



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Linnea Peterson

Familj, Föräldraskap, Förändring

- En rättsdogmatisk analys med barnets bästa i fokus

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Niklas Selberg

Termin: HT2020

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Metod	7
1.4 Material och forskningsläge	8
1.4.1 Material	8
1.4.2 Forskningsläge	8
1.5 Avgränsningar	10
1.6 Disposition	11
2 FAMILJ OCH FÖRÄLDRASKAP	12
2.1 Om rätt till respekt för familjeliv	12
2.2 Mer om fastställelse av föräldraskap	13
2.3 Rätt till identitet	15
2.3.1 Om genetiskt ursprung	16
2.4 Erkännande av utländska domar	16
3 BARNET	18
3.1 Barnkonventionen	18
3.1.1 Barnkonventionen och artikel 8 EKMR	19
3.2 Barnets bästa	19
4 ANALYS OCH SLUTSATS	22
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	28
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	30

Summary

Family and *parenthood* are concepts commonly used in our day-to-day life, where the purports of the two also seem to be more including in comparison to the judicial definition. In legal history family ties and parenthood were marriage-based and due to reproduction. Maternity was simply a consequence of carrying a child while paternity would, in Sweden, be established by presumption, confirmation or judgment.

The European Convention on Human Rights ascertains all humans the protection of their private and family life. Furthermore, the Convention on the Rights of the Child obliges every state to consider the child's best interest in all matters affecting him or her. What is in the child's best interest shall be decided upon based on case circumstances. The protection of family life does not guarantee every individual the right to build a family.

By reviewing the ECtHR custom with the perspective of legal dogma it can be ascertained that the Swedish custom has yet to discuss the notion of de facto family ties. The concept of de facto family ties aims at the relationships not based on but comparable to kinship. De facto family ties are often discussed when evaluating the child's best interest. Such ties have numerous times been considered more important than the child's right to knowledge of their origin and the interest of the state to hinder illegal procedures performed out of country.

The child's best interest should be protected above all. When evaluating a child's living conditions consideration should be brought upon the child's connection with the parents, the principle of continuity and the parents' ability to meet the needs of the child. The de facto family ties have sometimes been considered more consistent with the child's best interest. The definition of family and parenthood should therefore be processed to better fit the societal needs.

Sammanfattning

Familj och *föräldraskap* är relativt vanliga begrepp i våra liv. Deras innebörd i vardagliga sammanhang är dock betydligt mer omfattande än den rättsliga definitionen. I rätten har familjeband och föräldraskap historiskt sett grundats på äktenskap och genetik; moderskapet fastställs enligt Mater est-principen och faderskap genom presumtion, bekräftelse eller dom.

Europakonventionen tillförsäkrar både barn och vuxna en rätt till skydd för privat- och familjeliv i dess artikel 8. Vidare finns i Barnkonventionen en bestämmelse som tillförsäkrar barnet att dennes bästa ska beaktas vid alla beslut han eller hon berörs av. Rätten till skydd för familjeliv innebär inte en rätt att skaffa familj utan istället en rätt att få skydd för den familj som redan finns. Vad gäller barnets bästa ska det utredas i varje enskilt fall; de faktiska omständigheterna avgör vad som är bäst för barnet.

Genom en rättsdogmatisk analys av praxis från Europadomstolen kan konstateras att där ofta diskuteras kring ett begrepp som sällan varit föremål för svensk tillämpning; faktisk familjerelation. Begreppet syftar på de relationer som inte grundas på blodsband mellan berörda individer men som liknar en sådan relation och används främst vid utredning av barnets bästa. En faktisk familjerelation har emellanåt ansetts väga tyngre än bl. a. barnets rätt till kännedom om sitt ursprung och statens vilja att motarbeta utförandet av illegala arrangemang utomlands.

Barnet bör värderas högre än familjen som enhet då principen om barnets bästa inte tillåter annan tolkning än att vad som faktiskt är bäst ska tillämpas. För utredning av barnets bästa undersöks exempelvis personliga och genuina band, kontinuitet och de vuxnas förmåga att möta barnets behov. I ett flertal fall har domstolen funnit att en faktisk familjerelation bättre uppfyllt principens ändamål, varför begreppen familj och föräldraskap bör bearbetas för att inkludera även sådana faktiska familjerelationer.

Förord

Jag vill rikta ett stort tack till min mor för både uppmaning och uppmuntran under arbetets gång, och likaså till Antonia som lyssnat på mina monologer trots att juridik inte alls är hennes ämne. Jag vill också tacka min far, min styvfar och Kajsa för att ni korrekturläst och gett mig nya perspektiv.

Slutligen; ett tack till min handledare Niklas Selberg för hans kloka ord och intressanta perspektiv som fick mig att tänka i helt nya banor.

Lund

Linnea Peterson

Förkortningar

ECtHR	<i>The European Court of Human Rights, Europadomstolen</i>
EKMR	<i>Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna</i>
FB	<i>Föräldrabalken</i>
HD	<i>Högsta domstolen</i>
NJA	<i>Nytt Juridiskt Arkiv</i>
Prop.	<i>Proposition</i>
RB	<i>Rättegångsbalken</i>
SOU	<i>Statens Offentliga Utredningar</i>

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Familj och föräldraskap är två vanliga begrepp i vardagen. Någon ingår äktenskap, en annan skaffar barn, en tredje förlorar sin farmor. Familj är till vardags ett ganska omfattande begrepp; vi talar emellanåt om faktiska blodsband men också ofta om personer vi saknar genetiska band till men ändå anser såsom tillhörande vår familj. Som exempel har jag både styvfar och styvsyskon jag anser vara min familj trots att vi helt saknar genetisk koppling. Familj är, i modern folkmun, inte bara ett uttryck för en genetisk relation utan snarare för en känsla av trygghet och tillit; de man känner sig särskilt nära är de man anser vara ens familj. Den rättsliga betydelsen förefaller därvid vara snävare än den vardagliga. I föräldrabalken framgår tydligt vem som är att anse som förälder och hur föräldraskap kan fastställas, och i exempelvis ärvdabalken finns bestämmelser om vem som anses vara familj. Att begreppen har en begränsad omfattning är något jag inte funderat nämnvärt över förrän fallet NJA 2019 s. 504 dök upp då jag upptäckte ett för mig nytt begrepp: "Faktisk familjerelation". Begreppet är intressant eftersom det, utan att vara radikalt på något sätt, öppnar dörrar för tillämparen som denne kanske inte ens insett fanns. Plötsligt består familjen inte nödvändigtvis av blodsband och avkomlingar och föräldraskapet verkar inte behöva fastställas precis enligt 2 kap. FB; istället finns nu en öppning för erkännande av familjerelationer som tidigare inte funnits i den svenska rätten. Det aktuella fallet rörde en kvinna som skaffat barn genom ett surrogatarrangemang i USA: väl i Sverige ansökte hon om adoption men nekades detta då överföringen inte skett enligt internationella adoptionsregler. Kvinnan ansökte då istället om att få den amerikanska domen (som fastställde henne som rättslig mor) erkänd i Sverige, varpå fråga uppstod huruvida det fanns en familjerelation som kunde erkännas överhuvudtaget. Domstolen konstaterade att barnet, under den tid han spenderat hos kvinnan, bildat en faktisk familjerelation till henne. Då barnet har rätt till en identitet och det i den svenska rätten inte fanns någon

möjlighet till adoption eller fastställelse av föräldraskap under de omständigheter som varade ansåg domstolen att erkännande var en nödvändighet.¹ I nyss nämnda fall upptäcktes ett hål i den svenska rätten; problem uppstod på ett område som lagstiftaren, trots att det varit uppe för diskussion ett flertal gånger, valt att lämna oreglerat och domstolen fick därför hantera frågan utan vägledning. Efteråt kvarstod delvis frågan huruvida begreppet ”familj” omfattade sådana relationer som nu erkänts av HD, och till detta kopplades frågor kring vad föräldraskap egentligen är. Jag är nyfiken på vad en faktisk familjrelation är och om det är något vi kan förvänta oss att se i framtida domslut, särskilt med hänsyn till att Barnkonventionen nyligen inkorporerats.

Nedan används vissa begrepp i flera betydelser. ”Föräldrar” används som beteckning både för den genetiska och biologiska föräldern och för den vuxne som saknar genetisk koppling men är tilltänkt som förälder. En tilltänkt förälder är den vuxen som tar emot ett barn genom exempelvis surrogatarrangemang eller vid adoption. Begreppet ”föräldrar” åsyftar den eller de vuxna som för närvarande är barnets vårdnadshavare, oberoende av genetisk koppling. Nedan förtydligas många gånger vilken av de inblandade som åsyftas och läsaren bör därför vara införstådd med följande skillnader i definition av föräldraskap: med *genetisk förälder* menas den vuxen vars könsceller använts vid befruktning, oavsett om denne är känd eller inte. Med *biologisk förälder* menas den kvinna som burit barnet.² Med *rättslig förälder* menas dels fastställelse av barnets förälder, dels rättsverkningar av föräldraskap, såsom underhållsskyldighet och arvsrätt.³ Slutligen menas med *social förälder* den som tar hand om barnet, med andra ord den som barnet lever med och som utövar en förälders uppgifter. Noteras bör att de rättsliga och sociala aspekterna ofta tillfaller samma person, med undantag för exempelvis styvföräldrar.⁴

¹ NJA 2019 s. 504, HD:s domskäl.

² Anna Singer, *Föräldraskap i rättslig belysning* (2000), s. 42 f.

³ Ibid., s. 42.

⁴ Ibid., s. 43.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att utreda den juridiska innebörden av begreppen ”familj” och ”föräldraskap” i den svenska rätten. Uppsatsen strävar efter att definiera begreppens betydelse och användning i nuvarande rätt samt identifiera huruvida dessa ännu är av relevans för samhället eller om de kan ha spelat ut sin roll och därför bör bearbetas. Särskilt intresse finns för begreppet ”faktisk familjerelation” och principen om barnets bästa.

För att uppfylla syftet kommer uppsatsen utreda följande frågeställningar;

- Hur tillämpas begreppen ”familj” och ”föräldraskap” inom den svenska familjerätten?
- Vad innebär principen om barnets bästa?
- Vad innebär skyddet för privat- och familjeliv i EKMR art. 8?
- Bör begrepp såsom ”faktisk familjerelation” tillämpas i större utsträckning inom den svenska rätten?

1.3 Metod

För att uppfylla arbetets syfte och besvara uppställda frågor används en rättsdogmatisk metod. Rättsdogmatiskt arbete grundas på utredningar av gällande rätt med hjälp av allmänt accepterade rättskällor såsom lag, förarbeten och praxis,⁵ varför den lämpar sig vid analys av begrepp. Tillämparen av den rättsdogmatiska metoden bör iaktta särskild försiktighet vid bestämmande och formulering av problemställning. En felaktig eller oklar formulering av problemet kan leda till oväntade slutsatser, vilka senare kan vara föremål för stark kritik.⁶ Jan Kleineman föreslår i Juridisk metodlära att vad som ofta beskrivs som rättsdogmatikens svaghet, att den intresserar sig för tillämpningen snarare än normerna i sig, kanske i själva verket är dess livskraft. Kleineman belyser dock samtidigt vikten av att tillämparen är kritisk i förhållande till de källor som används.

⁵ Korling, F., Zamboni, M. *Juridisk metodlära* (2013), s. 21.

⁶ *Ibid.*, s. 23.

Rättsdogmatiken är inte sällan i behov av konstruktiv kritik, men tillämparen bör också vara medveten om att kritik som riktats mot metoden kan vara åsyftad att skapa eller bidra till en felaktig tolkning av gällande rätt, varför det är av särskild vikt att separera vad som faktiskt är gällande rätt och vad andra tillämpare önskar vore gällande rätt.⁷

I arbetet finns även komparativa inslag där jämförelser gjorts mellan internationella och svenska rättsliga instrument samt sådan praxis i syfte att utreda om de svenska domstolarna möjligen tagit efter Europadomstolen.

1.4 Material och forskningsläge

1.4.1 Material

Under arbetet har en stor mängd material lästs och utvärderats och till viss del slutligen använts. För tolkning av de multilaterala bestämmelserna har jag främst använt mig av Europadomstolens praxis och lagkommentarer till Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Vilken praxis som ansetts aktuell har avgjorts genom att de benämns i bland annat lagkommentaren av Carl Henrik Ehrenkrona och svenska förarbeten som berört frågor om familj och föräldraskap. De fall som återkommande använts i arbetet har också varit återkommande i både praxis och utredning. Ett flertal fall har valts bort då huvudfrågan rörde något annat eller då de hänvisat till de fall som redan använts. Vidare har jag tvingats utesluta vissa fall till följd av att de väckt frågor som inte rimligen kunde behandlas i denna uppsats med hänsyn till dess begränsningar.

1.4.2 Forskningsläge

Familj och föräldraskap är begrepp som diskuterats i stor omfattning. Deras innebörd är visserligen väl utredd, men begreppen befinner sig också under

⁷ Korling & Zamboni, (2013), s. 24.

förändring och har emellanåt varit föremål för kritik då de ansetts ha en allt för snäv omfattning. Begreppen har varit aktuella i flera debatter, inte minst vad gäller samkönade par och ensamstående, där deras ursprungliga betydelse inte sällan ställs mot samhällets behov och önskan. Begreppen har också varit centrala i ett stort antal uppsatser av tidigare studenter. Dessa uppsatser har berört bland annat fastställande av föräldraskap,⁸ assisterad befruktning⁹ och surrogatarrangemang¹⁰ i förhållande till det rättsliga föräldraskapet och heteronormativa förväntningar på familj och föräldraskap.¹¹ Vidare har författarna Anna Singer och Åke Saldeen utrett begreppen mycket utförligt och publicerat ett flertal böcker inom ämnet. Den som finner intresse i begreppens betydelser och funktioner rekommenderas att läsa Singers ”Barns rätt” och ”Barnets bästa” vari begreppen redogörs för utförligt. För de rättsliga följderna av föräldraskap är dock ”Barn- och föräldrarätt” av Saldeen att föredra.

Fråga uppstår huruvida inkorporeringen av barnkonventionen kan komma att påverka begreppens innebörd. Hittills finns mycket lite, om någon alls, forskning i frågan. Den främsta förändringen bör vara tyngden i principen om barnets bästa. Principen har visserligen varit gällande i Sverige sedan ratificeringen, men då inkorporeringen genomfördes delvis i syfte att öka förståelsen för och tillämpningen av barnets bästa kan tänkas att principen får större genomslag i praktiken och därmed även blir mer omtalad i litteraturen.

Trots att familj och föräldraskap alltså varit fokus för ett antal större publikationer finns en aspekt som inte diskuterats i någon större utsträckning i Sverige; begreppet Faktisk familjerelation. Begreppet har diskuterats allt mer i Europadomstolen och numera går att urskilja ungefär vad det betyder och vad som avgör om en faktisk familjerelation existerar.

⁸ Olivia Melin, *Fastställande av föräldraskap* (2019)

⁹ Malin Jonasson, *Assisterad befruktning och rättsligt föräldraskap* (2015)

¹⁰ Linnéa Nilsson, *Rättsligt moderskap vid surrogatarrangemang* (2019) och Elin Olsson, *Surrogatmodern, barnet och det rättsliga föräldraskapet* (2014)

¹¹ Andrea Månsson, *Mamma, Pappa, Barn. Eller?* (2016)

Begreppets omfattning är dock ännu mycket oklar. I svensk rätt har begreppet, som nämnts ovan, inte utretts och inte heller använts i någon större utsträckning. Det finns ett fåtal fall där HD valt att nyttja begreppet i sin argumentation, vilket de främst baserat på Europadomstolens praxis. Begreppet har därmed tilldelats en vag definition. På grund av dess oklarhet kan begreppet utredas vidare, främst i syfte att utvidga dess tillämpningsområde och förhoppningsvis öka förståelsen och tillämpningen av begreppet.

1.5 Avgränsningar

Uppsatsen kommer att fokusera på frågor kring begreppen familj och föräldraskap, särskilt i förhållande till nya förfaranden samt principen om barnets bästa. Frågor om adoption och omhändertagande av barn kommer inte att beröras utöver vad som anses nödvändigt för diskussionen kring de huvudsakliga frågorna. På grund av arbetets begränsningar i tid och utrymme kommer uppsatsen inte att adressera eventuella frågor som kan uppstå parallellt med, eller utom, familje- och föräldraskapsbegreppen såsom beskrivna ovan. Således omfattas varken juridiska frågor som faller utanför familjerättens område eller sådana frågor som faller inom familjerätten men utanför den aktuella diskussionen, såsom äktenskap, samboskap, partnerskap och arvsrätt.

Vidare ska uppmärksammas att frågor av det slag som uppsatsen behandlar inte sällan påverkas av etiska aspekter. Familjerätten kantas av etiska frågor och funderingar vilka onekligen hade varit mycket intressanta att utreda, men på grund av arbetets begränsningar i tid och utrymme kommer inte heller dessa att analyseras i detta arbete.

Slutligen hade det varit mycket intressant att belysa uppsatsens frågor i relation till feminismens utveckling i samhället. Familjeliv har en naturlig koppling till kvinnors position i historien varför förändringar inom föräldraskap kan vara mycket effektiva medel i kampen för jämställdhet. Detta kommer dock inte heller att diskuteras vidare i detta arbete på grund av brist av tid och utrymme.

1.6 Disposition

I kapitel två ges läsaren en djupare förståelse för begreppen familj och föräldraskap. Där redogörs för rätten till respekt för familj- och privatliv i enlighet med art 8 EKMR, svensk reglering om fastställande av fader- och föräldraskap, rätten att ha en identitet och erkännande av utländska domar.

Kapitel tre fokuserar på barnet och dess rättigheter. Kapitlet redogör för aktuella bestämmelser i Barnkonventionen och relationen mellan dessa och art 8 EKMR. Slutligen redogörs ingående för principen om Barnets bästa och dess funktion och syfte.

I ett avslutande kapitel analyseras det material som samlats in och diskuteras hur begreppen förefaller tolkas och tillämpas samt vilka slutsatser jag drar av det. Jag delar också med mig av mina egna reflektioner kring familj, föräldraskap och barnets bästa.

2 Familj och föräldraskap

Familj och föräldraskap har länge varit ämne för diskussion i svensk rätt. Redan 1917 kom de första lagarna om fastställelse av föräldraskap, separerade för de två situationer som då ansågs förekomma; äkta och oäkta barn.¹² Allmänt gällande principer är de s k Mater est-reglerna¹³ som innebär att den som föder barnet anses vara barnets rättsliga och sociala moder.¹⁴ Vidare gäller som princip att barnet har rätt till två föräldrar, historiskt sett en mor och en far,¹⁵ vilket resulterat i omfattande reglering av fastställelse av faderskap.

2.1 Om rätt till respekt för familjeliv

Europakonventionens artikel 8 innehåller en rätt till respekt för privat- och familjeliv samt för korrespondens. Rätten till respekt innebär främst ett skydd mot godtycklig myndighetsinblandning men kan också innebära en positiv förpliktelse för staten att skydda rättigheten och förhindra rättighetsintrång även mellan enskilda.¹⁶ Enligt praxis är staterna skyldiga att agera på ett sätt som tillåter familjeband mellan en vuxen och ett barn att utvecklas.¹⁷ Europadomstolen har utvecklat detta i fallet Paradiso & Campanelli mot Italien där man formulerat att artikeln inte garanterar en rätt att bilda familj, utan snarare en rätt till skydd för den familj som redan finns. Att en familj existerar innebär inte nödvändigtvis att det redan finns barn, men det ska finnas möjlighet att bilda familj.¹⁸ Viktigt är också att det inte anses vara en rättighet att få skaffa egna barn.¹⁹ I domen ovan har domstolen uttalat att begreppet familj rör äktenskapsbaserade relationer och andra de

¹² Anna Singer, *Barnets bästa*, uppl. 6, (2012), s. 21.

¹³ ”*Mater semper certa est*”, det är alltid klart vem som är moder, samt ”*Mater est quam gestatio demonstrat*”, moder är den som födandet visar.

¹⁴ Anna Singer, *Barns rätt*, uppl. 2, (2019), s. 47.

¹⁵ *Ibid.*, s. 48.

¹⁶ Lag (1994:1219) om EKMR, lagkommentar av Carl Henrik Ehrenkrona, p. 49, läst 20201215, samt SOU 2016:11 s. 165.

¹⁷ SOU 2016:11 s. 165.

¹⁸ Paradiso & Campanelli mot Italien, p. 141.

¹⁹ Prop. 2017/18:155 s. 25.

facto²⁰ familjeband. Typiska sådana faktiska familjeband är att berörda individer lever ihop under äktenskapsliknande förhållanden och utövar ett normalt familjeliv, men också andra faktorer som indikerar en existerande och kontinuerlig familjedynamik kan påverka.²¹ I fallet Wagner och J.M.W.L. mot Luxemburg lägger domstolen all vikt vid den aktuella kvinnans faktiska familjeband till det barn hon erhållit genom utländskt surrogatarrangemang; ”det faktiska familjelivet” ansågs viktigare än genetiska band (som i förevarande fall saknades) mellan individerna.²² Åter i fallet Paradiso & Campanelli framförde domstolen att familjeband ska anses utgöras av ”genuina och personliga band” mellan berörda individer, vilka kan förstärkas eller försvagas under perioder. Om frågan gäller familjeband mellan en eller flera vuxna och ett barn ska särskilt utredas huruvida barnet är en naturlig del av familjen, om barnet delat sin första tid i livet med de berörda vuxna samt om dessa agerar såsom barnets föräldrar och bidrar till barnets sociala utveckling.²³ Vad gäller tidsmässiga aspekter anser domstolen att det bör inverka vid bedömningen men att det vore fel att sätta en minimigräns för hur länge umgänget ska ha varat för att familjeband ska anses ha uppstått. De noterar att det i tidigare fall där familjeband ansetts existera har rört sig om relationer som varat under perioder om minst 5 år,²⁴ men det finns också exempel där domstolen ansett betydligt kortare perioder, ibland inte mer än 6 månader, som tillräckliga.²⁵

2.2 Mer om fastställelse av föräldraskap

Som nämnts ovan har den ännu inte lagfästa Mater est-principen lett till att frågan om vem som är moder förblivit oreglerad i svensk rätt. Vad gäller faderskapet finns dock en lång bakgrund som främst grundats i att barnet ansetts ha rätt till två föräldrar, dels för att dessa kan vårda och ombesörja

²⁰ Svensk översättning: *enligt faktiskt föreliggande omständigheter*. www.ne.se/artikelsökning begreppet de facto, besökt 2020-12-30.

²¹ Paradiso & Campanelli mot Italien, p. 140.

²² Wagner & J.M.W.L. mot Luxemburg, p. 134 - 135.

²³ Paradiso & Campanelli mot Italien, p. 149.

²⁴ Ibid., p. 153.

²⁵ SOU 2016:11 s. 482.

barnet, dels för att barnet ska ha vetskap om sitt ursprung av både psykologiska och medicinska skäl.²⁶

Tidigare har lagstiftaren gjort skillnad i huruvida barnet var född av en gift eller en ogift mor, något som togs ur lagstiftningen först 1976.²⁷ Sedan dess görs ingen sådan rättslig skillnad på barnen, men fastställande av faderskapet sker ännu enligt olika procedurer. Om modern är gift med en man gäller att moderns make anses vara barnets far och registreras som så i folkbokföringen.²⁸ Det finns i nuläget inga möjligheter att hindra att en sådan registrering sker så länge paret ännu är gifta. En äktenskapsskillnad före barnets födelse skulle hindra registrering, men om sådan inte skett före födseln får maken eller barnet väcka talan om faderskapets hävande.²⁹ Är modern inte gift måste faderskapet fastställas genom bekräftelse eller dom.³⁰

För det fall modern lever tillsammans med en annan kvinna kan föräldraskapet fastställas enligt FB 1 kap. 9§. Sådant föräldraskap fastställs efter det att modern genomgått insemination eller befruktning utanför kroppen, oavsett om det skett i Sverige eller utlandet, så länge det kommande barnet har rätt att få information om spermadonatorn.³¹ Föräldraskap fastställs genom bekräftelse eller dom på samma vis som faderskap.³²

Som nämnts ovan kan faderskapet hävas efter prövning. Någon motsvarande reglering gällande moderskapet finns inte i svensk rätt. Moderskapsfrågan är dock i praktiken inte lika självklar som den tidigare ansetts vara; inseminationer, befruktning utanför kroppen och surrogatarrangemang kan leda till att den kvinna som förlöser barnet varken är barnets rättsliga eller genetiska mor.³³ I sådant fall bör talan väckas i

²⁶ Singer, *Barnets bästa*, (2012), s. 48.

²⁷ *Ibid.*, s. 49.

²⁸ Se FB 1 kap. 1§ om faderskapspresumtionen.

²⁹ Singer, *Barnets bästa*, (2012), s. 49.

³⁰ FB 1 kap. 3§.

³¹ Se FB 1 kap. 9§ 1 - 2 st.

³² FB 1 kap. 9§ 3 st.

³³ Singer, *Barnets bästa*, (2012), s. 48.

enlighet med RB 13 kap. 2§, enligt vilken kan prövas om ett rättsförhållande består eller inte. För att sådan prövning ska vara möjlig krävs att det råder ovisshet kring rättsförhållandet och att denna ovisshet ”länder käranden till förfång”.³⁴ Enligt Singer anses ovisshet kring moderskapet som innebär en avsaknad av rättslig moder till barnet alltid lända barnet till förfång.³⁵

En väg kring problematiken gällande rättsligt och genetiskt moderskap i förhållande till havandeskapet har uppvisats i prop. 2017/18:155 vari regeringen har uttalat att man bör tillåta assisterad befruktning utanför kroppen med enbart donerade könsceller,³⁶ i vilket fall Mater est-regeln och reglering om faderskap skulle tillämpas såsom vid befruktning med delvis donerade könsceller, trots att barnet helt skulle sakna genetiska band till de tilltänkta föräldrarna.³⁷

2.3 Rätt till identitet

Som nämnts ovan avser artikel 8 EKMR skydd för privat- och familjeliv. I fallet *Mennesson mot Frankrike* uttrycker domstolen att de två ibland kan behöva separeras vid behandling av en enskild fråga. I målet diskuterades eventuell kränkning av rätten till familjeliv i förhållande till två av de klagande och kränkning av rätten till privatliv för de två övriga klaganden. Familjelivet ansågs inte kränkt eftersom de levde ihop på ungefär samma villkor som andra franska familjer, men avsaknad av ett franskt erkännande av den amerikanska domen ansågs utgöra en kränkning av deras privatliv.³⁸ Enligt domen omfattar rätten till privatliv även rätten att ha en identitet och ha kännedom om sitt ursprung. I fallet hade de franska myndigheterna erkänt att familjerelationen fastställdes i Kalifornien, men genom att inte stadfästa den aktuella domen såsom gällande i Frankrike nekades de två barnen en fransk identitet. Detta innebar vidare att barnen levde i ovisshet gällande sitt medborgarskap, trots att den manliga klaganden var deras

³⁴ SOU 2016:11 s. 118.

³⁵ Singer, *Barnets bästa*, (2012), s. 48.

³⁶ Prop. 2017/18:155 s. 24.

³⁷ *Ibid.*, s. 38 f.

³⁸ *Mennesson mot Frankrike*, p. 96.

genetiska far, vilket enligt domstolen utgjorde en kränkning av rätten till privatliv.³⁹

Även i fallet *Paradiso & Campanelli mot Italien* har domstolen resonerat kring barnets identitet och konstaterat att rätten till respekt för privatlivet inte kan anses omfatta enbart sådana relationer som baseras på blodsband och att det därför kan bli aktuellt att fastställa en social familjrelation såsom rättslig trots att genetiska band saknas om det är i syfte att fastställa barnets identitet.⁴⁰ Detsamma är fastställt i NJA 2019 s 504 där HD ansåg att om erkännande av en utländsk dom är det enda sättet att fastställa ett barns identitet måste domen erkännas.⁴¹

2.3.1 Om genetiskt ursprung

Till barnets identitet hör en rätt att få kännedom om sitt genetiska ursprung. Det har inte ansetts avgörande för barnets uppväxtvillkor och mående att denne lever med sina genetiska föräldrar, men frågan har väckts om det kan vara skadligt för barnet av psykosociala och medicinska skäl att sakna sådan kännedom.⁴² I SOU 1983:42 ansågs tillgodoseendet av barnets rätt till kännedom om sitt genetiska ursprung vara av sådan etisk vikt att det inte kunde låtas ge vika för eventuella andra intressen.⁴³ Detta ska dock inte tolkas på så vis att betydelsen av en rättslig och social förälder nödvändigtvis ska ge vika för barnets rätt till kännedom om genetiskt ursprung.⁴⁴

2.4 Erkännande av utländska domar

Som framgått ovan kan familjrelationer fastställas på flera vis både i Sverige och utomlands. Som huvudregel gäller inom den svenska

³⁹ *Mennesson mot Frankrike*, p. 97 och 100.

⁴⁰ *Paradiso & Campanelli mot Italien*, p. 161.

⁴¹ NJA 2019 s 504 s. 36.

⁴² Prop. 2017/18:155 s. 37.

⁴³ SOU 1983:42 s. 200.

⁴⁴ Prop. 2017/18:155 s. 37.

internationella privat- och processrätten att utländsk familjestatus erkänns såsom gällande i Sverige om det finns svenskt lagstöd för det.⁴⁵ Enligt Michael Bogdan kan vissa utländska domar särskiljas såsom konstitutiva, d.v.s. statusskapande. Dessa domar skapar statusförhållanden snarare än konstaterar dem, och ett icke-erkännande kan få allvarliga konsekvenser eftersom de sällan kan ersättas av ett svenskt avgörande.⁴⁶ Att det saknas lagstöd för ett erkännande ska dock inte innebära att erkännande inte är möjligt; Bogdan hävdar snarare att förarbeten indikerar att lagstiftaren överlåtit frågan på tillämparen och att det därför bör göras en individuell prövning i varje enskilt fall.⁴⁷

I prop. 2017/18:155 konstateras att utländska faderskapsdomar ska anses gällande i Sverige och därmed inte behöver omprövas. En problematik som redovisas är dock att faderskapet ofta antecknas i en födelseattest eller ett födelseregister vilka enligt svensk rätt inte utgör vare sig faderskapsbekräftelse eller dom och därför inte kan erkännas som giltig rättshandling i Sverige.⁴⁸

⁴⁵ Se exempelvis NJA 2019 s 504 p. 36, e contrario.

⁴⁶ Michael Bogdan, *Svensk internationell privat- och processrätt*, (2014), s. 292.

⁴⁷ *Ibid.*, s. 293.

⁴⁸ Prop 2017/18:155 s. 45.

3 Barnet

3.1 Barnkonventionen

År 1990 ratificerade Sverige FN:s konvention om barnets rättigheter⁴⁹ (Barnkonventionen) som ett klargörande av viljan att skydda barnet och barnets intressen i den svenska lagstiftningen.⁵⁰ Riksdagen lät senare inkorporera Barnkonventionen av oro att den uppfattades som ett värdegrundsdokument snarare än ett åtagande.⁵¹ Konventionen är gällande svensk rätt sedan den 1 januari 2020 och ska därmed tillämpas i dess ordalydelse av domstolar och andra myndigheter.⁵²

I barnkonventionens preambel stadgas att familjen är den grundläggande enheten i samhället och att alla stater ska verka för barnets utveckling och välfärd, delvis genom att verka för familjelivet. Där framkommer uttryckligen att barnet bör växa upp i ”en familjemiljö, i en miljö präglad av lycka, kärlek och förståelse”.⁵³

Barnkonventionen grundas på fyra principer som ska tas hänsyn till vid tolkningen av övriga artiklar.⁵⁴ Den första är förbudet mot diskriminering i artikel 2. Förbudet innebär att inget barn får diskrimineras i något fall, oavsett deras eller deras vårdnadshavares ras, hudfärg, kön, språk, religion, politiska eller annan åskådning, nationella, etniska eller sociala ursprung, egendom, funktionsnedsättning, börd eller ställning i övrigt. Vidare finns i artikel 3 principen om barnets bästa, vilken anger att myndigheter ska beakta vad som är bäst för barnet i varje beslut som påverkar det. Hand i hand med barnets bästa går principen om barnets rätt till liv och utveckling stadgad i artikel 6, och slutligen finns i artikel 12 uttryck för barnets rätt att

⁴⁹ SOU 2016:11 s. 158 f.

⁵⁰ Singer, *Barns rätt*, (2019), s. 14.

⁵¹ Prop. 2017/18:186 s. 74.

⁵² Singer, *Barns rätt*, (2019), s. 16.

⁵³ Barnkonventionens preambel samt SOU 2016:11 s. 160.

⁵⁴ SOU 2016:11 s. 160.

komma till tals i frågor denne berörs av. Barnets åsikter ska tillmätas betydelse i proportion till dess ålder och mognad.

3.1.1 Barnkonventionen och artikel 8 EKMR

Som redovisats ovan ger EKMR rätt till respekt för privat- och familjelivet genom dess artikel 8. I barnkonventionen finns liknande bestämmelser, utspridda i flera artiklar. Artikel 3, som nyss nämnts, fastställer principen om barnets bästa och utlovar att myndigheterna ska tillförsäkra barnet det skydd och den omvårdnad som denne behöver för sin välfärd.⁵⁵ Artikel 7 och 8 stadgar barnets rätt till kännedom om sitt ursprung; artikel 7 genom att barnet har rätt att veta vilka som är dennes föräldrar och, om möjligt, få deras omvårdnad. Barnet ska också registreras vid födseln och har rätt till ett namn och ett medborgarskap.⁵⁶ Artikel 8 försäkrar sedan att barnet ska få behålla sin identitet såsom den erkänts i lag, utan godtyckligt myndighetsintrång. Staterna ska också verka för att barnet återfår sin identitet om denne av någon anledning förlorat den.⁵⁷ Artikel 9 skyddar rätten till familjeliv genom att ålägga staterna en skyldighet att säkerställa barnets umgänge med sina föräldrar. Barnet får inte skiljas från sina föräldrar mot deras vilja, utom i de fall en behörig myndighet anser att det är nödvändigt med hänsyn till barnets bästa. En sådan behörig myndighet ska vara underställd rättslig prövning och beslutet bör inte fattas förrän alla berörda haft möjlighet att yttra sig i frågan.⁵⁸

3.2 Barnets bästa

Som nämnts ovan innebär principen om barnets bästa att staterna ska tillförsäkra barnet att dennes intressen är tillgodosedda i alla beslut där barnet är inblandat. Artikel 8 är öppet formulerad i syfte att låta tillämparen

⁵⁵ Art. 3 st. 1-2, Barnkonventionen.

⁵⁶ Art. 7 st. 1 Barnkonventionen.

⁵⁷ Art. 8 Barnkonventionen.

⁵⁸ Art. 9 st. 1-2 Barnkonventionen

avgöra vad som är bäst för barnet i varje enskilt fall; omständigheterna i ett fall är sällan desamma som i ett annat.⁵⁹

Vad som är bäst för barnet har diskuterats i bland annat en utredning om insemination vari det sades att barnet skulle garanteras goda förhållanden under uppväxten; exempelvis skulle denne låtas vara fri, kreativ och social.⁶⁰ I sammanhanget talas också ofta om kontinuitet. För ändamålet har formulerats en princip, kontinuitetsprincipen, vars syfte är att stabilisera barns tillvaro i så stor utsträckning som möjligt. Stabilitet anses viktigt för barnets trygghet och utveckling varför man vill undvika att flytta barnet ur dess invanda miljö.⁶¹ Vidare ska barnets bästa avgöras med det individuella barnet i fokus och med hjälp av vetenskap och beprövad erfarenhet.⁶² Enligt Anna Singer råder emellanåt viss tveksamhet angående hur objektiv tillämparen faktiskt är.⁶³

Frågan om barnets bästa har flera dimensioner, både barnets och de vuxnas intressen bör utredas och i vissa fall även vägas mot varandra.⁶⁴ Vidare bör barnets vilja ställas mot barnets bästa i de fall dessa inte överensstämmer;⁶⁵ barnet ska alltid höras och vikt ska tilldelas barnets åsikt i den mån det är proportionerligt med hänsyn till barnets ålder och mognad.⁶⁶ Ytterligare en aspekt som diskuteras i bland annat prop. 2017/18:155 är barnets rätt till kännedom om sitt ursprung. I den aktuella propositionen ställdes frågan om assisterad befruktning med endast donerade könsceller bör tillåtas i Sverige. Resonemang fördes kring att barnet har rätt till sådan kännedom och att denna inte kan garanteras så länge svenska par åker utomlands, varför det möjligen vore bättre för de barn som tillkommer genom assisterad befruktning med enbart donerade könsceller att dessa utfördes i Sverige. Genom att tillåta sådan befruktning kan staten också ställa krav på

⁵⁹ Singer, *Barnets bästa*, (2012), s. 34.

⁶⁰ SOU 1983:42 s. 200.

⁶¹ Singer, *Barnets bästa*, (2012), s. 125.

⁶² *Ibid.*, s. 35.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Se t. ex. Paradiso & Campanelli mot Italien.

⁶⁵ Singer, *Barnets bästa*, (2012), s. 31.

⁶⁶ Art. 12 Barnkonventionen.

processen, vilket ansågs fördelaktigt för de tillkomna barnen.⁶⁷ I propositionen diskuterades också barnets rätt att ha en rättslig företrädare, något som ansågs som självklart. Detta ställdes mot rätten att få kännedom om sitt ursprung; barnet ansågs visserligen ha rätt att veta om sin genetiska bakgrund, men denna rätt kunde inte kan anses oövervinnlig. Man ansåg att staten bör göra vad de kan för att underlätta i det fall problematik uppstår, men också att det inte rimligen kunde krävas att Sverige skulle genomgå omfattande författningsändringar för att lösa problem som uppstår till följd av utländska domslut. Man menade att en rättslig företrädare bör kunna fastställas med hjälp av redan existerande rättsliga instrument, vilket motiverades med att svenska myndigheter hittills inte tvingats lämna ett barn vare sig föräldralöst eller statslöst.⁶⁸

Liknande resonemang har förts i bland annat NJA 2019 s 504 där frågan var huruvida en utländsk dom måste erkännas såsom gällande enligt svensk rätt för att principen om barnets bästa skulle tillgodoses. Domstolen uttalade att erkännande i sig inte kunde anses uppenbart nödvändigt men att ett icke-erkännande kunde leda till konsekvenser som är oförenliga med barnets bästa.⁶⁹ Avgörande ansågs vara att barnets intressen inte kunde tillgodoses genom ett redan etablerat svenskt förfarande, varför den utländska domen skulle erkännas.⁷⁰

⁶⁷ Prop. 2017/18:155 s. 25 ff.

⁶⁸ Ibid., s. 41.

⁶⁹ NJA 2019 s 504 p. 35.

⁷⁰ NJA 2019 s 504 p. 36.

4 Analys och slutsats

En generell slutsats av den samlade informationen ovan är att barnets bästa bör vara fokus och utgångspunkt för all övrig diskussion. Det talas om skydd för familjen och en positiv skyldighet för stater att främja utvecklingen av familjeband individer emellan, men både lagstiftare och tillämpare är noga med att poängtera att det inte är en mänsklig rättighet att få egna barn; något jag anser tyder på att det i slutändan är barnet som är centralt för skyddet, snarare än föräldrarnas familjeliv. Vidare talar det för att Barnkonventionen anses utge ett extra skydd och att något som anses acceptabelt enligt Europakonventionen därför måste prövas även i förhållande till Barnkonventionen i de fall där barn berörs.

De familjereationer som skyddas är som nämnts äktenskapsbaserade samt andra faktiska familjeband. Det sistnämnda indikerar att äktenskapets betydelse för familjereationen har minskat, förmodligen på grund av den allt större acceptans som verkar finnas i samhället. Att rättsväsendet generellt utvecklas långsamt i jämförelse med samhället i stort är ingen hemlighet och att äktenskapet får mindre betydelse efter år av utveckling gällande samkönade par och andra familjekonstellationer är enligt min mening en inte helt oväntad utgång, tvärtom är en högre acceptansnivå även från lagstiftarens sida att förvänta sig. När samhällets utveckling dessutom ställs i förhållande till principen om barnets bästa är acceptans mer eller mindre nödvändig eftersom vi annars, som jag ser det, riskerar att skapa en alltför stor klyfta mellan rätten och samhället där minderåriga som tillhör vissa konstellationer inte erkänns som vare sig någons barn eller svenska medborgare. Att äktenskap och genetiska band historiskt sett har ansetts vara den faktiska definitionen av en familjereation är varken märkligt eller förkastligt, men idag vore en sådan begränsning helt enkelt inte förenlig med samhällets behov. Adoption är något som få rynkar på näsan åt och assisterad befruktning tillåts idag även för ensamma kvinnor, vilket innebär att varken lagstiftaren eller samhället är främmande för att det saknas

genetiska band mellan barn och förälder, och inte heller att barn växer upp med endast en förälder så länge den andra föräldern är känd.

De genetiska banden verkar alltså allt mindre viktiga och istället ges plats för andra faktiska, ”genuina och personliga” familjeband, som de benämns i fallet *Paradiso & Campanelli mot Italien*. Dessa andra faktiska familjeband verkar kunna uppstå på flera sätt och argument grundas ofta på att barnet har skapat en relation till föräldrarna: en psykologisk anknytning. Detta anser jag tyder på att familjeband grundade på sådan anknytning mellan ett barn och en vuxen kan prioriteras före genetiska familjeband, om barnet mår bättre av att anknytningen till den vuxne förblir obruten. Detta bör också kunna kopplas till kontinuitetsprincipen enligt vilken barnets tillvaro bör hållas så stabil som möjligt; om barnet känner tillit för och trygghet hos en vuxen bör detta prioriteras, både med hänsyn till kontinuitetsprincipen och barnets bästa, oavsett om denne vuxne har ett genetiskt eller endast ett socialt band till barnet.

Frågan återstår då vad barnets bästa faktiskt är. Det sägs att barnets bästa måste avgöras i varje enskilt fall och att det inte på förhand går att uppställa kriterier för vad som ska anses bäst för barnet. Min upplevelse är att det trots detta finns vissa mönster i tillämpningen. Ett sådant har visat sig vid till exempel surrogatarrangemang utomlands. I vissa fall används den ena partnerns könsceller, i vilket fall denne kan hävda faderskap som kan bevisas genom DNA-test. I andra fall används donerade spermier, i vilket fall fadern inte alltid kan fastställas. Än värre blir det, med utgångspunkt från dagens system, om även äggen är donerade från tredje part eftersom det ökar risken för att vi inte heller kommer kunna fastställa genetisk moder. Alltså; om omständigheterna är sådana att båda könscellerna är donerade finns risk att genetiska föräldrar helt saknas samtidigt som barnet har biologisk koppling endast till den bärande kvinnan. Detta medan de tilltänkta föräldrarna visserligen har en rättslig koppling, men endast via ett utländskt beslut. Huvudregeln är att för erkännande krävs lagstöd, men också att bara domslut kan erkännas. Som nämnts ovan uppstår problematik inte sällan på grund av att föräldraskap antecknas i ett födelseregister eller

på en födelseattest istället för att framgå genom ett domslut, vilket innebär att det egentligen inte finns någon möjlighet att få förälder-barn-relationen erkänd i Sverige. Utifrån dessa omständigheter finns ett barn som befinner sig i Sverige utan rättslig företrädare och utan medborgarskap för vilket vi inte kan fastställa vare sig genetisk mor eller far. Min tolkning av praxis är att det i en sådan situation till viss del är myndigheternas agerande under barnets första tid i ankomstlandet som är avgörande för vad som senare är att anse som bäst för barnet. I de fall där myndigheterna omhändertagit barnet mycket kort efter ankomsten förefaller det troligt att barnet anses ha större anknytning till den familj det flyttats till och att det bästa för barnet därför är att inte flyttas tillbaka till de tilltänkta föräldrarna. Sådant var fallet bland annat i Paradiso & Campanelli. I de fall då myndigheterna låtit barnet stanna hos de tilltänkta föräldrarna under den tid processen pågår bildar barnet istället en anknytning till dem såsom sina föräldrar, och domstolen är mer villig att anse det som bäst för barnet att denne förblir i familjen även då genetiska band saknas. Detta kan tyda på att staterna kan styra tillämpningens utfall genom att agera vid rätt tillfälle.

En annan aspekt av principen om barnets bästa är att det emellanåt finns flera möjliga alternativ. Som jag nämnt ovan sägs att det inte är möjligt att uppställa särskilda kriterier, något jag anser stämmer endast delvis. Det är möjligt att tänka sig en situation där det finns flera till synes bra alternativ för barnet. Den enkla lösningen på problemet är att samtliga alternativ ska utredas och bedömas, och sedan ska det bästa alternativet väljas. Vid närmare eftertanke är frågan dock mycket komplex; barnets bästa kan stå i konflikt med andra intressen såsom barnets egen vilja, föräldrarnas vilja och diverse samhällsnormer. Ett exempel på en sådan situation är då barnet omhändertagits och föräldrarna sedan, efter en period, ansöker om att få barnet tillbaka. Beroende på barnets ålder kan denne ha stark eller svag anknytning till föräldrarna sedan innan omhändertagandet, vilket onekligen bör beaktas. Här tillkommer dock ett antal andra intressen, såsom barnets anknytning till familjehemmet och de villkor denne lever under där (exempelvis skola och vänner) samt föräldrarnas rätt till familjeliv enligt

artikel 8 EKMR. Också barnets vilja kan påverka bedömningen i de fall denne uppnått tillräcklig ålder och mognad. Som nämnts ovan anses stabilitet viktigt för barnets utveckling, vilket talar för att barnet i en sådan situation bör stanna i familjehemmet med stöd av kontinuitetsprincipen. I konflikt med detta står dock barnets umgängesrätt med sina föräldrar och vice versa, samt rätten till familjeliv enligt artikel 8 EKMR. Barnets rätt till familjeliv uppfylls oavsett om denne blir kvar i familjehemmet eller flyttas tillbaka till föräldrarna, men föräldrarnas motsvarande rätt kan bara uppfyllas om de får barnet tillbaka. I enlighet med EKMR bör barnets vistelse hos familjehemmet därför avbrytas i syfte att tillgodose föräldrarnas rättighet. I verkligheten kan, och bör i min mening, ett sådant beslut dock vara mer komplicerat. Att beakta barnets bästa måste, som jag ser det, innebära att barnets intressen vägs mot varandra och att föräldrarnas intressen helt lämnas utanför diskussionen till dess tillämparen har en klar bild av barnets behov och vilja. Först när det konstaterats att barnets bästa uppfylls likvärdigt genom flera alternativ kan vuxnas intressen tillåtas plats i diskussionen.

Vid bedömningen av barnets bästa blir prioriteringen mellan blodsbandet och en faktisk familjerelation aktuell. Återigen måste bedömning göras av vad som är bäst för barnet helt utefter omständigheterna i det enskilda fallet, varför det inte går att säga vad som bör väga tyngst. Som nämnts ovan verkar blodsbandet dock spela allt mindre roll och det torde därför inte anses avgörande. Min åsikt är att barnets umgängesrätt med sina föräldrar inte nödvändigtvis måste innebära umgänge med de genetiska föräldrarna, utan att det istället rör sig om umgänge med de vuxna som barnet själv anser som sina föräldrar. Om umgänge med vissa vuxna är oförenligt med barnets bästa bör sådant umgänge uteslutas, och därmed blir diskussionen om blodsband mot faktiska familjerelationer inte aktuell. Gäller frågan ett barn som saknar genetiska föräldrar bör en existerande faktisk familjerelation anses bättre för barnet även i det fall de genetiska föräldrarna kan fastställas; om barnet inte sedan tidigare har en relation till de genetiska föräldrarna är risken stor att barnet inte känner någon tillit för och trygghet hos dessa. Jag

anser att blodsband, i ett sådant läge, inte kan motivera ett avbrott av barnets vardag. Då barnet står i fokus bör föräldrarnas vilja eller rätt till familjeliv inte värderas högre än barnets behov av stabila levnadsvillkor. Det framstår uppenbart att familjen är en prioriterad skyddsgrupp; att vikten av att skydda familjen betonas i både svensk och internationell rätt bör onekligen anses bevis på detta. Att så är och bör vara fallet är inget jag invänder mot. Jag anser dock att skyddet för barnet bör prioriteras högre. Barnet har ofta ansetts skyddsvärt på grund av dess oförmåga att överleva på egen hand, vilket delvis beror på att barn historiskt sett ansetts som objekt för vuxnas omsorg. Med detta inte sagt att barnet skyddas genom att tilldelas en förälder; snarare skyddas barnet genom att tilldelas en trygg, förutsebar och stabil tillvaro.

Som konstaterats ovan är blodsbandet inte en lika självklar koppling som det tidigare varit, varför de faktiska familjerelationerna bör ges mer plats. I och med inkorporeringen av barnkonventionen har det blivit än mer viktigt att särskild hänsyn tas till barnets bästa. Att se till barnets bästa innebär att tillämparen inte kan nöja sig med att levnadsvillkoren är dugliga så länge det finns anledning att tveka. Om barnet befinner sig i en situation med sämre villkor än ett barn bör ha ska alternativet att omhänderta barnet utredas och jämföras med barnets nuvarande omständigheter. Att beakta barnets bästa kan mycket väl innebära att barnet får begränsat umgänge med genetiska föräldrar, exempelvis om barnets förutsättningar förbättras avsevärt i en annan familjesituation. Detsamma bör gälla då barn kommit till Sverige efter utländskt surrogatarrangemang; att barnet saknar genetisk förälder bör inte påverka bedömningen i någon större utsträckning eftersom barnet har en social förälder som vill förklaras som rättslig förälder. Frågan blir då om det bästa för barnet är att det rättsliga föräldraskapet erkänns eller om barnet bör omhändertas.

Sammanfattningsvis kan konstateras att den faktiska familjerelationen kan komma att bli ett viktigt element i rätten. Begreppet har ett större spektrum än familjebegreppets ursprungliga definition och ökar därmed flexibiliteten i

tillämpningen, något som både kan hyllas och ifrågasättas. Flexibel tillämpning är en nödvändighet då samhället är mycket föränderligt och rätten ofta hamnar på efterkälken, men en flexibel lagstiftning riskerar också att bli oförutsägbar. Det kan argumenteras för att sådan flexibilitet inom familjerätten kan innebära oklarheter och leda till osäkerhet gällande föräldrars rättigheter i förhållande till barnets skyddsbehov. Min mening är dock att ökad flexibilitet kan leda till förbättringar eftersom barnets behov kan mötas i större utsträckning.

En möjlig utveckling är att utgångspunkten flyttas från den traditionella tolkningen till att anse de äldre definitionerna av familj- och föräldraskapsbegreppen som delvis obsoleta, varför de bör låtas bearbetas och eventuellt omformuleras. Det är önskvärt, kanske nödvändigt, att de faktiska familjerelationerna räknas in i familj- och föräldrabegreppen och att möjligheterna att fastställa föräldraskap vidgas för att omfatta även sådana alternativa konstellationer. Klart står slutligen att det i dagens samhälle finns ett behov av öppen och inkluderande reglering och att detta är frågor som lagstiftaren kommer att behöva återkomma till allt oftare för att undvika stora klyftor mellan rätten och samhället.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Tryckta källor

Statens offentliga utredningar

SOU 1983:42 Barn genom insemination

SOU 2016:11 Olika vägar till föräldraskap

Propositioner

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

Lagkommentarer

Av Carl Henrik Ehrenkrona till Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna, p. 49, läst 2020-12-15

Internationell reglering

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna
Fakultativt protokoll till konventionen om barnets rättigheter om försäljning av barn, barnprostitution och barnpornografi

Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter

Elektroniska källor

<https://www-ne-se.ludwig.lub.lu.se/s/s%C3%B6k/?t=uppslagsverk&q=de%20facto>

Litteratur

Bogdan, Michael, 2014, Svensk internationell privat- och processrätt, upplaga 8, Norstedts juridik, Stockholm

Jonasson, Malin, 2015, Assisterad befruktning och rättsligt föräldraskap, Lunds universitet, Lund

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), 2013, Juridisk metodlära, Studentlitteratur, Lund

Melin, Olivia, 2019, Fastställande av föräldraskap, Lunds universitet, Lund

- Månsson, Andrea, 2016, Mamma, Pappa, Barn. Eller?, Lunds universitet, Lund
- Nilsson, Linnéa, 2019, Rättsligt moderskap vid surrogatarrangemang, Lunds universitet, Lund
- Olsson, Elin, 2014, Surrogatmodern, barnet och det rättsliga föräldraskapet, Lunds universitet, Lund
- Singer, Anna, 2012, Barnets bästa, upplaga 6, Norstedts juridik, Stockholm
- Singer, Anna, 2019, Barnets bästa, upplaga 7, Norstedts juridik, Stockholm
- Singer, Anna, 2019, Barns rätt, upplaga 2, Iustus förlag, Uppsala
- Singer, Anna, 2000, Föräldraskap i rättslig belysning, Iustus förlag, Uppsala

Rättsfallsförteckning

Svenska domstolar

Högsta domstolen

NJA 2019 s. 504 – Det kaliforniska surrogatarrangemanget

Europadomstolen

Mennesson mot Frankrike, dom 65192/11 av den 26 juni 2014

Paradiso & Campanelli mot Italien, dom 25358/12 av den 24 januari 2017

Wagner och J.M.W.L. mot Luxemburg, dom 76240/01 av den 28 juni 2007