattes i februari 2020 för att överväga utökade möjligheter att göra utländska föräldraskap gällande i Sverige tillsattes för att åstadkomma en mer ändamålsenlig, jämlik och modern reglering om föräldraskap i internationella förhållanden.<sup>116</sup> Bristen på svenska regler om moderskap i internationella situationer påverkar alla situationer där det finns ett behov av att förklara ett moderskap, som inte grundar sig i att kvinnan fött barnet, gällande i Sverige. Det handlar i huvudsak om familjer där barnen tillkommit genom surrogatarrangemang, men också om andra situationer där moderskapet fastställts på någon annan grund än att kvinnan födde barnet. Det kan handla om kvinnor i samkönade relationer, där den kvinna som inte fött barnet har fått sitt moderskap fastställt genom dom eller på annat sätt. Utredaren ska därför överväga om det bör införas regler som innebär att en kvinna som anses vara barnets mor på grund av utländska regler ska anses vara barnets mor även i Sverige. Utredaren ska också ta ställning till om det ska införas regler som gör det möjligt för en tilltänkt förälder i internationella surrogatarrangemang att bli rättslig förälder till barnet.<sup>117</sup>

Om utredaren väljer att föreslå regler som gör det möjligt att göra moderskap som fastställts eller på annat sätt uppstått i utlandet gällande i Sverige, ska utredaren också överväga om de oskrivna principerna om moderskap bör lagfästas i föräldrabalken.<sup>118</sup>

## 5.4 Surrogatarrangemanget i Arkansas

I december 2019 avgjorde Högsta domstolen ett liknande mål. *Surrogatarrangemanget i Arkansas* handlar även det om surrogatmoderskap samt erkännande av utländsk dom. Den utländska domen var, som i *Det kaliforniska surrogatarrangemanget*, en dom som fastställde moderskap.

En svensk kvinna hade träffat ett avtal om surrogatmoderskap med en amerikansk medborgare (surrogatmodern). Avtalet gick ut på att surrogatmodern skulle föda ett barn åt den svenska kvinnan, efter att ett ägg från en anonym donator befruktats, utanför surrogatmoderns kropp, med

---

<sup>113</sup> Se NJA 2019 s. 504, bilaga till protokoll s. 1.

<sup>114</sup> Se NJA 2019 s. 504, bilaga till protokoll s. 2.

<sup>115</sup> Se dir. 2020:19, s. 9.

<sup>116</sup> Se dir. 2020:19, s. 1.

<sup>117</sup> Se dir. 2020:19 s. 10.

<sup>118</sup> Se dir. 2020:19 s. 8.

anonymt donerade spermier.<sup>119</sup> I det här fallet fanns alltså ingen tilltänkt rättslig fader med i bilden.

Innan det planerade barnets födelse väckte den svenska kvinnan talan mot den amerikanska kvinnan om att hon skulle förklaras vara rättslig mor till det kommande barnet och att surrogatmodern inte skulle ha några föräldrarättigheter till barnet. Talan bifölls av domstolen i Arkansas.<sup>120</sup>

När barnet väl föddes ersattes det ursprungliga födelsebeviset med ett nytt födelsebevis där den svenska kvinnan angavs som enda förälder till barnet i enlighet med vad som förordnats i domen.<sup>121</sup>

Efter att barnet kommit till Sverige med den svenska kvinnan ansökte hon om att barnet skulle beviljas uppehållstillstånd i Sverige. Inget beslut hade fattats i den frågan när HD avgjorde målet. Vid tiden för avgörandet hade barnet ingen legal ställföreträdare i Sverige. Den svenska kvinnan hade på alla möjliga sätt försökt få sin relation till barnet etablerad i Sverige. Hon hade ansökt om att svensk domstol skulle fastställa moderskapet, vilket avslogs av tingsrätten. Varken hovrätten eller Högsta domstolen beviljade prövningstillstånd i det målet.<sup>122</sup> Kvinnan hade också ansökt om att få adoptera barnet, vilket avslogs av tingsrätten eftersom vederlag hade utgått från den svenska kvinnan till surrogatmodern, vilket ansågs stå i strid med 4 kap. 10 § FB som stadgar att en ansökan om adoption inte får bifallas om ersättning har givits eller utlovats från någon sida.<sup>123</sup>

Barnet hade levt cirka ett år i Sverige med den svenska kvinnan. Under den här tiden menade HD att det hade uppkommit en faktisk familjerelation mellan kvinnan och barnet. Därför menade HD att om barnets rätt att få sin identitet fastställd inte kunde tillgodoses på något annat sätt som var lämpligare, och förenligt med vad som är bäst barnet, skulle domen erkännas.<sup>124</sup>

HD menade att det inte kunde uteslutas att det skulle vara möjligt för den svenska kvinnan att få framgång med en ny ansökan om adoption, men att det inte heller var säkert hur en sådan ny prövning skulle utfalla. En ny prövning skulle dessutom sannolikt ha tagit tid, vilket HD menade var till nackdel för barnet. Det fanns enligt domstolen inget lämpligare sätt att uppfylla principen om barnets bästa och tillgodose barnets rätt till privatliv än att erkänna den utländska domen i Sverige.<sup>125</sup>

---

<sup>119</sup> Se Högsta domstolen dom 2019-12-17 i mål Ö 3622-19, punkten 1 i HD:s beslut.

<sup>120</sup> Se Högsta domstolen dom 2019-12-17 i mål Ö 3622-19, punkten 2 i HD:s beslut.

<sup>121</sup> Se Högsta domstolen dom 2019-12-17 i mål Ö 3622-19, punkten 4 i HD:s beslut.

<sup>122</sup> Se Högsta domstolen dom 2019-12-17 i mål Ö 3622-19, punkt 4-7 i HD:s beslut.

<sup>123</sup> Se Högsta domstolen dom 2019-12-17 i mål Ö 3622-19, punkten 7 i HD:s beslut; jfr. 4 kap. 10 § FB.

<sup>124</sup> Se Högsta domstolen dom 2019-12-17 i mål Ö 3622-19, punkten 16 i HD:s beslut.

<sup>125</sup> Se Högsta domstolen dom 2019-12-17 i mål Ö 3622-19, punkten 17 i HD:s beslut.

## 5.5 Analys

Innan Högsta domstolens dom i NJA 2019 s. 504 innebar det faktum att det inte finns några internationellt privaträttsliga regler om moderskapet att det bara var möjligt för den tilltänkta modern att bli rättslig mor genom närståendeadoption. Domen öppnar upp för ytterligare en möjlighet att bli rättslig mor i Sverige efter ett surrogatarrangemang i utlandet, nämligen genom att en utländsk dom som fastställer moderskapet erkänns i Sverige.

Hur målens utgång än förstås och analyseras är det svårt att dra slutsatsen att kommersiellt surrogatmoderskap motverkas. I den konkreta situationen där ett barns rättigheter står på spel är det tydligt att det är svårt att tillgodose dessa rättigheter och samtidigt motverka kommersiellt surrogatmoderskap. Det framgår dock inte av målen huruvida surrogatarrangemangen har varit kommersiella eller altruistiska, men det har verkar inte ha någon betydelse när saken gäller erkännande av utländsk dom.

Vad gäller den tillsatta utredningen med uppdrag att överväga utökade möjligheter att göra utländska föräldraskap gällande i Sverige behöver den inte nödvändigtvis landa i slutsatser som underlättar för kommersiellt surrogatarrangemang i utlandet. Det är dock svårt att se att lagstiftningen kan utformas på ett sätt som tillgodoser barnets rätt till respekt för privat- och familjelivet utan att också underlätta för kommersiellt surrogatmoderskap. Barnets rättigheter måste, och ska, säkerställas. Om kommersiellt surrogatmoderskap ska motverkas innebär det dock att samtidigt som reglering som tar sikte på att underlätta barnets situation ska och måste komma på plats måste åtgärder även vidtas som hindrar att kommersiellt surrogatmoderskap äger rum över huvud taget. Det går inte att förena inställningen att kommersiellt surrogatmoderskap ska motverkas med lagstiftningsåtgärder som i och för sig inte syftar till att underlätta kommersiellt surrogatmoderskap, men som kommer att ha detta som konsekvens.<sup>126</sup>

Högsta domstolen lyfter också slitningarna mellan olika intressen i frågan om surrogatmoderskap. Det har redan införts bestämmelser i syfte att underlätta för tilltänkta föräldrar, pappor, att få sina föräldraskap fastställda efter surrogatarrangemang i utlandet. Högsta domstolen menar att denna strävan att underlätta för barn som tillkommit genom surrogatarrangemang innebär att erkännandet av domen i Det kaliforniska surrogatarrangemanget bidrar till att erkännandet inte kan strida mot grunderna för den svenska rättsordningen.

---

<sup>126</sup> Jfr. prop. 2017/18:155 s. 41.



# 6 Rätt till respekt för privat- och familjeliv

## 6.1 Inledning

Sverige ratificerade EKMR 1953.<sup>127</sup> Genom lag (1994:1219) inkorporerades EKMR med svensk rätt. Lagen föreskriver att konventionen och dess tilläggsprotokoll gäller som lag här i landet. 2 kap. 19 § regeringsformen (RF) föreskriver dessutom att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av EKMR.<sup>128</sup>

Det primära ansvaret för att konventionsrättigheterna respekteras tillfaller konventionsstaterna, medan Europadomstolen har till uppgift att övervaka konventionsstaternas handlingar och att korrigera eventuella brister.<sup>129</sup>

Mål som rör surrogatarrangemang i Europadomstolen handlar i första hand om påstådda kränkningar av artikel 8 i EKMR. Dels handlar det om barnets rätt till respekt för privat- och familjeliv, dels handlar det i några fall om de tilltänkta föräldrarnas rätt till respekt för privat- och familjeliv.

*Det kaliforniska surrogatarrangemanget och Surrogatarrangemanget i Arkansas*, som rörde erkännande av utländsk dom, aktualiserade barnets rätt till privatliv genom artikel 8 i EKMR.<sup>130</sup> När frågan om surrogatmoderskap inte begränsas till att handla om barnet aktualiseras även de tilltänkta föräldrarnas rätt till privat- och familjeliv som den uttrycks i konventionens artikel 8. Det måste därför utredas hur en kriminalisering av surrogatförmedling förhåller sig till de rättigheter som tillkommer medborgare genom artikel 8 i EKMR.

## 6.2 Artikel 8 EKMR

Var och en har enligt artikel 8.1 i EKMR rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens. Enligt artikel 8.2 får inte offentlig myndighet inskränka åtnjutande av rättigheten annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välstånd eller till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri- och rättigheter.

Artikel 8 i EKMR är formulerad som ett förbud för staten mot att göra ingrepp i den enskilda människans rättigheter. Staten ska avhålla sig från handlingar som inkräktar på en persons grundläggande rättigheter när det

---

<sup>127</sup> Se Danelius (2015) s. 42.

<sup>128</sup> Se Danelius (2015) s. 44.

<sup>129</sup> Se Danelius (2015) s. 56.

<sup>130</sup> Se kapitel fem för analys av målen.

inte finns stöd för det. Det handlar om en negativ skyldighet för staten att inte agera, eller ingripa, på ett visst sätt. Rättigheterna i artikel 8 är också kopplade till positivt handlande från statens sida för att tillgodose den enskilda människans rättigheter i relation till andra rättssubjekt. Det kan innebära att skapa lagregler som ger ett grundläggande skydd.<sup>131</sup> Statens skyldigheter med anledning av artikeln sträcker sig antagligen endast till att avhålla sig från ingrepp i den skyddande rättigheten. Kraven på staten måste vara rimliga, och det som kan förväntas är att de lagar som utfärdas ger ett tillfredsställande skydd åt privat- och familjeliv.<sup>132</sup>

Det finns omfattande praxis från Europadomstolen vad gäller artikel 8, dels avseende vilka rättigheter som garanteras genom artikelns första stycke och vilka företeelser som faller inom artikelns tillämpningsområde och dels avseende vilka ingrepp som kan vara legitima.<sup>133</sup>

Begreppet privatliv täcker bland annat en persons fysiska och psykiska integritet, och till en viss grad rätten att etablera och utveckla relationer med andra människor. Det omfattar också en rätt till personlig utveckling eller självbestämmande. Begreppet omfattar också respekt för beslutet att skaffa barn, men också för beslutet att inte skaffa barn.<sup>134</sup>

Rätten till respekt för privatlivet är ofta nära förbunden med rätten till respekt för familjelivet. Ingrepp i en av rättigheterna innebär ofta också ett ingrepp i den andra.<sup>135</sup> Rätten till respekt för familjelivet omfattar inte rätten att bilda familj eller rätten att adoptera utan förutsätter en redan existerande familj.<sup>136</sup>

Ett pars val att försöka bli gravida genom metoder inom assisterad befruktning faller inom tillämpningsområdet för artikel 8, eftersom ett sådant val är ett uttryck för privat- och familjelivet.<sup>137</sup> Inskränkningar i möjligheterna att genomgå sådana behandlingar behöver dock inte nödvändigtvis utgöra en otillåten inskränkning i rätten till respekt för privat- och familjelivet. I *S.H and others v. Austria* fann Europadomstolen bl.a. att brittisk lagstiftning som förbjöd IVF med spermadonation inte var en otillåten inskränkning i rätten till respekt för privat- och familjelivet eftersom staternas *margin of appreciation* i frågan är bred.<sup>138</sup>

Tillämpningsområdet av artikel 8 i EKMR är svårt att definiera uttömmande, och mot bakgrund av att den kriminalisering som föreslås i den här uppsatsen inte är tydligt definierad är det svårt att göra en

---

<sup>131</sup> Se Danelius (2015) s. 58.

<sup>132</sup> Se Danelius (2015) s. 365.

<sup>133</sup> Se Mowbray (2012) s. 488.

<sup>134</sup> Se *Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], no. 25358/12, 24 januari 2017, para. 159.

<sup>135</sup> Se Danelius (2015) s. 365.

<sup>136</sup> Se t.ex. *E.B. v. France* [GC] no. 43546/02, 22 januari 2008, para. 41. och *Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], no. 25358/12, 24 januari 2017, para. 215.

<sup>137</sup> Se *S.H and others v. Austria* [GC], no 57813/00, 3 november 2011, para 82.

<sup>138</sup> Se *S.H and others v. Austria* [GC], no 57813/00, 3 november 2011, para 109 och para 115.

uttömmande analys av kriminaliseringen utifrån Europadomstolens praxis. Europadomstolens praxis vad gäller den margin of appreciation som existerar när det kommer till surrogatmoderskap kan dock ge en fingervisning om hur kriminaliseringen kan tänkas förhålla sig till artikel 8 i EKMR.

### 6.3 Margin of appreciation

Principen om *margin of appreciation* innebär att staterna har en viss frihet att tillämpa konventionsreglerna på ett flexibelt sätt. Staterna har dessutom en margin of appreciation vid tillämpning av många allmänna och oprecisa begrepp i konventionen.<sup>139</sup>

Ingrepp i artikel 8 får inte göras förutom när det är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle för att tillgodose vissa angivna intressen. Bedömningen av vad som är nödvändigt görs i första hand av nationell lagstiftare eller nationell domstol. Om det finns rimliga skäl för den bedömning av nödvändighet som gjorts på nationell nivå godtar Europadomstolen vanligen detta. Den nationella nivåns bedömning av nödvändigheten utgör ett uttryck för statens margin of appreciation. Principens omfattning varierar dock beroende på det skyddade intresset. Gäller det frågor om allmän moral är Europadomstolen särskilt ovillig att underkänna statens ställningstagande, speciellt eftersom det inte finns någon enhetlig europeisk uppfattning i moralfrågor.<sup>140</sup>

När nödvändigheten av ett ingrepp ska bedömas ska proportionalitetsprincipen tillämpas. En avvägning ska göras av hur stort ingreppet i den enskildes rätt är och hur stort det behov som ska tillgodoses genom ingreppet är. Ingreppet är proportionerligt när dessa faktorer har ett rimligt förhållande, och bara då kan ingreppet vara nödvändigt.<sup>141</sup>

### 6.4 Mennesson v. France

Målet *Mennesson v. France* rörde ett franskt gift par som ingick ett avtal om surrogatmoderskap med en kvinna från Kalifornien, USA. Ett tvillingpar föddes som ett resultat av arrangemanget. Kaliforniens högsta domstol beslutade att det franska paret skulle förklaras vara rättsliga föräldrar till barnen.<sup>142</sup> Det franska konsulatet i Los Angeles vägrade införa detaljerna i födelseattesterna i det franska centralregistret över födelser, giftermål och dödsfall med hänvisning till att det franska paret inte kunde bevisa att den franska kvinnan fött barnen. Misstanke om surrogatavtal väcktes och ärendet skickades till en åklagarmyndighet i Frankrike.<sup>143</sup>

---

<sup>139</sup> Se Danelius (2015) s. 57.

<sup>140</sup> Se Danelius (2015) s. 57.

<sup>141</sup> Se Danelius (2015) s. 58.

<sup>142</sup> Se *Mennesson v. Frankrike*, no 65192/11 26 september, para. 7–10.

<sup>143</sup> Se *Mennesson v. Frankrike*, no 65192/11 26 september, para. 11.

Barnen fick amerikanska pass utfärdade och familjen kunde ta sig tillbaka till Frankrike. Efter hemkomsten följde en rad processer i olika franska domstolar, som alla på ett eller annat sätt gällde huruvida barnens födelseattester kunde införas i det franska centralregistret. I princip samtliga instanser där saken prövades menade att en registrering var omöjlig, eftersom den amerikanska domen byggde på ett surrogatavtal. Surrogatavtal var ogiltiga enligt fransk lag.<sup>144</sup> Court of Cassation, högsta instans, godtog inte heller de amerikanska födelseattesterna eftersom de grundade sig på surrogatavtal.<sup>145</sup>

Det franska paret överklagade till Europadomstolen. De klagade över en kränkning av dels parets, dels barnens rätt till respekt för deras privat- och familjeliv. Det var ostridigt mellan parterna att vägran att erkänna relationerna mellan de tilltänkta föräldrarna och barnen var ett ingripande i sökandens rätt till respekt för familjelivet.<sup>146</sup> Europadomstolen menade att det också skett ett ingripande i sökandens rätt till privatliv.<sup>147</sup>

Frågan handlade alltså snarare om staten Frankrikes negativa skyldigheter snarare än de positiva mot bakgrund av de franska reglerna. Om ett mål med anledning av den potentiella svenska kriminaliseringen av surrogatförmedling av någon anledning tas upp till prövning av Europadomstolen kan *Menesson v. France* vara till stor ledning i bedömningen av huruvida det potentiella ingripandet är legitimt under artikel 8.2 i EKMR.

Frankrike vägrade erkänna en juridisk föräldra-barnrelation mellan ett barn fött genom surrogatarrangemang och de tilltänkta föräldrarna. Den franska civilkoden stadgade att surrogatavtal var ogiltiga med hänvisning till allmän ordning och principen om den mänskliga kroppens oförytterlighet och principen om medborgarskapets oförytterlighet. Principerna utslöt att föräldraskapsstatus baserat på surrogatavtal erkändes.<sup>148</sup> Detta i syfte att avskräcka sina medborgare från att utomlands använda metoder för assisterad befruktning som är förbjudna i landet. Frankrike strävade enligt sin egen uppfattning efter att skydda barn och surrogatmödrar. Europadomstolen accepterade den franska statens uppfattning att ingripandet hade två av de syften som legitimerar ett ingripande i rätten till skydd för privat- och familjelivet, nämligen ”skydd för hälsa” och ”skydd för andra personers fri- och rättigheter”.<sup>149</sup>

Domstolen menade att om ingen samstämmighet råder mellan de europeiska staternas lagar i sakfrågan, och speciellt om frågan väcker moraliska eller etiska aspekter, så är utrymmet stort att bedöma vad som i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt. Genom en lagjämförande undersökning av

---

<sup>144</sup> Se *Menesson v. Frankrike*, no 65192/11 26 september, para. 17–18.

<sup>145</sup> Se *Menesson v. Frankrike*, no 65192/11 26 september, para. 25.

<sup>146</sup> Se *Menesson v. Frankrike*, no 65192/11 26 september, para. 48.

<sup>147</sup> Se *Menesson v. Frankrike*, no 65192/11 26 september, para. 49.

<sup>148</sup> Se *Menesson v. Frankrike*, no 65192/11 26 september, para. 55–58.

<sup>149</sup> Se *Menesson v. Frankrike*, no 65192/11 26 september, para. 62.

medlemsstaternas lagstiftning angående surrogatarrangemang konstaterade domstolen att det inte råder någon enighet om hur surrogatarrangemangen ska regleras. I ett fall som *Mennesson v. France*, när en viktig detalj i en individs existens eller identitet står på spel, begränsas dock bedömningsutrymmet. Eftersom det här handlar om en väsentlig aspekt av barnets identitet, dvs. den juridiska föräldra-barnrelationen, så reduceras utrymmet för medlemsstaterna att göra en egen bedömning i den frågan. Domstolen menade att det franska parets rätt till respekt för familjeliv, och barnens rätt till respekt för privatliv måste skiljas åt.<sup>150</sup>

Vad gällde det franska parets rätt till respekt för sitt familjeliv menade Europadomstolen att medlemsstaternas utrymme för egen bedömning i frågan om vad som är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle medför att den situation som hade uppstått för det franska paret, dvs. att de inte erkändes som föräldrar, utgjorde en rimlig avvägning mellan parets och statens intressen vad avser deras rätt till respekt för familjelivet. Det hade inte skett någon kränkning av parets rätt till respekt för familjelivet.<sup>151</sup>

Enligt Europadomstolen krävde barnens rätt till respekt för privatliv att de skulle kunna fastställa sina identitetsuppgifter som enskilda personer vilket inkluderar den juridiska förälder-barnrelationen.<sup>152</sup>

Europadomstolen accepterade att Frankrike hindrar sina medborgare från att resa utomlands för att använda metoder för assisterad befruktning som är förbjudna på Frankrikes territorium i syfte att skydda barn och surrogatmödrar. Men effekterna av fransk lag i det här fallet, dvs. att födelseattesterna inte kunde registreras och att den juridiska relationen mellan barnen och föräldrarna inte kunde fastställas, påverkade även barnens rätt till respekt för privatlivet. Situationens förenlighet med barnets bästa var enligt domstolen inte självklar.<sup>153</sup> Barnen i målet var dessutom biologiska barn till den franska mannen. Domstolen menade att det inte kunde ligga i barnens intresse att beröva dem den juridiska relationen till sin biologiska förälder. Domstolen ansåg att Frankrikes agerande gentemot parterna innebar att staten överträdde det tillåtna utrymmet för egen bedömning.<sup>154</sup> Det hade således skett en kränkning av barnens rätt till respekt för deras privatliv.<sup>155</sup>

I frågan om hur rätten till respekt för familjelivet förhåller sig till medlemsstaternas lagstiftning om surrogatarrangemang är det här målet centralt. Europadomstolen accepterar att lagstiftning som hindrar medborgare från att ingå surrogatmoderskap kan utgöra ett motiverat ingripande i rätten till respekt för privat- och familjeliv, om lagstiftningen har de legitima syftena att skydda hälsa och andra personers fri- och

---

<sup>150</sup> Se *Mennesson v. Frankrike*, no 65192/11 26 september, para. 86.

<sup>151</sup> Se *Mennesson v. Frankrike*, no 65192/11 26 september, para. 94.

<sup>152</sup> Se *Mennesson v. Frankrike*, no 65192/11 26 september, para. 97.

<sup>153</sup> Se *Mennesson v. Frankrike*, no 65192/11 26 september, para. 99.

<sup>154</sup> Se *Mennesson v. Frankrike*, no 65192/11 26 september, para. 100.

<sup>155</sup> Se *Mennesson v. Frankrike*, no 65192/11 26 september, para. 102.

rättigheter. Lagstiftningen får dock inte hindra barnens rätt till respekt för privatlivet.

## 6.5 Paradiso and Campanelli v. Italy

Målet rörde ett italienskt par som vänt sig till en rysk surrogatmoder som de fått kontakt med via en rysk klinik. Ett barn föddes som ett resultat av arrangemanget. Enligt parets utsago hade den italienska mannens könsceller använts vid befruktningen, men en DNA-analys konstaterade att mannen inte hade några genetiska kopplingar till barnet som föddes.<sup>156</sup> Efter födelsen samtyckte surrogatmodern till att det italienska paret registrerades som barnets föräldrar.<sup>157</sup> Barnet lämnade Ryssland tillsammans med den tilltänkta modern efter att det italienska konsulatet i Moskva utfärdat nödvändiga dokument. Efter att den tilltänkta modern och barnet anlät till Italien informerade det italienska konsulatet i Moskva en italiensk domstol att dokumenten den tilltänkta modern hade lämnat till konsulatet innehöll falsk information. Förfarandet föranledde att en brottmålsprocess startade mot paret, eftersom dokumenten innehöll falsk information varför brott mot den italienska adoptionslagen misstänktes. Enligt den italienska adoptionslagen var barnet i ett *state of abandonment* och kunde och skulle därför göras tillgängligt för adoption.<sup>158</sup> Eftersom paret, enligt den italienska domstolen, hade försatt sig själva i en olaglig situation var det till barnets bästa att separera barnet från paret och placera det i ett familjehem. Barnet placerades sedan permanent hos nya adoptivföräldrar.<sup>159</sup>

Frågan i Europadomstolen var om den italienska statens åtgärder, som medförde att barnet permanent separerades från de tilltänkta föräldrarna, innebar en kränkning av parets rätt till respekt för familje- och privatlivet. Eventuella kränkningar av barnets rättigheter prövades inte.<sup>160</sup> Kammaren ansåg att det italienska paret inte hade kompetens att föra barnets talan och avslog den delen av talan.<sup>161</sup>

Europadomstolen menade att det inte existerade något faktiskt familjeliv i den bemärkelse som omfattas av artikel 8 i EKMR.<sup>162</sup> Vad gällde privatliv konstaterade domstolen däremot att målet föll inom ramen för privatlivet som avses i artikel 8.<sup>163</sup> Europadomstolen menade att privatlivet omfattade relationen med barnet även fast barnet inte var parets genetiska. Den beaktade att det italienska paret hade en genuin intention att bli föräldrar och att en stor del av deras liv handlade om att skaffa barn. Parets beslut att bli

<sup>156</sup> Se Paradiso and Campanelli v. Italy [GC], no. 25358/12, 24 januari 2017, para. 9–14; jfr. para. 30.

<sup>157</sup> Se Paradiso and Campanelli v. Italy [GC], no. 25358/12, 24 januari 2017, para. 14.

<sup>158</sup> Se Paradiso and Campanelli v. Italy [GC], no. 25358/12, 24 januari 2017, para. 21–22.

<sup>159</sup> Se Paradiso and Campanelli v. Italy [GC], no. 25358/12, 24 januari 2017, para. 95; jfr. para 36.

<sup>160</sup> Se Paradiso and Campanelli v. Italy [GC], no. 25358/12, 24 januari 2017, para. 98.

<sup>161</sup> Se Paradiso and Campanelli v. Italy [GC], no. 25358/12, 24 januari 2017, para. 86.

<sup>162</sup> Se Paradiso and Campanelli v. Italy [GC], no. 25358/12, 24 januari 2017, para. 156–159.

<sup>163</sup> Se Paradiso and Campanelli v. Italy [GC], no. 25358/12, 24 januari 2017, para. 164.

föräldrar och den personliga utveckling som de ville uppnå genom föräldraskapet och relationen till barnet omfattades därför av tillämpningsområdet av artikel 8.<sup>164</sup>

Sammanfattningsvis menade domstolen att fakta i målet föll inom ramen för sökandenas privatliv och att de av Italien vidtagna åtgärderna hänförde sig till sökandenas privatliv.<sup>165</sup> De beslut som resulterade i att barnet togs ifrån paret uppgick sammanlagt till ett ingripande i parets rätt till respekt för sitt privatliv.<sup>166</sup>

Ingripandet är en kränkning av artikel 8 i EKMR om det inte kan legitimeras under artikelns andra stycke.<sup>167</sup> Europadomstolen konstaterade i det här målat att Italiens åtgärder vidtogs i enlighet med italiensk lag.<sup>168</sup> Vad gäller legitimt syfte menade Europadomstolen att de italienska myndigheternas strävan att upprätthålla statens exklusiva kompetens att erkänna en rättslig relation mellan barn och förälder, och det endast när det finns biologiska band eller en laglig adoption, är legitimt under artikel 8.2 i syfte att skydda barn.<sup>169</sup>

Domstolen påminde om att EKMR inte innehåller en rätt att bli förälder. De offentliga intressena som står på spel väger tungt i bedömningen, men parets intresse av personlig utveckling genom relationen till barnet kunde inte väga tyngre. Europadomstolen menade att de italienska domstolarna, som hade utvärderat barnets risk för att lida svår och irreparabel skada av separationen, hade gjort en tillfredsställande avvägning mellan intressena som stod på spel och att avvägningen höll sig inom gränserna för staternas margin of appreciation i fall som detta. Ingen kränkning av artikel 8 hade således skett.<sup>170</sup>

Vad gäller staternas margin of appreciation resonerar domstolen i det här målet på samma sätt som i *Menesson v. France*. Om konsensus inte råder mellan medlemsstaterna vad gäller skyddsintressets tyngd eller hur det skyddas på bästa sätt, speciellt när känsliga etiska och moraliska frågor är inblandade, har staterna en relativt stor margin of appreciation.<sup>171</sup> Europadomstolen bekräftar i målet den analysen av den margin of appreciation som tillkommer medlemsstaterna när det gäller surrogatarrangemang.<sup>172</sup>

---

<sup>164</sup> Se *Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], no. 25358/12, 24 januari 2017, para. 163.

<sup>165</sup> Se *Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], no. 25358/12, 24 januari 2017, para. 165.

<sup>166</sup> Se *Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], no. 25358/12, 24 januari 2017, para. 166.

<sup>167</sup> Se *Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], no. 25358/12, 24 januari 2017, para. 167.

<sup>168</sup> Se *Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], no. 25358/12, 24 januari 2017, para. 174.

<sup>169</sup> Se *Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], no. 25358/12, 24 januari 2017, para. 177.

<sup>170</sup> Se *Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], no. 25358/12, 24 januari 2017, para. 215.

<sup>171</sup> Se *Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], no. 25358/12, 24 januari 2017, para. 182.

<sup>172</sup> Se *Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], no. 25358/12, 24 januari 2017, para. 184.

## 6.6 Advisory opinion

Sverige har inte tillträtt protokoll 16 till Europeiska konventionen om mänskliga rättigheter. De högsta domstolarna i staterna som har tillträtt protokollet har möjlighet att begära yttrande av Europadomstolen, och om en sådan begäran tas upp så ska yttrandet avges av Europadomstolen i stor sammansättning. Eftersom Sverige inte har tillträtt protokollet gäller det inte heller i förhållande till Sverige. Högsta domstolen menar dock att yttrandet har betydande rättskällevärde vid tolkning av EKMR i det här hänseendet.<sup>173</sup>

Den franska Court of Cassation ställde ett par frågor till Europadomstolen, efter att domstolens dom i *Menesson v. France* föranlett ändringar av de franska reglerna om registrering av födelseattest till ett barn som fötts genom ett surrogatarrangemang. Frågorna och svaren är inte relevanta för uppsatsens syfte. Europadomstolen bekräftar dock återigen synen på margin of appreciation när det kommer till nödvändigheten av en inskränkning i artikel 8 och surrogatmoderskap.

I det rådgivande yttrandet bekräftar domstolen att staternas bedömningsmarginal varierar med omständigheterna, sakfrågan och kontexten. I den här frågan så är en av faktorerna existensen eller icke-existensen av konsensus mellan medlemsstaterna.<sup>174</sup>

Domstolen gjorde en komparativ undersökning av 43 stater, i vilken de konstaterade att surrogatarrangemang är tillåtna i nio av dessa stater, att de tolereras i 10 av staterna och att de är explicit eller implicit förbjudna i de resterande 24 staterna.<sup>175</sup> Det råder således fortfarande ingen konsensus bland medlemsstaterna i frågan om hur surrogatmoderskap ska regleras. Frågan väcker dessutom känsliga moraliska och etiska frågor. Det innebär, enligt domstolen, att staternas margin of appreciation är bred.<sup>176</sup>

## 6.7 Kriminaliseringens förenlighet med artikel 8 EKMR

Huruvida en kriminalisering av kommersiell surrogatförmedling utgör en inskränkning av de tilltänkta föräldrarnas rättigheter genom artikel 8 är svårbedömt. Artikel 8 omfattar ingen rätt att skaffa barn, men rätt till respekt för beslutet att skaffa barn. Den omfattar rätten till respekt för beslutet att bli gravid genom metoder inom assisterad befruktning, men det kan vara en legitim inskränkning att medlemsstaterna förbjuder viss behandling.

---

<sup>173</sup> Se NJA 2019 s. 504, punkten 31 i HD:s beslut.

<sup>174</sup> Se Advisory opinion no. P16-2018-001 (2019) s. 43.

<sup>175</sup> Se Advisory opinion no. P16-2018-001 (2019) s. 23.

<sup>176</sup> Se Advisory opinion no. P16-2018-001 (2019), s. 43.



En kriminalisering av kommersiell surrogatförmedling utesluter inte att svenska medborgare ingår surrogatarrangemang. Om rätten till respekt för privat- och familjeliv kan anses omfatta rätten till respekt för beslutet att skaffa barn genom kommersiellt surrogatmoderskap som arrangeras via en förmedlare, vidmakthålls den respekten även om möjligheterna att genomgå surrogatarrangemang reduceras i syfte att skydda surrogatmoderns fri- och rättigheter. Den föreslagna kriminaliseringen träffar inte heller de tilltänkta föräldrarna direkt, utan den som förmedlar kontakten. Möjligheterna att genomgå surrogatarrangemang lär minska om s.k. surrogatförmedlingar kriminaliseras. Möjligheten försvinner dock inte helt. Rätten till respekt för privat- och familjeliv omfattar heller inte någon rätt att få barn, även om rätt till respekt för beslutet att försöka bli gravida genom metoder inom assisterad befruktning omfattas.

Även om kriminaliseringen skulle bedömas vara en inskränkning i de tilltänkta föräldrarnas rätt till antingen privat- eller familjeliv, är möjligheten att kriminaliseringen är en legitim inskränkning stor. Inskränkningen måste ha stöd i lag, ett krav som innebär att inskränkningen måste vara förenlig med nationell lag. Den potentiella inskränkningen, kriminaliseringen, som utreds här skulle utgöra svensk lag varför kravet lär anses vara uppfyllt. Syftet med den potentiella inskränkningen, som måste möta kraven i artikel 8.2 EKMR, är att skydda andra personers fri- och rättigheter. I första hand surrogatmödrarnas, men också barnens, av skäl som redogjorts för i uppsatsens avsnitt 2.4.

Som Europadomstolen slagit fast minskar staternas margin of appreciation av inskränkningens nödvändighet när det handlar om barnets rätt till privatliv. En kriminalisering av kommersiell surrogatförmedling lär dock inte påverka barnets rätt till privatliv. I det skedet av surrogatprocessen, dvs. innan eller när kontakt förmedlas mellan tilltänkta föräldrar och surrogatmödrar, finns inget barn vars rätt till respekt för privatliv kan inskränkas av kriminaliseringen. Högsta domstolens domar i målen *Det kaliforniska surrogatarrangemanget* och *Surrogatarrangemanget i Arkansas* samt den pågående utredningen av de föräldraskapsrättsliga reglerna i kombination med att en kriminalisering av surrogatförmedlingar inte påverkar barnets rätt till respekt för privatliv borde minimera risken för att en otillåten inskränkning av denna rätt sker i svensk rättstillämpning.

Som visat är staternas margin of appreciation relativt stor när frågan avser moralfrågor, när det inte råder konsensus mellan medlemsstaterna och inskränkningen syftar till att skydda hälsa och andra personers fri- och rättigheter. Som domstolen konstaterar i *Menesson v. France* så är åtgärder som uppfyller kraven i artikel 8 EKMR fullt tillåtna för medlemsstaterna att vidta. Europadomstolen accepterade som visat att lagstiftning som hindrar medborgare från att ingå surrogatmoderskap kan utgöra ett motiverat ingripande i rätten till respekt för privat- och familjeliv, om lagstiftningen har de legitima syftena att skydda hälsa och andra personers fri- och rättigheter (dvs. barnen och surrogatmödrarna).

Proportionaliteten i nödvändighetsbedömningen är svår att utvärdera med tanke på att det inte nödvändigtvis är en inskränkning i de tilltänkta föräldrarnas privatliv. Skulle det bedömas vara fallet är möjligheterna goda att avvägningen mellan kränkningen av de tilltänkta föräldrarnas rätt till respekt för beslutet att genomgå ett surrogatarrangemang med hjälp av en förmedling, och hänsyn till skydd för hälsa och andra personers fri- och rättigheter bedöms vara rimlig.

# 7 Kriminalisering av surrogatförmedling

## 7.1 Inledning

I uppsatsens syfte ingår att utreda huruvida en kriminalisering av surrogatförmedling är förenlig med de allmänna kriminaliseringsprinciperna i svensk rätt. I det här kapitlet presenteras hur en sådan kriminalisering kan tänkas fungera och dess förenlighet med kriminaliseringsprinciperna i svensk rätt.

Inledningsvis kan det konstateras att den exakta ordalydelsen av kriminaliseringen bör utredas närmare. Det finns en mängd frågor att ta ställning till och det faller utanför den här uppsatsens syfte och frågeställningar att definiera kriminaliseringens ordalydelse exakt. Något måste ändå sägas om den för att den fortsatta framställningen ska ge mening.

Syftet med kriminaliseringen är att motverka kommersiellt surrogatmoderskap genom att kriminalisera surrogatförmedling, dvs. att förmedla kontakt mellan tilltänkta föräldrar och surrogatmödrar. Det bör utredas vilka ekonomiska transaktioner som ska träffas. Ska det krävas att de tilltänkta föräldrarna betalar den som förmedlar kontakt eller ska det krävas att förmedlaren betalar surrogatmodern för att straffansvar ska kunna komma i fråga? Även sådan förmedlande kontakt som inte föregås av en betalning kan leda till etablerande av surrogatarrangemang där surrogatmodern ändå i något led får betalt.

## 7.2 Brottssubjekt

Enligt svensk rätt kan endast en människa begå brott. Juridiska personer kan inte ådömas straff eller annan brottspåföljd. En juridisk person kan dock drabbas av förverkande, företagsbot och annan särskild rättsverkan.<sup>177</sup> Den fortsatta framställningen koncentreras därför till fysiska personer.

En del brottsbeskrivningar begränsar kretsen av gärningspersoner i bemärkelsen att brottssubjekten måste ha vissa egenskaper eller ställningar. Ett exempel är 3 kap. 3 § i brottsbalken (BrB) som träffar den kvinna som dödat sitt barn vid födelsen. Distinktionen mellan brott med dessa s.k. specialsubjekt och brott med ospecificerade brottssubjekt har betydelse bland annat för medverkansläran.<sup>178</sup>

---

<sup>177</sup> Se Jareborg (2001) s. 138.

<sup>178</sup> Se Jareborg (2001) s. 139.

Vad gäller kriminalisering av kommersiell surrogatförmedling kan det tänkas ligga nära till hands att peka ut specialsubjekt i brottsbeskrivningen. Ett tänkbart alternativ är ”näringsidkare”, vilket används i t.ex. 16 kap. 9 § BrB. 16 kap. 9 § BrB föreskriver straffansvar för den näringsidkare som i sin verksamhet diskriminerar någon på grund av ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, trosbekännelse, sexuell läggning eller könsöverskridande identitet eller uttryck genom att [...].

Näringsidkare förstås som varje person som yrkesmässigt driver verksamhet av ekonomisk art, oavsett om verksamheten är inriktad på vinst, avser att främja ett ideellt eller välgörande syfte, sker under begränsad tid eller utgör en bisysselsättning. Kravet på yrkesmässighet innebär att verksamheten måste vara varaktig i viss mån.<sup>179</sup> Näringsidkaren tillskrivs ansvar även för de gärningar som hans eller hennes anställda eller medhjälpare förövar, under förutsättning att gärningarna har med företagets drift att göra.<sup>180</sup> Företag måste inte nödvändigtvis drivas som juridisk person.<sup>181</sup> Drivs företaget som juridisk person gäller vad som sagts ovan om att den juridiska personen kan drabbas av förverkande, företagsbot och annan särskild rättsverkan. Domstol måste dock även i dessa fall ta ställning till vilken eller vilka personer i en juridisk person som ska bära det straffrättsliga ansvaret.<sup>182</sup>

Intresset av att inrikta sig på näringsidkaren kan förstås utifrån att straffansvar bör placeras så att det är effektivt för att åstadkomma störst möjlighet att reglerna följs. Processekonomiska skäl kan också tala för att lagföring bör begränsas till näringsidkaren. Näringsidkaren har större möjlighet än sina anställda att se till att företaget drivs lagenligt och bör därför utöva tillsyn över sitt företag.<sup>183</sup>

Frågan om vem som är näringsidkare kan vara svår att besvara. Om företaget inte drivs som en juridisk person finns oftast en person som uppenbarligen är den som leder företaget. Det behöver dock inte alltid vara fallet. Om straffbestämmelsen kräver ett specialsubjekt, t.ex. näringsidkare, och näringsidkaren inte kan utöva tillsyn över företaget och därför delegerar vissa arbetsuppgifter till någon annan person som begår gärningar som träffas av straffbudet uppstår frågan om den person som uppgifterna delegerades till kan straffas.<sup>184</sup> Om brottssubjektet är ospecificerat undviks oklarhet i dessa situationer, eftersom denna andra person då kan straffas oberoende av sina egenskaper som subjekt. Vad gäller den potentiella brottsbeskrivningen för kriminaliseringen av surrogatförmedling måste ett par aspekter hållas i minnet. Kriminaliseringen syftar till att motverka kommersiellt surrogatmoderskap. Den eller de som förmedlar kontakt mellan tilltänkta föräldrar och surrogatmodrar i någon typ av organiserad

---

<sup>179</sup> Se Jareborg (2001) s. 141.

<sup>180</sup> Se Jareborg (2001) s. 142.

<sup>181</sup> Se Jareborg (2001) s. 141.

<sup>182</sup> Se Jareborg (2001) s. 141.

<sup>183</sup> Se Jareborg (2001) s. 142.

<sup>184</sup> Se Jareborg (2001) s. 146.

form har ofta som huvudsaklig verksamhet att på ett eller annat sätt främja kommersiellt surrogatmoderskap. Ett straffansvar som endast träffar näringsidkare riskerar därför att göra kriminaliseringen ineffektiv.

### 7.3 Vad bör straffas?

Genom regeringsbeslut 31 mars 2011 tillsattes den utredning som kom att ta namnet Straffrättsanvändningsutredningen.<sup>185</sup> Utredningens uppdrag var bl.a. att kartlägga det straffsanktionerade områdets utveckling sedan brottsbalken trädde i kraft, samt att kartlägga områdets omfattning och struktur. Uppdraget omfattade också att analysera och ta ställning till vilka kriterier som bör gälla för att kriminalisering ska anses vara befogad.<sup>186</sup> Utredningen resulterade i betänkandet *Vad bör straffas?*<sup>187</sup>

Enligt direktiven omfattade uppdraget också att analysera om det gick att vara mer återhållsam med användningen av straffrätten på olika områden, och hur det i sådana fall borde uppnås.<sup>188</sup> Uppdraget gick ut på att ta fram ett system som var mer trovärdigt och mer effektivt än det dåvarande. Utredningen tolkade begreppet trovärdigt som att det inte skulle råda alltför stor diskrepans mellan statens och samhällsmedborgarnas uppfattning om vilka beteenden som ska vara straffbelagda.<sup>189</sup>

Utredningens analys av vilka kriterier som bör gälla för kriminalisering gjordes bland annat mot bakgrund av vad som hade anförts i doktrin och de förslag till principer för kriminalisering som lades fram av Åklagarutredningen under tidigt 1990-tal. Utredningens analys gjordes även mot bakgrund av material som presenterats på EU-nivå vad gäller kriterier för kriminalisering. Både regering och riksdag ställde sig bakom utredningen i allt väsentligt.<sup>190</sup>

Utredningen landade i fem grundläggande kriterier som ska vara uppfyllda för att kriminalisering ska övervägas. Kriterierna är följande:

1. Det tänkta straffbudet måste avse ett identifierat och konkretiserat intresse som är skyddsvärt.
2. Det beteende som avses bli kriminaliserat måste kunna orsaka skada eller fara för skada på skyddsintresset.
3. Endast den som har visat skuld, varit klandervärd, bör träffas av straffansvar, vilket innebär att kriminaliseringen inte får äventyra tillämpningen av skuldprincipen.
4. Det får inte finnas något tillräckligt värdefullt motstående intresse.

---

<sup>185</sup> Se dir. 2011:31 s. 1; SOU 2013:38 s. 1.

<sup>186</sup> Se SOU 2013:38 s. 17.

<sup>187</sup> Se SOU 2013:38 s. 1.

<sup>188</sup> Se dir. 2011:31 s. 6 f.

<sup>189</sup> Se SOU 2013:38 s. 504.

<sup>190</sup> Se SOU 2013:38, s. 423 f.

5. Det får inte finnas någon alternativ metod som är tillräckligt effektiv för att komma till rätta med det oönskade beteendet. De överväganden som bör göras i fråga om detta kriterium är följande:
  - a. Finns det redan en handlingsdirigerande regel som är tillräckligt effektiv för att motverka det oönskade beteendet?
  - b. Om en handlingsdirigerande regel behöver införas – kan beteendet motverkas tillräckligt effektivt med en regel som inte är repressiv (t.ex. en civilrättslig regel om skadestånd)?
  - c. Om det är nödvändigt att införa en repressiv handlingsdirigerande regel för att motverka det oönskade beteendet ska i första hand vite, sanktionsavgift eller återkallelse av tillstånd övervägas. Straff bör väljas i sista hand.<sup>191</sup>

Utredningen menade att den viktigaste funktionen som kriterier för kriminalisering har är att lagstiftaren tvingas redovisa sitt ställningstagande på ett sätt så tydligt att det går att granska om kriminalisering är en befogad åtgärd.<sup>192</sup> Kriterierna är principer och inte absoluta regler. Det innebär att det kan vara befogat i det enskilda fallet att genomföra en kriminalisering trots att alla kriterier inte är uppfyllda. Ett sådant undantag kräver att det finns mycket tungt vägande skäl för undantaget, att skälen tydligt redovisas och dessutom att det klargörs att det är fråga om ett avsteg från principerna. En situation som kan motivera undantag är om kriminalisering av en viss gärning krävs för att den svenska staten ska kunna uppfylla en internationell förpliktelse. De internationella åtagandena ställer dock sällan krav på att sanktionerna ska vara straffrättsliga.<sup>193</sup>

### 7.3.1 Godtagbart skyddsintresse

Vad gäller det första kriteriet innehåller det ett krav på en tydlig motivering till vilket intresse som ska skyddas genom en viss kriminalisering och varför det intresset ska anses vara ett godtagbart skyddsintresse.<sup>194</sup> Kravet på identifikation och konkretisering av skyddsintresset syftar till att motverka att lagstiftaren försöker knyta kriminaliseringen till ett högre rankat skyddsintresse än vad det egentligen handlar om.<sup>195</sup>

Vilka intressen som anses skyddsvärda varierar med samhällsutvecklingen. Det finns ingen färdig lista över godtagbara skyddsintressen, eftersom det i grund och botten är en bedömningsfråga och ingen enighet råder i frågan. 2 kap. RF innehåller en katalog över vad som kan uppfattas som ett antal centrala legitima värden, men den är inte uttömmande.<sup>196</sup> Enligt Lernestedt bör en utgångspunkt vara att det skyddsvärda måste kunna definieras fristående från vad som menas angripa det. De skyddsvärda intressena ska

---

<sup>191</sup> Se SOU 2013:38 s. 498.

<sup>192</sup> Se SOU 2013:38 s. 499.

<sup>193</sup> Se SOU 2013:38 s. 20.

<sup>194</sup> Se SOU 2013:38 s. 482.

<sup>195</sup> Se SOU 2013:38 s. 482.

<sup>196</sup> Se SOU 2013:38 s. 482.

därför behandlas innan, och fristående från, det som påstås orsaka negativ verkan på dem.<sup>197</sup>

I den här uppsatsens kontext innebär det att ett skyddsintresse, enligt Lernestedt, inte kan vara att skydda kvinnor från att utsättas för surrogatmoderskap. Ett skyddsintresse kan däremot t.ex. vara kvinnors sexuella och reproduktiva hälsa. Kvinnors rätt att inte exploateras är antagligen ett gränsfall enligt Lernestedt, eftersom exploateringen är det som angriper kvinnors rätt att inte exploateras.

Straffbud kan träffa flera intressen, både hos en och samma intressehavare, men också hos flera olika intressehavare.<sup>198</sup>

Som visat i avsnitt 2.4 finns en rad skyddsvärda intressen när det kommer till surrogatarrangemang. Kvinnors sexuella och reproduktiva hälsa, synen på kvinnors rättigheter och kvinnors och barns rätt att inte anses som handelsvaror. *Utredningen om utökade möjligheter till behandling av ofrivillig barnlöshet* påpekar, i de resonemang som leder fram till slutsatsen att kommersiellt surrogatmoderskap ska motverkas, att det förekommer två typer av argument mot kommersiellt surrogatmoderskap. Dels individriktade argument, som rör risken för skada och lidande för individen, dels argument som rör risken för mer abstrakta skador, t.ex. en försämrad kvinnosyn.<sup>199</sup>

Utredningen menade att förbudet mot handel med organ och könsceller ensamt var ett tillräckligt starkt skäl till att kommersiellt surrogatmoderskap inte kan godtas.<sup>200</sup> Skyddsintresset för kriminaliseringen kan därför vara av intresse. Regeringen motiverade införandet av nämnda förbud mot handel med organ och könsceller med att det vore ”stötande om en enskild donator eller någon närstående till en avliden skulle kunna köpslå om avyttring av delar av en levande eller död kropp”.<sup>201</sup> Kriminaliseringen ansågs vara en betydelsefull markering för att förstärka förtroendet för transplantationsverksamheten.<sup>202</sup>

Många av skälen till att motverka kommersiellt surrogatmoderskap hänför sig som visat dels till risken för skada på den mer abstrakta synen på jämställdhet och dels risken för skada på den individuella kvinnan. En annan kriminalisering som tar sikte på i någon mån jämförbara skyddsintressen är förbudet mot köp av sexuell handling som idag återfinns i 6 kap. 11 § BrB.

Köp av sexuella tjänster förbjöds genom införandet av lag (1998:408) om förbud mot köp av sexuella tjänster. Genom lag (SFS 2011:517) om

---

<sup>197</sup> Se SOU 2013:38 s. 432.

<sup>198</sup> Se SOU 2013:38 s. 433.

<sup>199</sup> Se SOU 2016:11 s. 379.

<sup>200</sup> Se SOU 2016:11 s. 381.

<sup>201</sup> Se prop. 1994/95:148 s. 52.

<sup>202</sup> Se prop. 1994/95:148 s. 52.

ändring i brottsbalken infördes brottet i BrB. Motiven till kriminaliseringen var flera. Utredningen föreslog att prostitution skulle kriminaliseras genom att både köp och försäljning av sexuella tjänster skulle förbjudas. Utredningen föreslog ett förbud mot könshandel för att ett förbud skulle fylla en normbildande funktion och tydliggöra att prostitution inte är socialt acceptabelt.<sup>203</sup> Regeringen menade dock att endast köparen skulle träffas av straffansvaret. Skälen till kriminaliseringen var att prostitution medför allvarliga skador för de enskilda och för samhället. Kriminaliteten kring de prostituerade och de prostituerades sociala situation anfördes som skäl för att prostitution skulle bekämpas genom kriminalisering för att markera samhällets inställning i frågan.<sup>204</sup> Handel med sexuella tjänster utvecklades vid tiden för propositionen till en internationell industri. Att Sverige tog steget att kriminalisera var en viktig markering gentemot andra länder.<sup>205</sup> Kriminaliseringens skyddsintresse, dvs. om det handlade om den enskilda säljarens hälsa och integritet eller allmän ordning som skulle skyddas, tydliggjordes inte i propositionen.<sup>206</sup>

Lernestedt menar att sexköpslagen är ett exempel på en kriminalisering vars förarbeten inte innehåller tillräckligt klara uttalanden i fråga om vilket eller vilka av flera intressen som anses vara det eller de främsta.<sup>207</sup>

Den utredning som fick i uppdrag att utvärdera förbudet skulle bland annat analysera vilka effekter förbudet mot köp av sexuell tjänst hade haft från och med införandet 1999 fram till 2008.<sup>208</sup> Utredningen konstaterade bland annat att gatuprostitutionen i Sverige hade halverats under perioden och att kriminaliseringen av köp av sexuell tjänst hade motverkat etableringen av organiserad kriminalitet.<sup>209</sup>

### 7.3.2 Skada eller fara för skada på skyddsintresset

Det beteende som avses bli kriminaliserat måste kunna orsaka skada eller fara för skada på skyddsintresset. Begreppet skada är inte helt enkelt att definiera. En definition är *ett slags negativ påverkan som drabbar annan individ, allmänheten eller staten*. Kravet innebär att kriminalisering inte bör användas enbart för att förhindra att annan upplever obehag som inte kan definieras som skada. Många anser också att skadekravet innebär att kriminalisering inte ska syfta till att enbart förhindra orsakande av att man tillfogar sig själv skada.<sup>210</sup> Samhällsutvecklingen och vilka intressen som betraktas som skyddsvärda har stor betydelse när det kommer till

---

<sup>203</sup> Se prop. 1997/98:55 s. 100.

<sup>204</sup> Se prop. 1997/98:55 s. 104.

<sup>205</sup> Se prop. 1997/98:55 s. 104.

<sup>206</sup> Jfr. SOU 2010:49 s. 76.

<sup>207</sup> Se SOU 2013:38 s. 433.

<sup>208</sup> Se SOU 2010:49 s. 99.

<sup>209</sup> Se SOU 2010:49 s. 8.

<sup>210</sup> Se SOU 2013:38 s. 484.



bedömningen av vilka beteenden som anses ha skadepotential.<sup>211</sup> Med anledning av bland annat detta finns goda skäl för undantag från skadekravet. Det kan t.ex. finnas anledning för lagstiftaren att ingripa om frånvaro av kriminalisering medför att ett beteende blir väldigt vanligt.<sup>212</sup>

Undantag från idén om att kriminalisering inte ska syfta till att enbart förhindra att man tillfogar sig själv skada kan också vara motiverade. En aspekt handlar om effektiviteten. Om ett straffbud mycket effektivt kan få människor att sänka riskerna för allvarlig skada kan ett ingripande med straffhot framstå som motiverat, även om kriminaliseringen enbart förhindrar att man tillfogar sig själv skada.<sup>213</sup>

Surrogatförmedlingar förmedlar kontakt mellan surrogatmödrar och tilltänkta föräldrar. Det huvudsakliga syftet med surrogatförmedling är att uppnå det slutgiltiga tillståndet att de tilltänkta föräldrarna har ett barn hos sig. Barnet har burit och fötts av en surrogatmoder mot betalning. Surrogatförmedlingar underlättar surrogatprocessen och bidrar därför i hög grad till att fler surrogatarrangemang genomförs, och därför också till att fler kvinnor exploateras genom kommersiellt surrogatmoderskap. Kriminalisering av förmedlingen syftar till att förhindra att kommersiellt surrogatmoderskap äger rum, och i det kommersiella surrogatmoderskapet ligger skadan hos den enskilda surrogatmodern i och med den exploatering hon utsätts för och de fysiska skador en graviditet kan medföra, och i stor utsträckning skadan på den abstrakta jämställdheten som det innebär när kvinnors kroppar är medel för någon annans mål.

### 7.3.3 Skuldprincipen

Endast den som har visat skuld, varit klandervärd, bör träffas av straffansvar vilket innebär att kriminaliseringen inte får äventyra tillämpningen av skuldprincipen. Straffrätten ska reserveras för gärningar där den som ska straffas har visat en sån påtaglig grad av uppsåt eller oaktsamhet att hen framstår som klandervärd. Den straffrättsliga skuldprincipen omöjliggör kriminalisering av gärningar som inte innefattar skuld (strikt ansvar). Bara när någon visat skuld är det befogat att utdela det klander som straffet innebär. I första hand är det alltså uppsåtliga gärningar som kan komma i fråga för att beläggas med straff.<sup>214</sup>

Ju mer skyddsvärt det intresse är som ska skyddas genom kriminalisering, desto större utrymme finns för att straffbelägga oaktsamma former av gärningen. Om oaktsamma gärningar ska kriminaliseras måste oaktsamheten vara så påtaglig att den är att bedöma som klandervärd. Det måste vara möjligt för den enskilde att genom ett normalt aktsamt beteende undvika att begå en straffbar handling. Utredningen menar att graden av skuld bör ges genomslag för att inte urholka straffrätten. Om det inte hjälper

---

<sup>211</sup> Se SOU 2013:38 s. 485.

<sup>212</sup> Se Jareborg (2001) s. 54.

<sup>213</sup> Se Jareborg (2001) s. 54.

<sup>214</sup> Se SOU 2013:38 s. 488 ff.

att vara normalt aktsam, eftersom kravet på aktsamhet ställts så högt, riskerar straffrätten att urholkas eftersom man straffas ändå.<sup>215</sup>

Surrogatförmedling i syfte att främja kommersiellt surrogatmoderskap lär i normalfallet kunna undvikas genom normal aktsamhet.

### 7.3.4 Motstående intresse

Det får inte finnas något tillräckligt värdefullt motstående intresse för att en kriminalisering av något beteende ska vara aktuell.

Allt sådant beteende som har potential att skada viktiga skyddsintressen ska inte kriminaliseras. Vissa sådana beteenden uppfattas inte, trots skaderisken, som oönskade. Det klassiska exemplet är bilkörning. Även om skaderisken är stor är beteendet inte oönskat. Fördelarna med att tillåta beteendet är så stora att det inte är ändamålsenligt att förbjuda det. Det handlar om att de positiva följderna uppväger skaderisken; handlingsfriheten för den enskilde överväger i många fall den enskilda risken för skyddsintresset mänskligt liv. Tradition nämns i utredningen som ett annat skäl till att tillåta skadliga beteenden, ett exempel är att alkoholbruk är tillåtet.<sup>216</sup>

Det kan anföras ett par fördelar med att tillåta surrogatförmedling i syfte att uppnå kommersiellt surrogatmoderskap. Processen underlättas för de tilltänkta föräldrarna och surrogatmodern när kontrollmekanismer kan styra processen. Från alla håll finns starka intressen av att arrangemangen faller väl ut.<sup>217</sup> Förmedlingarna sällar bland både presumtiva surrogatmodrar och tilltänkta föräldrar för att undvika problem.<sup>218</sup> Det har dock ifrågasatts om prövningen är så noggrann som den bör vara.<sup>219</sup>

Surrogatmoderskap tjänar dessutom givetvis syftet att tillgodose människors önskan om att bli föräldrar. Det är givetvis ett intresse, men att få barn är ingen rättighet.<sup>220</sup>

### 7.3.5 Alternativ metod

Anledningarna till att det inte får finnas någon alternativ metod som är tillräckligt effektiv för att komma till rätta med det oönskade beteendet är flera. Straff är den mest ingripande åtgärd staten kan vidta mot samhällsmedborgarna. Straff innebär inskränkningar i medborgarnas valfrihet och kommer dessutom med en viss stigmatisering i och med att straff innebär utdelande av klander.<sup>221</sup> Kriminalisering som metod är dessutom resurskrävande. Rättsväsendet måste således tillföras ökade

---

<sup>215</sup> Se SOU 2013:38 s. 488 ff.

<sup>216</sup> Se SOU 2013:38 s. 491.

<sup>217</sup> Se SOU 2016:11 s. 380.

<sup>218</sup> Se SOU 2016:11 s. 380.

<sup>219</sup> Se Ekman (2010) s. 167.

<sup>220</sup> Jfr. *Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], no. 25358/12, 24 januari 2017, para. 215.

<sup>221</sup> Se SOU 2013:38 s. 492.

resurser om antalet gärningar som beläggs med straff ökar. Om ökade resurser inte tillförs riskerar vissa straffbud att prioriteras ned av rättsväsendet, med konsekvensen att sådana överträdelse inte lagförs. Straffsystemets brottsavhållande verkan undergrävs då, och risk finns för att enskilda uppfattar systemet som orättvist.<sup>222</sup>

Även om de första tre kriterierna är uppfyllda kan det därför vara rimligt att avstå från att kriminalisera ett beteende om det finns andra metoder som är tillräckligt effektiva för att komma till rätta med beteendet.

Tre överväganden bör göras. Finns det redan en handlingsdirigerande regel som är tillräckligt effektiv för att motverka det oönskade beteendet? Om en handlingsdirigerande regel behöver införas – kan beteendet motverkas tillräckligt effektivt med en regel som inte är repressiv (t.ex. en civilrättslig regel om skadestånd)? Om det är nödvändigt att införa en repressiv handlingsdirigerande regel för att motverka det oönskade beteendet ska i första hand vite, sanktionsavgift eller återkallelse av tillstånd övervägas. Straff bör väljas i sista hand.<sup>223</sup>

Fler och fler föds genom surrogatarrangemang som barn till svenska föräldrar. Även om svenska myndigheter inte för officiell statistik över barnen som kommer till Sverige efter surrogatarrangemang i utlandet så pekar mycket på att antalet ökar. De svenska reglerna, som har redogjorts för i uppsatsen, fungerar alltså inte avskräckande och motverkar inte beteendet. Slutsatsen kan således dras att den nuvarande regleringen, eller icke-regleringen, inte är tillräckligt effektiv för att komma till rätta med det oönskade beteendet. Den nuvarande regleringen är alltså inte en effektiv alternativ metod. Det finns däremot andra alternativ till kriminalisering av surrogatförmedlingar för att motverka kommersiellt surrogatmoderskap och därigenom undvika skada på skyddsintressena.

Om det beteende som ska motverkas redan är straffbelagt bör inte heller någon dubblering av kriminaliseringen ske.<sup>224</sup> Som nämnt i kapitel fyra kan det ifrågasättas om någon del av surrogatprocessen är straffbelagd i svensk rätt idag, även om vissa menar att det förhåller sig så. Någon risk för dubblering av kriminalisering när det gäller en kriminalisering av surrogatförmedlingar bör därför inte föreligga.

Ett annat alternativ till kriminalisering är handlingsdirigerande regler som inte är repressiva. Dansk rätt skulle kunna tänkas tjäna som inspiration.

### **7.3.5.1 Dansk rätt som inspiration till alternativ metod**

30 § børneloven innehåller en bestämmelse liknande den i 1 kap. 7 § FB. Innebörden är att den kvinna som föder ett barn som blivit till genom

---

<sup>222</sup> Se SOU 2013:38 s. 492.

<sup>223</sup> Se SOU 2013:38 s. 498.

<sup>224</sup> Se SOU 2013:38 s. 493.

assisterad befruktning anses vara mor till barnet.<sup>225</sup> Bestämmelsen gäller, precis som i svensk rätt, oavsett om det ägg som barnet blivit till genom kommer från den födande kvinnan eller om ägget är donerat.<sup>226</sup>

Børneloven innehåller dessutom en bestämmelse om att ett avtal om att en kvinna som föder ett barn efter födelsen ska lämna över barnet till någon annan är ogiltigt.<sup>227</sup> Det innebär bland annat att den kvinna som föder barnet inte är skyldig att lämna över barnet och att de tilltänkta föräldrarna inte har någon rätt att få barnet överlämnat till sig. Det följer dessutom av bestämmelsen att utländska avtal om surrogatmoderskap inte kan erkännas eller verkställas i Danmark.<sup>228</sup>

Dansk rätt innehåller även ett förbud mot surrogatförmedling. Bestämmelsen stadgar att hjälp inte får erbjudas eller tas emot med syfte att uppnå en förbindelse mellan en kvinna och en annan som vill att kvinnan ska föda ett barn till denne. Det får heller inte annonseras i syfte att uppnå en sådan förbindelse.<sup>229</sup>

Bestämmelsens syfte är att begränsa surrogatarrangemang till när det finns en nära relation mellan den tilltänkta surrogatmodern och den som ska ha barnet. Förmedlingen behöver inte ske vid upprepade tillfällen för att träffas av förbudet. Förmedlarens motiv och om denne mottar vederlag eller inte har heller ingen betydelse. Även den som mottar förmedlingen träffas av förbudet och kan således straffas, enligt 34 § samma lag, med böter eller fängelse i upp till fyra månader.

Förbudet träffar all verksamhet som går ut på att etablera kontakt mellan potentiella surrogatmödrar och barnlösa par. Förbudet träffar inte den hjälp som parterna kan behöva med t.ex. att ansöka om vårdtillstånd eller styvbarnsadoption efter att ett barn fötts.<sup>230</sup>

Kunstig befruktningenslovens 13 § stadgar att assisterad befruktning inte får äga rum när det finns ett avtal mellan den kvinna som vill genomgå behandlingen och en annan om att den första kvinnan ska föda den andras barn.<sup>231</sup> Överträdelse straffas med böter eller fängelse i upp till fyra månader.<sup>232</sup>

---

<sup>225</sup> Se 30 § Børneloven (LBKG 2019-08-07 nr 772 Børneloven).

<sup>226</sup> Se Nielsen, Linda, (LBKG 2019-08-07 nr 772 Børneloven), not 92 till 30 § Karnov, besökt 2020-05-01.

<sup>227</sup> Se 31 § Børneloven (LBKG 2019-08-07 nr 772 Børneloven).

<sup>228</sup> Se Nielsen, Linda, (LBKG 2019-08-07 nr 772 Børneloven), not 92 till 30 § Karnov, besökt 2020-05-01.

<sup>229</sup> Se 33 § 1 st. och 2 st., Adoptionsloven (LBKG 2019-08-07 nr 775 Adoptionsloven).

<sup>230</sup> Se Thalbitzer, Anne (LBKG 2019-08-07 nr 775 Adoptionsloven), not 127 till 33 § Karnov, besökt 2020-05-02.

<sup>231</sup> Se 13 § Kunstig befruktningensloven (LBKG 2019-08-23 nr 902 Kunstig befruktningensloven).

<sup>232</sup> Se 29 § Kunstig befruktningensloven (LBKG 2019-08-23 nr 902 Kunstig befruktningensloven).

Dansk rätt innehåller alltså flera bestämmelser som syftar till att motverka surrogatarrangemang. Det kan dock utläsas av bl.a. motiven till förbudet mot surrogatförmedling att altruistiska surrogatarrangemang är tillåtna i Danmark om det finns en nära relation mellan den tilltänkta surrogatmodern och den som ska ha barnet.<sup>233</sup>

En regel, i svensk rätt, om ogiltigförklarande av surrogatavtal med syfte att motverka kommersiella surrogatarrangemang skulle förstås som en regel med syfte att avskräcka från tecknandet av avtalen, dvs. i förlängningen att uppgörelserna överhuvudtaget inte ska göras. Konsekvenserna av en regel som ogiltigförklarar avtalen är nämligen inte alltid till fördel för surrogatmodern. Avtalen kan innehålla en rad olika villkor, och tvisterna över avtalen kan variera i lika hög grad. Är avtalen alltid ogiltiga följer det att varken surrogatmodern eller de tilltänkta föräldrarna kan göra anspråk med grund i avtalen. Surrogatmodern kan alltså hamna i en situation där hon inte kan hävda sin rätt på de villkor som är till hennes fördel i avtalen, t.ex. att få avtalad ersättning för graviditeten utbetald.

Den danska regeln syftar till att verka avskräckande vad gäller kommersiella surrogatarrangemang. I dansk rätt finns dock en större laglig möjlighet för altruistiska arrangemang än i Sverige. Den danska regeln kan sägas tjäna syftet att uppmuntra de surrogatarrangemang som väl äger rum att äga rum inom familjen och med rent altruistiska syften. En motsvarande svensk regel skulle därför riskera att öppna upp för altruistiska surrogatarrangemang i Sverige. Ett normaliserande av altruistiska surrogatarrangemang kan riskera att leda till en normalisering även av kommersiella surrogatarrangemang och kan därför inte anses verka motverkande mot kommersiella surrogatarrangemang.<sup>234</sup> Risken för påtryckningar och kommersialisering talar emot även altruistiska surrogatarrangemang.<sup>235</sup>

### **7.3.5.2 Förbud mot surrogatavtal som alternativ metod**

Ett förbud mot surrogatavtal kan vara ett alternativ till kriminalisering av surrogatförmedling. Ett potentiellt svenskt förbud mot surrogatavtal måste förstås mot bakgrund av svensk avtalsrätt.

Med anledning av hur den svenska regleringen av surrogatarrangemang är utformad idag uppstår en intressant situation med anledning av målet RH 2004:41. Målet avgjordes slutligt i Svea hovrätt efter att Högsta domstolen inte beviljat prövningstillstånd. Målet rörde ett avtal mellan två parter, A.D (kvinna) och U.J (man). A.D yrkade att U.J skulle betala 25 miljoner kronor, jämte ränta, eftersom U.J hade förbundit sig genom avtal att betala pengarna om A.D låtit abortera de tvillingfoster hon bar på, vilket A.D hade gjort.<sup>236</sup>

---

<sup>233</sup> Se Thalbitzer, Anne (LBKG 2019-08-07 nr 775 Adoptionsloven), not 127 till 33 § Karnov, besökt 2020-05-02.

<sup>234</sup> Se SOU 2016:11 s. 408.

<sup>235</sup> Se SOU 2016:11 s. 447.

<sup>236</sup> Se RH 2004:41.

Frågan i målet är huruvida målet ska avvisas; dvs. huruvida saken överhuvudtaget kan prövas i domstol. Rättspraxis ger att talan i anledning av en tvist om ett avtal i vissa fall kan avvisas, om sökandens anspråk inte sanktioneras av rättsordningen och domstolen därför vägrar befatta sig med yrkandet. Det kräver att avtalets innehåll är av otillbörlig karaktär, och att detta framgår med önskvärd tydlighet. Det måste stå klart att avtalet är ogiltigt och saknar rättsverkan, därför att det strider mot lag eller goda seder.<sup>237</sup>

I svensk rätt saknas regler om ogiltighet av avtal som strider mot lag eller goda seder. Det har i stället överlämnats till domstolarna att avgöra om ett avtal ska anses ogiltigt. För att en talan ska avvisas måste det stå klart att avtalet är ogiltigt.<sup>238</sup>

I det här fallet ansåg hovrätten att det var uppenbart att det avtal som A.D åberopade till stöd för att hon skulle få pengarna av U.J. var otillbörligt till sitt innehåll, att det var ogiltigt och saknade rättsverkan för att det stod i strid mot goda seder. Hovrätten menade bland annat att det tedde sig främmande, ur ett etiskt perspektiv, och i strid med de värderingar som ligger till grund för abortlagstiftningen att låta en fråga om ekonomisk ersättning för ingreppet få inverka på valet kvinnan måste göra. De värderingar som ligger till grund för lagstiftningen är den grundläggande tanken om att en kvinna har en principiell rätt att själv välja om hon vill fullfölja en graviditet eller avbryta den. Avtalet stod därför i strid med vedertagna moralnormer och goda seder på ett sätt som ogiltigförklarade avtalet. En prövning av A.D:s anspråk på 25 miljoner kronor skulle därför innebära att rättsordningen medverkade till att de överväganden som bör föregå ett beslut om abort reducerades till en fråga om ekonomisk ersättning, vilket enligt hovrätten inte skulle vara förenligt med de grundläggande etiska värden som svensk rätt vilar på. A.D:s käromål avvisades därför.<sup>239</sup>

Det här målet rör abort, men det har uppenbara likheter med surrogatavtal. Eftersom det i svensk rätt saknas allmänna regler om ogiltighet av avtal som strider mot lag eller goda seder har det överlämnats till domstolarna att i det enskilda fallet avgöra om ett avtal ska anses ogiltigt. Vad gäller abort finns det inte någon uttrycklig bestämmelse som förbjuder avtal om abort mot ersättning. Det samma gäller för surrogatavtal eftersom det idag inte finns något uttryckligt förbud mot avtalen.

Ett förbud mot surrogatavtal är inte nödvändigtvis en tillräcklig effektiv metod för att komma till rätta med det oönskade beteendet. Den allmänna uppfattningen i svensk rätt idag, att surrogatavtal inte har någon verkan, har uppenbarligen inte har minskat beteendet eftersom kommersiella

---

<sup>237</sup> Se RH 2004:41.

<sup>238</sup> Se RH 2004:41.

<sup>239</sup> Se RH 2004:41.

surrogatarrangemang verkar öka.<sup>240</sup> Detta sammanhänger antagligen med att majoriteten av de surrogatarrangemang som svenska medborgare är involverade i äger rum helt eller delvis i utlandet, vilket innebär att IP-rättsliga regler styr lagval och domsrätt. Det är med andra ord inte säkert att svensk avtalsrätt styr de avtal som svenska medborgare ingår i samband med surrogatarrangemang. Ett förbud mot surrogatavtal lär inte heller nödvändigtvis alltid vara till nackdel för den som förmedlat kontakt mellan surrogatmoder och tilltänkta föräldrar, och heller inte alltid till nackdel för de tilltänkta föräldrarna. Det finns givetvis risk att den surrogatmoder som gör anspråk på prestationer med anledning av avtalet inte kan kräva dessa om avtalen ogiltigförklaras.

Det finns därför möjligen anledning att överväga ett förbud mot surrogatavtal i svensk rätt i syfte att avskräcka från att avtalen överhuvudtaget ingås, men ett sådant förbud är inte ensamt ett tillräckligt effektivt alternativ till kriminalisering av surrogatförmedling.

## 7.4 Internationella överenskommelser

Kommersiellt surrogatmoderskap är starkt präglad av den internationella dimensionen. Det finns anledning att tro att det finns risk för att problemet flyttar sig när en stat vidtar repressiva åtgärder i syfte att motverka kommersiellt surrogatmoderskap. Det danska förbudet mot surrogatförmedlingar har t.ex. lett till att svenska surrogatförmedlingar marknadsför sina tjänster till danskar.<sup>241</sup> Kriminaliseringsprincipen om att det inte får finnas någon alternativ metod som är tillräckligt effektiv för att komma till rätta med det oönskade beteendet verkar i och för sig inte i den riktningen. Syftet med principen är att reservera kriminalisering som metod för de beteenden där metoden framstår som mest effektiv för att motverka beteendet.<sup>242</sup> Det måste dock ändå påpekas att ett svenskt förbud mot surrogatförmedlingar, även om kriminaliseringen förenas med ett undantag från kravet på dubbel straffbarhet, givetvis inte kan träffa ett subjekt som inte räknas upp i 2 kap. 2 § BrB som i utlandet företar gärningar som i och för sig uppfyller rekvisiten i den svenska brottsbeskrivningen. Internationella överenskommelser lär vara mer effektiva oavsett vilken aspekt av surrogatmoderskapet som ska regleras.<sup>243</sup> Inom ramen för svensk rätt lär det dock inte finnas andra metoder som är tillräckligt effektiva för att motverka kommersiellt surrogatmoderskap.

---

<sup>240</sup> Se SOU 2016:11 s. 458; <<https://www.dn.se/nyheter/sverige/sa-gick-surrogatmoderskap-om-utlandsadoptioner-i-sverige/>>, besökt 2020-05-02.

<sup>241</sup> Se t.ex. <<https://www.nordicsurrogacy.se/nyheter/sr-barnlosa-danskar-aker-till-sverige-for-hjalp-med-surrogat/>>, besökt 2020-04-10. Tammuz Nordic har ett kontor i Malmö för att hjälpa danska medborgare.

<sup>242</sup> Se SOU 2013:38 s. 492.

<sup>243</sup> Se t.ex. Trimmings och Beaumont (2011) s. 635 ff; Se The Permanent Bureau of The Parentage/Surrogacy project – an updating note (2015) s. 9 f.

## 7.5 Kravet på dubbel straffbarhet

2 kap. 2 § BrB stadgar att för brott som begåtts utom riket döms efter svensk lag och vid svensk domstol om brottet begåtts av en svensk medborgare eller av en utlänning med hemvist i Sverige. Paragrafens andra stycke stadgar att det sagda inte gäller om gärningen är fri från ansvar enligt lagen på gärningsorten eller om den begåtts inom område som inte tillhör någon stat och enligt svensk lag svårare straff än böter inte kan följa på gärningen. Ett krav på s.k. dubbel straffbarhet gäller alltså som huvudregel. För att kunna dömas till ansvar krävs alltså att gärningen är belagd med straff även på gärningsorten.<sup>244</sup> Undantagen från kravet på dubbel straffbarhet finns i 2 kap. 4 § BrB. Människohandel och ett antal sexualbrott undantas bland annat.

Kriminaliseringen av könsstympning av kvinnor genom lag (1982:316) med förbud mot könsstympning av kvinnor är ett annat exempel på en kriminalisering som undantas från kravet på dubbel straffbarhet enligt 3 § nämnda lag. I propositionen som föranledde borttagandet av kravet på dubbel straffbarhet uppgav regeringen att syftet med lagen är att ge flickor och unga kvinnor i Sverige skydd mot att utsättas för könsstympning. Detta eftersom könsstympning inte bara är ett brott mot rätten till kroppslig integritet utan också kan sägas utgöra ett förnekande av kvinnans rätt till självständighet.<sup>245</sup> Regeringen menade att det inte var tillfredsställande att man utan risk för lagföring kunde kringgå lagen och låta flickor och unga kvinnor könsstympas i länder där det inte är straffbart, och att svenska domstolar av den anledningen skulle ha behörighet att döma i dessa fall. Regeringen, och flera remissinstanser, framhöll att den viktigaste effekten av utvidgningen av domsrätten var den preventiva effekten som en lagändring kunde komma att få. Utvidgningen ansågs vara en viktig markering från lagstiftarens sida.<sup>246</sup> Lagrådet lämnade förslaget utan erinran och det trädde ikraft 1 juli 1999.<sup>247</sup>

Surrogatarrangemang och könsstympning är två olika företeelser och inga jämförelser ska göras i övrigt, men det kan konstateras att ett liknande resonemang har bäring på frågan om kriminalisering av kommersiell surrogatförmedling med anledning av den globaliserade industrin. Den som förmedlar kontakt mellan surrogatmodern och den eller de tilltänkta föräldrarna måste kunna straffas för det oavsett om det sker i Sverige eller utomlands och en kriminalisering måste alltså förenas med ett undantag från kravet på dubbel straffbarhet.

---

<sup>244</sup> Se Asp, Petter, *Brottsbalken* (1962:700), 2 kap. 1 §, Karnov (JUNO), punkt 11, besökt 2020-04-17.

<sup>245</sup> Se prop. 1998/99:70 s. 4.

<sup>246</sup> Se prop. 1998/99:70 s. 9–10.

<sup>247</sup> Se prop. 1998/99:70 s. 26–27.



## 7.6 Kritik mot kriminaliseringsprinciperna

Lacey menar att ett av de antaganden som positivistisk och liberal rättsvetenskap vilar på är utgångspunkten att rätten är autonom och utgör ett slutets system som går att separera från politik, etik och religion. Ett av målen för feministisk kritik av rätten, genusrättsvetenskapen, är att ifrågasätta detta antagande.<sup>248</sup> När det kommer till frågan om surrogatmoderskap framgår det med tydlighet att det finns anledning att granska den positivistiska och liberala utgångspunkten. Frågan om surrogatmoderskap är tydligt präglad av etiska frågor och politiska avvägningar. Det har visats genom uppsatsen. Detta tydliggörs bl.a. genom att den utredning som kom fram till slutsatsen att kommersiellt surrogatmoderskap ska motverkas underbyggde sin slutsats med etiska skäl och i någon mån också politiska skäl i meningen att rättighetsstadgor kan sägas ge uttryck för politiska uppfattningar. Europadomstolen lägger i sina domskäl i de mål som hänvisats till i uppsatsen stor vikt vid att det inte råder konsensus i konventionsstaterna angående frågan om surrogatmoderskap, vilket närmast kan beskrivas som att det råder olika politiska och etiska uppfattningar i de olika konventionsstaterna.

Laceys uppfattning kan knytas till Burmans uppfattning att den svenska straffrättsvetenskapen genomsyras av uppfattningen att det inte är en central uppgift för straffrätten att bidra till att lösa sociala problem. Straffrättens syfte, legitimitet och gränser formuleras istället i det som kallas en modell för defensiv straffrättspolitik. Straffrätten, inom den defensiva straffrättspolitiska diskursen, beskrivs som utsatt för en politisering som inte är förenlig med hur straffrättssystemet byggts upp utifrån de straffrättsliga principerna. Den uppfattningen väcker frågor om hur olika aktörer ser på vem som bör bestämma eller ha tolkningsföreträde i kriminaliseringsfrågor; lagstiftaren eller den straffrättsvetenskapliga doktrinen? Vad som bör kriminaliseras och när det bör kriminaliseras anknyter därför till uppfattningar om gränser och samband mellan juridik och politik.<sup>249</sup>

Detta tydliggörs framförallt vad gäller kriminaliseringsprincipen om ett godtagbart skyddsintresse. Det är, i nästan alla fall, komplicerat att formulera ett sådant friställt från politiska uppfattningar.

Den defensiva modellen för straffrättspolitik ser inte allmänpreventiva effekter som anledningen till att behålla ett straffrättssystem. Anledningen är snarare dess förmåga att förhindra maktmissbruk, både statlig och informell makt. Det handlar snarare om rättssäkerhetsaspekter än något annat.<sup>250</sup> Mot modellen kan den offensiva modellen för straffrättspolitik ställas. Den offensiva modellen framhåller straffrättssystemets förmåga att förhindra skadligt eller felaktigt beteende som det som systemet härleder sin

---

<sup>248</sup> Se Lacey (1998) s. 5–12; jfr. Burman (2007) s. 29.

<sup>249</sup> Se Burman (2007) s. 201.

<sup>250</sup> Se Burman (2007) s. 205.

legitimitet ur. Strävan att förhindra skadligt eller felaktigt beteende har sin upprinnelse i skyddet av vissa intressen.<sup>251</sup>

Jämställdhetspolitikens krav betonar allmänprevention, positiva rättigheter och positiva kriterier för användningen av straffrätt. Den defensiva straffrättsmodellen anser dessa aspekter vara irrelevanta och möjligen till och med ett hot mot grundläggande straffrättsliga principer och värden. Jämställdhetspolitikens krav anses stå i strid med antagandena om straffrättens syfte, legitimitet och gränser. Feministiska, genusrättsvetenskapliga eller jämställdhetspolitiska krav på straffrätten riskerar därför att förstås som missbruk av symbolisk strafflagstiftning.<sup>252</sup>

Burman menar att gränsen mellan defensiv straffrättspolitik och ”annan” politik är problematisk. Risk finns för att feministiska eller genusrättsvetenskapliga ansatser som betonar sambandet mellan juridik och politik får utgångspunkterna eller argumenten att framstå som ”politiska” och därför irrelevanta, i motsats till den straffrättsdefensiva modellens ”opolitiska” karaktär.<sup>253</sup>

Den straffdefensiva diskursen skapar därigenom hinder för hur straffrätten kan problematiseras, vilket i sin tur får konsekvenser för hur straffrätten kan användas. Kan straffrätten inte användas riskerar gamla föreställningar om att kvinnors rättigheter är ett avvikande och socialt problem som straffrätten inte ska hantera att reproduceras.<sup>254</sup>

Straffrätten är inte det enda verktyget som kan hantera surrogatfrågan, vilket har visats bl.a. i avsnitt 7.3.5. Ingen av de alternativa metoderna framstår dock som tillräckligt effektiva. Icke-användning av straffrätten kan därigenom riskera att surrogatmoderskap hamnar utanför vad som kan betraktas som samhällsliga problem och samhällets ansvarsområde.<sup>255</sup>

Straffrätten ska givetvis inte användas så fort ett icke-användande leder till konsekvenser. Burman menar dock att konsekvenserna av icke-användning kan vara relevanta att beakta och ska kunna vägas in i bedömningarna av kriminaliseringens vad och hur.<sup>256</sup> Den straffdefensiva diskursens ambitioner att bortse från delar av straffrättens sociala kontext och betydelse som social diskurs framstår som ett försök att placera straffrätten i ett socialt och politiskt vakuum. Burman menar att det kan vara ett större hot mot möjligheterna att upprätthålla rättssäkerhetskraven i straffrätten än det hot som uppfattas ligga i att beakta straffrättens sociala kontext och relation till politik.<sup>257</sup>

---

<sup>251</sup> Se Burman (2007) s. 205.

<sup>252</sup> Se Burman (2007) s. 230.

<sup>253</sup> Se Burman (2007) s. 230–231.

<sup>254</sup> Se Burman (2007) s. 404.

<sup>255</sup> Se Burman (2007) s. 404. Burman utgår i sin avhandling från den materiella frågan om mäns våld mot kvinnor.

<sup>256</sup> Se Burman (2007) s. 404.

<sup>257</sup> Se Burman (2007) s. 405.

Konsekvenserna av icke-användning av straffrätten i fråga om kommersiellt surrogatmoderskap är tydliga. Mycket pekar på att kommersiellt surrogatmoderskap ökar. Skadan och risken för skada i och med detta har redogjorts för genomgående i uppsatsen. Kan en sådan ytterligare kriminaliseringsprincip som Burman menar kan vara relevant vägas in i frågan om huruvida surrogatförmedling ska kriminaliseras framstår svaret som ännu tydligare.

## 8 Avslutande synpunkter

Uppsatsens syfte är att utreda om det finns skäl för en kriminalisering av surrogatförmedlingar. Detta mot bakgrund av svaret på frågan om huruvida den nuvarande regleringen av surrogatmoderskap i svensk rätt främjar eller motverkar surrogatmoderskap. En sådan kriminaliserings förenlighet med de allmänna kriminaliseringsprinciperna utreds även i uppsatsen.

Uppsatsens syfte har uppfyllts genom att fem frågeställningar har besvarats. Hur regleras surrogatmoderskap i svensk rätt? Motverkas eller främjas kommersiellt surrogatmoderskap av nuvarande reglering? Vilka skäl finns för kriminalisering av surrogatförmedlingar? Är en sådan kriminalisering förenlig med den rätt till respekt för privat- och familjeliv som tillkommer svenska medborgare genom artikel 8 EKMR? Hur skulle en sådan kriminalisering förhålla sig till de allmänna kriminaliseringsprinciperna?

Besvarandet av frågan om huruvida surrogatmoderskap motverkas eller främjas av nuvarande reglering måste underbyggas av en redogörelse för gällande rätt. Gällande rätt i fråga om hur surrogatmoderskap regleras i svensk rätt, dvs. i svenska bestämmelser (EKMR med tillhörande praxis inkluderat) och Högsta domstolens praxis, har presenterats parallellt med analysen av om regleringen motverkar eller främjar surrogatmoderskap i kapitel tre, fyra, fem och sex.

Vad gäller om kommersiellt surrogatmoderskap motverkas eller främjas i svensk rätt kan slutsatserna som delvis redan har presenterats i uppsatsens kapitel tre, fyra och fem sammanfattas på följande sätt.

Kommersiella surrogatarrangemang kan vara både internationella och rent inhemska. Vad gäller de regler som träffar inhemska förfaranden finns inget förbud mot kommersiellt surrogatmoderskap, men väl regeringens och utredningens ställningstaganden angående att arrangemangen ska motverkas. Inhemska förfaranden träffas dessutom av reglerna i lagen om genetisk integritet som, även om de varken förbjuder kommersiellt eller altruistiskt surrogatmoderskap, försvårar arrangemangen och i princip omöjliggör att surrogatarrangemang äger rum inom svensk hälso- och sjukvård. Mater est-principen är ytterligare ett hinder mot surrogatmoderskap.

Internationella surrogatarrangemang är inte heller förbjudna i svensk rätt, även om de också ska motverkas enligt regering och utredning. Dessa arrangemang träffas inte av lagen om genetisk integritet, men de medborgare som genomgår surrogatarrangemang i utlandet måste förhålla sig till de svenska föräldraskapsreglerna.

*Det kaliforniska surrogatarrangemanget och Surrogatarrangemanget i Arkansas ger uttryck för ett nytt förhållningssätt till erkännande av utländsk*

dom när saken rör surrogatarrangemang eller åtminstone när det inte finns något annat sätt att tillgodose ett barns rätt till privatliv och uppfylla principen om barnets bästa. Utländsk dom ska i dessa fall erkännas trots att utgångspunkten i svensk rätt är att utländsk dom inte kan tillerkännas rättskraft eller verkställas i Sverige utan uttryckligt stöd i lag. Erkännande i dessa fall innebär, som Högsta domstolen också påpekar, att flera principer får ge vika. Barnets rätt till kunskap om sitt ursprung kan t.ex. inte garanteras när en utländsk dom på föräldraskap måste erkännas. Lämpligheten av den förälder vars föräldraskap erkänns kan inte heller bedömas på ett sådant sätt som görs vid t.ex. adoptionsprövningar. Högsta domstolen värderar inte surrogatmoderskap i övrigt, men det är svårt att upprätthålla inställningen att kommersiellt surrogatmoderskap ska motverkas när det blir följderna av domskälen, även om det görs med syfte att tillgodose barnets bästa.

Det finns dock hinder mot surrogatmoderskap i svensk rätt. Mater est-principen utgör ett sådant hinder. Hindret är dock inte absolut. Det går trots principen att genomföra surrogatarrangemang. De svenska reglerna om assisterad befruktning är, som visat, också i någon mån hinder mot surrogatarrangemang. Efter tillåtandet av dubbeldonation är dock grunden för påståendet att surrogatmoderskap inte är tillåtet inom svensk hälso- och sjukvård svagare. Bestämmelser angående assisterad befruktning är heller inte utformade för att underlätta surrogatmoderskap varför det inte anses tillåtet, även om det som visats i uppsatsen antagligen inte går att straffas för det i svensk rätt. De kommersiella, internationella, surrogatarrangemang som antagligen är de vanligast förekommande där svenska medborgare är inblandade träffas inte heller till någon del av reglerna om assisterad befruktning.

Det kan sammanfattningsvis konstateras att det är svårt att dra slutsatsen att kommersiellt surrogatmoderskap motverkas med den nuvarande regleringen. Det i sig är ett skäl till att surrogatförmedling bör kriminaliseras om kommersiellt surrogatmoderskap ska motverkas. Surrogatförmedling utgör en central del i att kommersiella surrogatarrangemang äger rum vilket de av en rad skäl, som visats genom uppsatsen, inte bör göra.

Vad gäller de skäl som finns för en kriminalisering av surrogatförmedling kan ovanstående resonemang anföras som ett av dem. Att den nuvarande lagstiftningen inte motverkar kommersiellt surrogatmoderskap är ett skäl till att surrogatförmedling ska kriminaliseras om kommersiellt surrogatmoderskap ska motverkas, vilket det ska enligt *Utredningen om utökade möjligheter till behandling av ofrivillig barnlöshet*. De skäl som finns för att kommersiellt surrogatmoderskap ska motverkas utgör också skäl till att kriminalisera surrogatförmedling, eftersom en kriminalisering av surrogatförmedling lär minska antalet kommersiella surrogatarrangemang.

Vad gäller frågan om en kriminalisering av surrogatförmedling är förenlig med den rätt till respekt för privat- och familjeliv som tillkommer svenska medborgare genom artikel 8 EKMR har den besvarats i kapitel sex.

De allmänna kriminaliseringsprinciperna ska fungera vägledande vid nykriminaliseringar. Principerna är dock inga absoluta regler. Som visat i kapitel sju lär det vara fullt möjligt att kriminalisera surrogatförmedling. Kriteriet om ett tydligt motiverat skyddsintresse ställer dock till vissa problem. Surrogatfrågan är till naturen sådan att den omfattar en rad aspekter och skyddsintressen. Det finns samhällseliga skyddsintressen hänförliga till allmän ordning; kommersiellt surrogatmoderskap involverar risk för exploatering av kvinnor och barn. Det finns skyddsintressen på individnivå; den enskilda surrogatmodern kan råka ut för komplikationer under graviditeten, utsättas för risker för tvång och påtryckningar innan graviditeten och att ställas inför val som innebär stor emotionell påfrestning. Det är alltså inte helt enkelt att prioritera mellan skyddsintressena för att uppfylla det första kriminaliseringskriteriet. Antalet skyddsintressen och svårigheterna i att prioritera mellan dem påverkar följaktligen den andra principen; dvs. skada eller fara för skada på skyddsintresset eftersom det kräver ett definierat skyddsintresse.

Oavsett hur skyddsintressena prioriteras och hur skadan definieras är det tydligt att surrogatförmedlingar, eller den som förmedlar kontakt, underlättar kommersiella surrogatarrangemang. Att kommersiella surrogatarrangemang överhuvudtaget äger rum kan förebyggas och motverkas genom att surrogatförmedling kriminaliseras. Vad gäller motstående intressen har kriminalisering av surrogatförmedling jämfört med t.ex. kriminalisering av allt främjande av surrogatmoderskap (dvs. totalförbud) den effekten att de tilltänkta föräldrarna inte riskerar något straff och därigenom undviks den komplicerade situationen att en nybildad familj riskerar att tillfälligt separeras tillfälligt eller stigmatiseras.

Vad gäller alternativa metoder som är tillräckligt effektiva finns som visat ett par alternativ som möjligen innebär en mindre inskränkning i medborgarnas valfrihet. Inget av alternativen är dock tillräckligt effektivt.

En rad frågor återstår dock. En svensk kriminalisering kan som visat bara träffa den som omfattas av 2 kap. 2 § BrB. Den som inte är svensk medborgare, eller har hemvist i Sverige, och förmedlar kontakt mellan surrogatmödrar och tilltänkta föräldrar utanför Sveriges gränser kan inte träffas av svenska straffbud. Surrogatindustrin är global och internationella instrument behövs. Till dess att sådana finns på plats måste varje enskild stat vidta åtgärder för att minska risken för att kvinnor (och barn) exploateras.

# Käll- och litteraturförteckning

## KÄLLOR

### *Tryckta källor*

#### Offentligt tryck

#### Utredningsbetänkanden

SOU 1985:5 Barn genom befruktning utanför kroppen

SOU 2016:11 Olika vägar till föräldraskap

SOU 2013:38 Vad bör straffas?

SOU 2010:49 Förbud mot köp av sexuell tjänst - En utvärdering 1999–2008

Ds 2000:51 Behandling av ofrivillig barnlöshet

#### Propositioner

Prop. 1994/95:148 Transplantationer och obduktioner m.m.

Prop. 1997/98:55 Kvinnofrid

Prop. 1998/99:70 Könstympling – borttagande av kravet på dubbel straffbarhet

Prop. 2001/02:89 Behandling av ofrivillig barnlöshet

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

#### Övrigt offentligt tryck

Dir. 2011:31 Användningen av straffrätt

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

SOSFS 2009:32 Socialstyrelsens föreskrifter om användning av vävnader och celler i hälso- och sjukvården och vid klinisk forskning

#### *Övrigt*

Smer rapport 2013:1. Assisterad befruktning – etiska aspekter. (cit. Smer rapport 2013:1)

<<https://www.dn.se/nyheter/sverige/sa-gick-surrogatmodraskap-om-utlandsadoptioner-i-sverige/>>, besökt 2020-05-02.

<<https://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/l%C3%A5ng/surrogat>>, besökt 2020-04-08.

<<https://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/l%C3%A5ng/assisterad-befruktning>>, besökt 2020-04-03.

<<https://www.dn.se/arkiv/debatt/forbjud-surrogathandel-med-barn-kopta-i-utlandet/>>, besökt 2020-04-07.

<<https://www.nordicsurrogacy.se/faq-surrogatmamma-gravid-aggdonation/>> under rubriken Vad händer om surrogatmamman ångrar sig?, besökt 2020-03-26.

<<https://www.nordicsurrogacy.se/faq-surrogatmamma-gravid-aggdonation/>> under rubriken Har surrogatmamman rätt att avbryta graviditeten?, besökt 2020-03-26.

<<https://www.nordicsurrogacy.se/nyheter/sr-barnlosa-danskar-aker-till-sverige-for-hjalp-med-surrogat/>> besökt 2020-04-10.

<<https://www.nordicsurrogacy.se/hur-fungerar-surrogatprogrammen-och-surrogatmodraskap/>>, besökt 2020-05-10.

<<https://www.surrogacysweden.se/startaenprocess/index.html>>, besökt 2020-05-10.

<<https://mfof.se/faderskap-och-foraldraskap/kunskapsstod-till-surrogatarrangemang-i-utlandet.html>>, besökt 2020-04-20.

United Nations, General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material*, A/HRC/37/60. Distr.: General, 15 January 2018. Tillgänglig via <[https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/HRC/37/60](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/37/60)> (cit. *Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material*, A/HRC/37/60 (2018))

United Nations, General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material* A/74/162 Distr.: General 15 July 2019. Tillgänglig via <[https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/74/162](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/74/162)> (cit. *Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material* A/74/162 (2019))



European Parliament resolution of 17 December 2015 on the Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union's policy on the matter (2015/2229(INI). Tillgänglig via <[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470_EN.html)>

The Parentage/Surrogacy project – an updating note, drawn up by the Permanent Bureau. Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference. Hauge Conference on Private International Law. Tillgänglig via <<https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>> (cit. The Permanent Bureau of The Parentage/Surrogacy project – an updating note (2015))

## LITTERATUR

Arvidsson, Anna (2019) *Challenges of transnational parenthood: Exploring different perspectives of surrogacy in Sweden and India*. Acta Universitatis Upsaliensis. (cit. Arvidsson (2019))

Asp, Petter, Brottsbalken (1962:700), 2 kap. 1 §, Karnov (JUNO), besökt 2020-04-17.

Bogdan, Michael (2002) *Internationellt privaträttsliga aspekter av äggdonation och surrogatmoderskap*, SvJT 2002 s. 745–747. (cit. Bogdan (2002))

Bogdan, Michael (2019) *HD om erkännande i Sverige av utomlands genomfört arrangemang avseende surrogatmoderskap*, SvJT 2019 s. 700–704. (cit. Bogdan (2019))

Burman, Monica (2007) *Straffrätt och mäns våld mot kvinnor - om straffrättens förmåga att producera jämställdhet*, första upplagan, Iustus förlag. (cit. Burman (2007))

Danelius, Hans (2015) *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*. Femte upplagan, Norstedts Juridik. (cit. Danelius (2015))

Ekman, Kajsa Ekis (2011) *Varat och varan – prostitution, surrogatmödraskap och den delade människan*, första upplagan, Leopard förlag. (cit. Ekman (2010)).

Gunnarsson, Åsa, Svensson Eva-Maria, Käll Jannice och Swedberg Wanna (2018) *Genusrättsvetenskap*, andra upplagan, Studentlitteratur. (cit. Gunnarsson m.fl. (2018))

Jareborg, Nils (2001) *Allmän kriminalrätt*, första upplagan, Iustus förlag. (cit. Jareborg (2001))

Jareborg, Nils (2004) *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004 s. 1–10. (cit. Jareborg (2004))

Jönsson, Kutte (2003) *Det förbjudna mödrskapet: En moralfilosofisk undersökning av surrogatmödrskap*, Bokbox Förlag.

Kleineman, Jan (2018), "Rättsdogmatisk metod" i: Nääv, Maria och Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, andra upplagan, Studentlitteratur AB. (cit. Kleineman (2018))

Krawiec, D. Kimberly (2009). *Altruism and Intermediation in the Market for Babies*, 66 Wash. & Lee L. Rev. 203 (2009), tillgänglig på <<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol66/iss1/5>> (cit. Krawiec (2009))

Kuttenkeuler, Anette, Föräldrabalken (1949:381) 4 kap. 21 § Lexino (JUNO) 2018-08-06, under rubrik 2.1 Likställighetsprincipen m.m.

Lacey, Nicola (1998). *Unspeakable Subjects - Feminist essays in Legal and Social Theory*, Hart Publishing. (cit. Lacey (1998))

Mowbray, Alastair, (2012) *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press. (cit. Mowbray (2012))

Mägi, Erik och Zimmerman, Lina-lea (2015), *Stjärnfamiljejuridik – svensk familjelagstiftning ur ett normkritiskt perspektiv*. Första upplagan. Gleerups Utbildning AB. (cit. Mägi och Zimmerman (2015))

Nielsen, Linda, (LBKG 2019-08-07 nr 772 Børneloven), not 92 till 30 § och not 93 till 31 § Karnov, besökt 2020-05-01.

Sandgren, Claes (2018). *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, fjärde upplagan, Norstedts Juridik. (cit. Sandgren (2018))

Singer, Anna (2019), *Barnets bästa – om barns rättsliga ställning i familj och samhälle*, sjunde upplagan, Norstedts Juridik AB. (cit. Singer (2019))

Singer, Anna, (2012), *Barnets bästa – om barns rättsliga ställning i familj och samhälle*, sjätte upplagan. Norstedts Juridik AB. (cit. Singer (2012))

Singer, Anna, Föräldrabalken (1949:381), 1 kap. 7 § Karnov (JUNO), besökt 2020-03-04.

Singer, Anna, Lag (2006:351) om genetisk integritet m.m., 7 kap. 3 a §, Karnov (JUNO), besökt 2020-02-19.

Thalbitzer, Anne (LBKG 2019-08-07 nr 775 Adoptionsloven), not 127 till 33 § Karnov, besökt 2020-05-02.

Trimmings, Katarina och Beaumont, Paul (2011) *International Surrogacy Arrangements: An urgent need for Legal Regulation at the International Level*, Journal of Private International Law, 7:3, 627-647, DOI: 10.5235/jpil.v7n3.627 (cit. Trimmings och Beaumont (2011))

**Dansk rätt**  
***Lagstiftning***

Børneloven (LBKG 2019-08-07 nr 772)

Adoptionsloven (LBKG 2019-08-07 nr. 775)

Kunstig befrugtningsloven (LBKG 2019-08-23 nr 902)

# Rättsfallsförteckning

## Högsta domstolen

NJA 2019 s. 504, (cit. *Det kaliforniska surrogatarrangemanget*)

Högsta domstolen dom 2019-12-17 i mål Ö 3622–19, (cit. *Surrogatarrangemanget i Arkansas*)

## Svea hovrätt

RH 2004:41.

RH 2016:31.

## Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen)

E.B. v. France [GC] no. 43546/02, 22 januari 2008

Mennesson v. France, no. 65192/11, den 26 juni 2014

Paradiso and Campanelli v. Italy [GC] no. 25358/12, den 24 januari 2017

S.H and others v. Austria, no 57813/00, 3 november 2011

*Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*, [GC], no. P16-2018-001, French Court of Cassation, 10 April 2019 (cit: Advisory opinion no. P16-2018-001 (2019))