



GÖTEBORGS UNIVERSITET  
HANDELSHÖGSKOLAN

# **Moderskap vid äggdonation**

En mänsklig rättighet för vissa?

Jennifer Ström

Handledare: Lotta Vahlne Westerhäll  
Examinator: Therese Bäckman

Juristprogrammet, HT 2019  
Examensarbete HRO800, 30 högskolepoäng  
Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet  
Juridiska Institutionen

# Innehållsförteckning

<b>Lista över förkortningar och begrepp .....</b>	<b>4</b>
<b>Sammanfattning .....</b>	<b>6</b>
<b>1. Introduktion.....</b>	<b>7</b>
<b>1.2 Syfte och frågeställningar.....</b>	<b>7</b>
<b>1.3 Metod och material.....</b>	<b>8</b>
<b>1.4 Disposition .....</b>	<b>10</b>
<b>1.5 Avgränsningar och kontext.....</b>	<b>11</b>
<b>2. Vem blir moder och fader?.....</b>	<b>12</b>
<b>2.1 Moderskap.....</b>	<b>12</b>
2.1.1 Äggdonation .....	12
2.1.1.1 Äggdonationens början.....	13
2.1.1.2 Förutsättningar .....	13
2.1.2 Surrogatmoderskap .....	15
<b>2.3 Fadernskap .....</b>	<b>16</b>
2.3.1 Fadernskap genom dom eller bekräftelse .....	17
2.3.2 Insemination och befruktning utanför kroppen.....	18
<b>2.4 Adoption.....</b>	<b>19</b>
<b>2.5 Rättspraxis .....</b>	<b>21</b>
2.5.1 NJA 1949 s. 144 – Bureåfallet .....	21
2.5.2 JO 1989/90 – Enköpingsfallet .....	21
2.5.3 NJA 2006 s. 505.....	22
2.5.4 Högsta domstolen mål nr. Ö 3462-18 – HD-målet.....	25
<b>2.6 Sammanfattning av moderskap och faderskap .....</b>	<b>27</b>
<b>3. Mänskliga rättigheter .....</b>	<b>30</b>
<b>3.1 Europakonventionen .....</b>	<b>30</b>
3.1.1 Tillkomst.....	30
3.1.2 Allmänna tolkningsprinciper .....	30
3.1.3 Sverige .....	33
3.1.4 Eventuella konflikter .....	33
3.1.5 Rätten till skydd för privat- och familjeliv .....	35
3.1.5.1 Privat- och familjeliv .....	36
<b>3.2 Barnkonventionen.....</b>	<b>37</b>

3.2.1 Barnets bästa .....	38
3.2.2 Rätt till sitt ursprung .....	39
<b>3.3 Europadomstolens rättspraxis.....</b>	<b>39</b>
3.3.1 Mennesson v. France .....	39
3.3.2 Europadomstolens rådgivande yttrande.....	41
<b>4. Äggdonators moderskap ur ett rättighetsperspektiv.....</b>	<b>43</b>
4.1 Privatliv och familjeliv .....	43
4.2 Stöd i lag .....	44
4.3 Legitimt syfte .....	45
4.4 Nödvändigt i ett demokratiskt samhälle.....	45
4.4.1 Barnet.....	46
4.4.2 Den födande och den donerande kvinnan .....	47
4.4.2.1 Påtryckningar .....	47
4.4.2.2 Kommersialisering.....	48
4.4.2.3 Rätt att ångra sig.....	48
4.4.2.4 Avvägning .....	49
4.4.2.5 Mennesson v. France och det rådgivande yttrandet .....	50
4.4.3 Är adoption tillräckligt? .....	51
<b>5. Slutsats.....</b>	<b>52</b>
<b>6. Avslutande reflektioner .....</b>	<b>54</b>
6.1 Moderskapet vs. faderskapet.....	54
6.2 Individens autonomi.....	55
<b>Källförteckning.....</b>	<b>56</b>

# Lista över förkortningar och begrepp

## Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
Barnkonventionen	FN:s konvention om barnets rättigheter (1989)
Europakonventionen	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FB	Föräldrabalk (1949:381)
FN	Förenta Nationerna
HD	Högsta domstolen
IVF	In vitro fertilisering, befruktning utanför kroppen <sup>1</sup>
JO	Justitieombudsmannen
JT	Juridisk Tidskrift
LGI	Lag (2006:351) om genetisk integritet m.m.
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning 1
Prop.	Proposition
SMER	Statens medicinsk-etiska råd
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning

## Begrepp

Assisterad befruktning	Medicinska behandlingsmetoder där spermier och ägg förs samman på konstgjord väg för att avhjälpa ofrivillig barnlöshet <sup>2</sup>
------------------------	--

---

<sup>1</sup> 1177 Vårdguiden, *IVF*, hämtad 2019-12-03 från <https://www.1177.se/Vastra-Gotaland/barn--gravid/barnloshet/ivf-provrorsbefruktning/>.

<sup>2</sup> Saldeen, Å. (2013), *Barn- och föräldrarätt*, 7 uppl., Uppsala: Iustus, s. 114.

Befruktning utanför kroppen	Ägg befruktas med spermier utanför kroppen innan de förs in i en livmoder <sup>3</sup>
Den födande kvinnan	Kvinnan som bär och föder ett barn
Den donerande kvinnan	Kvinnan som donerar ägg
Den tilltänkta modern	Kvinnan som har tänkt ta hand om barnet
Den rättsliga modern	Kvinnan som är moder enligt svensk gällande rätt
Den sociala modern	Kvinnan som agerar som en moder
Den biologiska modern	Kvinnan som bär och föder barnet
Den genetiska modern	Kvinnan vars ägg har använts vid barnets tillkomst
Den sociala fadern	Mannen som agerar som en fader
Den rättsliga fadern	Mannen som är fader enligt svensk gällande rätt
Den genetiska fadern	Mannen vars spermier har använts vid barnets tillkomst
Ensamstående kvinna	En kvinna som inte är gift, registrerad partner eller sambo <sup>4</sup>
Förälder	Rättslig moder eller fader
Könsceller	Ägg eller spermier
Spermiedonator	Mannen som donerar spermier
Surrogatmoder	Kvinna som bär ett barn med avsikten att överlämna barnet till någon annan vid dess födsel

---

<sup>3</sup> 7 kap. 1 § lag (2006:351) om genetisk integritet m.m. (LGI).

<sup>4</sup> 1 kap. 5 § LGI.

## Sammanfattning

Uppsatsen behandlar moderskapet vid äggdonation och vem som blir moder enligt svensk gällande rätt. I Sverige är det alltid kvinnan som föder ett barn som blir barnets moder, vilket följer av moderskapspresumtionen. Svensk rättspraxis stödjer, med ytterst få undantag, presumtionen och har även gjort det historiskt sett. I uppsatsen ifrågasätts moderskapspresumtionen vid äggdonation ur den donerande kvinnans rättighetsperspektiv. För att framhäva vilken ställning moderskapspresumtionen har i svensk rätt, görs en jämförelse mellan moderskapet vid äggdonation och faderskapet vid spermiedonation. Jämförelsen resulterar i slutsatsen att moderskapet alltid tillfaller kvinnan som föder barnet, medan det finns alternativa utfall för faderskapet. Slutsatsen visar att en kvinna som inte kan bära och föda ett barn aldrig kan bli moder, medan en man som inte kan bistå med spermier och endast är social fader kan bli barnets fader. Det finns således en särbehandling i svensk rätt gällande moderskap och faderskap vid ägg- respektive spermiedonation.

Den donerande kvinnan kan aldrig bli barnets moder när ett barn föds i Sverige. Det föranleder en analys av om det strider mot den donerande kvinnans rätt till privat- eller familjeliv enligt Europakonventionens artikel 8. I en sådan analys måste barnets bästa och barnets rätt till kunskap om sitt ursprung ständigt beaktas, vilket följer av såväl Barnkonventionen som Europadomstolens praxis. Att den donerande kvinnan inte kan bli barnets moder är en inskränkning i hennes familjeliv enligt Europadomstolens praxis. Inskränkningen får däremot göras eftersom den har stöd i lag, har ett legitimt syfte och med största sannolikhet även är nödvändig i ett demokratiskt samhälle. Utrymmet för vad som anses vara nödvändigt är vanligtvis stort för konventionsstaterna när frågan gäller artikel 8, men enligt Europadomstolens praxis begränsas utrymmet när saken gäller en individs identitet. Vid en avvägning mellan samhällets intresse av att inte tillåta surrogatmoderskap för att skydda parternas hälsa samt fri- och rättigheter och den donerande kvinnans rätt att bli moder, väger samhällets intresse till slut tyngst på grund av konsekvenserna som kan uppstå om den födande eller den donerande kvinnan skulle ändra sig gällande moderskapet.

Europadomstolen har dessutom kommit fram till att enbart existensen av exempelvis adoption, är tillräckligt för att tillgodose barnets rätt till privatliv och därmed relationen till den donerande modern. På grund av bristen på garanti till en prövning om adoption, med hänvisning till samtycke i svensk rättspraxis, så ifrågasätts tillräckligheten starkt.

# 1. Introduktion

*”It’s not who brings you into the world, it’s what you do when you’re there.”*

Jay Pritchett i Modern Family (säsong 9 avsnitt 18)

Äggdonation är idag ett uppskattat medicinskt hjälpmedel för de som är ofrivilligt barnlösa. En kvinna vars ägg är oanvändbara kan få hjälp med att få ett barn genom att en annan kvinna donerar ägg. Det finns däremot inget medicinskt hjälpmedel för de kvinnor som möjligtvis har användbara ägg men som inte kan bära och föda ett barn. Eftersom det alltid är kvinnan som föder barnet som blir moder, så kan aldrig en kvinna som inte kan bära och föda ett barn bli moder. Istället har bland annat surrogatmoderskap blivit ett allt vanligare alternativ för svenskar.

Den svenska regleringen tillåter inte svensk hälso- och sjukvård att bistå vid assisterad befruktning om det framkommer att det sker för ett surrogatarrangemang. Istället vänder sig fler och fler svenskar till andra länder där surrogatarrangemang är tillåtet, som exempelvis USA och Georgien.<sup>5</sup> Många utländska lagstiftningar, och även Sveriges, har stora problem med att hålla samma takt som den medicinska utvecklingen och ”människors önskan att med alla till buds stående medel få det eller de barn som de själva av olika skäl inte kan eller vill bära fram”<sup>6</sup>.

## 1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att ifrågasätta den starka ställning som moderskapspresumtionen har i svensk rätt. Reglerna om moderskap vid äggdonation påverkas av moderskapspresumtionen genom att det alltid är den födande kvinnan som blir moder, vilket ska problematiseras vid en jämförelse med rätten till skydd för privat- och familjeliv i Europakonventionens artikel 8.

---

<sup>5</sup> SOU 2016:11, Justitiedepartementet, *Olika vägar till föräldraskap*, s. 456ff. och prop. 2017/18:155 *Modernare regler om assisterad befruktning och föräldraskap*, s. 40.

<sup>6</sup> Högsta domstolen mål nr. Ö 3462-18, särskilt yttrande, s. 1.

Frågeställningarna som kommer att besvaras är:

1. Vem blir moder respektive fader vid donation av könsceller enligt svensk gällande rätt?
2. Vilka principiella skillnader finns mellan moderskap och faderskap vid donation av könsceller?
3. Hur förhåller sig den svenska gällande rätten om moderskap vid äggdonation till rätten till skydd för privat- och familjeliv ur en donerande kvinnas perspektiv som vill bli moder?
4. Är möjligheterna för den donerande kvinnan att bli rättslig förälder tillräckliga?

### **1.3 Metod och material**

Det finns många olika rättsvetenskapliga metoder, men för att uppnå uppsatsens syfte har jag företrädesvis använt mig av en problematiserande och analytisk metod. Metoden används framförallt när moderskap vid äggdonation kritiseras ur ett rättighetsperspektiv. Jag väljer att för läsaren presentera hur jag har gått igenom materialet och vilken vikt det har fått.<sup>7</sup>

För att beskriva vad svensk gällande rätt säger om moderskap och faderskap vid donation av könsceller, så är uppsatsens utgångspunkt relevanta lagar där moderskapet och faderskapet stadgas. Eftersom moderskapet inte endast regleras i lag, utan snarare genom en obestridd moderskapspresumtion, så är det inte tillräckligt att undersöka aktuella lagar. Moderskapspresumtionen är allmänt känd, men går att finna i såväl förarbeten, praxis som doktrin. Med moderskapspresumtionen som utgångspunkt går moderskap vid äggdonation däremot att finna i lag. Faderskapet regleras främst i lag och även faderskapet vid spermiedonation. I uppsatsen antas samtliga av dessa källor vara valida och ifrågasätts inte när faderskapet och moderskapet fastställs enligt gällande rätt genom lagar, förarbeten, rättspraxis och doktrin.

Sedan görs en jämförelse mellan moderskapet och faderskapet vid donation av könsceller. Jämförelsen utgår från de principiella skillnader som går att utläsa från den gällande rätten. De principiella skillnaderna tas fram genom att ställa moderskap vid äggdonation mot faderskap vid spermiedonation mot varandra med samma förutsättningar och undersöka

---

<sup>7</sup> Jag har aktivt valt att inte försöka definiera min metod som någon generell metod, såsom rättsdogmatisk och rättsanalytisk metod, eftersom metoder tillämpas på olika sätt i ett arbete till ett annat. Jag har istället beskrivit min verkliga metod.



utfallen. Om utfallen blir olika trots samma förutsättningar har en skillnad uppstått. Eftersom äggdonation och spermiedonation skiljer sig ur ett biologiskt perspektiv, så framhävs de principiella skillnaderna. Den donerande kvinnan missgynnas vid bestämmandet av moderskapet, vilket framhävs genom att urskilja de principiella skillnaderna mellan moderskap och faderskap vid donation av könsceller. Framhävandet är viktigt för att förstå varför moderskapet vid äggdonation, och därmed moderskapspresumtionen, ifrågasätts i uppsatsen.

Resultatet av moderskapet vid äggdonation används för att analysera och problematisera den donerande kvinnans rätt till skydd för privat- och familjeliv i artikel 8 i Europakonventionen. Doktrin, praxis och svenska förarbeten blir nödvändiga för att kunna tolka artikelns omfattning, eftersom det inte framgår av själva artikeln att frågan omfattas av privat- och familjeliv. Europadomstolens förarbeten ska användas endast i nödfall och är inte aktuella på grund av *den dynamiska tolkningens princip*.<sup>8</sup> Eftersom surrogatmoderskap tidigare har behandlats i Europadomstolens praxis, dras slutsatsen att frågan omfattas av artikeln. För att avgöra om inskränkningen i den donerande kvinnans rätt till privat- och familjeliv får göras, så undersöks artikelns förutsättningar steg för steg. Även om lagar vanligtvis har högst dignitet, så har det istället krävts rättsfall och doktrin i varje steg för att kunna tolka hur de ska tillämpas. Eftersom Europadomstolens praxis visar hur Europakonventionen ska tolkas och tillämpas, så blir även rättsfall centrala. När det inte finns rättsfall som explicit ger en klar tolkning, så används svenska rättsfall och förarbeten samt doktrin för att jämföra och antaga hur stegen ska tolkas. Eftersom jämförelser och antaganden sker, så behöver det uppmärksammas att tillämpningen av stegen ibland sker på ett godtyckligt sätt. Samtliga steg sker främst ur den donerande kvinnans perspektiv, vilket gör att utfallen kan riktas åt ett visst håll.

Efter tillämpningen av rättighetsperspektivet på moderskapet vid äggdonation, så utreds frågan om adoption är en tillräcklig rättsmekanism för att bli rättslig förälder ur den donerande kvinnans perspektiv. Frågan utreds utifrån *Menesson*-målet och de kriterier som ställs upp där. Bedömningen görs utifrån det svenska adoptionsförfarandet och dess förhållningsregler i allmänhet.

---

<sup>8</sup> Se mer i avsnitt 3.1.2.

Uppsatsen avslutas med avslutande reflektioner, där bedömningarna främst sker utifrån egna tankar men med visst stöd av förarbeten och vad som har framkommit i uppsatsen i övrigt.

## 1.4 Disposition

Efter introduktionen av uppsatsen i kapitel 1 följer *kapitel 2* med en redogörelse för moderskapet och faderskapet. Moderskapet presenteras först för att sedan gå över i moderskapet vid äggdonation, där äggdonationens historia redogörs för. Det i sin tur leder in på surrogatmoderskap: vad det innebär och vilka olika typer av surrogatmoderskap som finns. Sedan presenteras faderskapet och vilka möjligheter till ett faderskap som finns. Faderskapet följs av en skildring av adoptionsförfarandet. Efter det följer en redogörelse av svensk rättspraxis och varför rättsfallen är aktuella för denna uppsats. Kapitlet avslutas med att sammanställa och jämföra moderskapet och faderskapet vid donation av könsceller.

I *kapitel 3* behandlas de rättigheter som är aktuella för uppsatsen. Först beskrivs Europakonventionens historia och de principer som Europadomstolen har stadgat. Det följs av konventionens historia i Sverige och vad som händer om Europakonventionens regler krockar med andra svenska regler. Sedan presenteras artikel 8 i konventionen och vad som ska tolkas in i begreppen privat- och familjeliv. I avsnittet om Barnkonventionen framhävs dess historia kortfattat och därefter ett barns rättigheter om barnets bästa och rätt till kunskap om sitt ursprung. Rättspraxis avslutar sedan kapitlet.

Kärnan i uppsatsen framförs i *kapitel 4*, där moderskapet vid äggdonation problematiseras utifrån den donerande kvinnans rätt till privat- och familjeliv. Först kommer utredningen om moderskap vid äggdonation omfattas av privat- och familjeliv, vilket följs av redogörelser av de tre förutsättningarna som artikel 8 ställer upp. Sedan diskuteras frågan om adoption är en tillräcklig rättsmekanism i förhållande till vad som redogjorts för.

Slutsatsen presenteras i *kapitel 5* där frågeställningarna besvaras. I *kapitel 6* följer ett kort avsnitt om några reflektioner som uppkommit under uppsatsprocessen. Till sist avslutas uppsatsen med en källförteckning med de källor som har använts i uppsatsen.

## 1.5 Avgränsningar och kontext

En mängd avgränsningar har gjorts för att få fram en kontext där syftet med uppsatsen kan presenteras så tydligt som möjligt. Uppsatsen behandlar inte fall där moder, fader, kvinnor eller män har bytt könstillhörighet. Det hade blivit väldigt många olika konstellationer att redogöra för, men är givetvis minst lika viktiga ur ett rättighetsperspektiv. Uppsatsen behandlar istället konstellationen där den födande kvinnan och den donerande kvinnan är födda och lever som kvinnor och där fadern och spermiedonatorn är födda och lever som män. För att lägga ytterligare fokus på syftet, så kommer endast olikkönade parförhållanden behandlas när det blir aktuellt. Möjligheten till att bestämma att en donerande kvinna ska bli moder utgår ifrån att hon själv inte kan bära eller föda ett barn. Skulle den donerande kvinnan kunna få barn själv blir inte behovet lika tydligt och det hade öppnat upp för en ännu vidare analys, vilket hade tagit bort fokus från att besvara vilka möjligheter den donerande kvinnan har. Vidare utgår de svenska reglerna ifrån att den assisterade befruktningen sker enligt de metoder som är tillåtna i lag. Därför kommer inte uppsatsen bemöta vad som händer om några andra metoder har använts, såsom heminsemination eller anonym spermiedonation. Eftersom uppsatsen utgår ifrån svenska regler och surrogatarrangemang i Sverige, så kommer inte fokus ligga på surrogatmoderskap som har arrangerats utomlands mer än när det omnämns. Eftersom kommersiellt surrogatmoderskap väcker ännu fler frågor som kräver utförliga ställningstaganden, så kommer endast den eventuella tillåtelsen av ett altruistiskt surrogatmoderskap att diskuteras.

## 2. Vem blir moder och fader?

### 2.1 Moderskap

Det går att dela in moderskapet i fyra olika kategorier: socialt, biologiskt, genetiskt och rättsligt. Ibland kan en kvinna inneha samtliga moderskap, medan en kvinna endast innehar en typ av moderskap i andra fall. Oavsett hur många typer av moderskap som en kvinna har, så är det kvinnan som föder barnet som anses vara moder. Det är alltså den biologiska modern som blir barnets moder. Det baseras på principen om *mater est quem gestatio demonstrat*, vilket betyder just ”moder är den som föder barnet”.<sup>9</sup>

Det är inte reglerat i lag vem som blir ett barns moder, förutom när en kvinna föder ett barn som har kommit till med hjälp av äggdonation.<sup>10</sup> Anledningen till att moderskapet annars inte finns reglerat i lag är för att lagstiftaren anser att moderskapet är ett biologiskt faktum. Det grundar sig på principen om *mater semper certa est*, vilket innebär att det alltid är säkert vem som är moder.<sup>11</sup> Vid införandet av reglerna om fastställande av faderskap motiverade lagberedningen saknaden av fastställande av moderskap med att ”det omedelbart framgår vem som är moder till ett barn”.<sup>12</sup> Det går därför säga att moderskap idag fastställs genom en moderskapspresumtion.

#### 2.1.1 Äggdonation

I svensk rätt finns det endast ett undantag från det faktum att moderskap inte är reglerat i lag. Det undantaget är 1 kap. 7 § föräldrabalken (FB)<sup>13</sup>. I lagrummet anges vem som ska anses vara moder till ett barn som har kommit till genom äggdonation. Att ett barn har tillkommit genom äggdonation betyder att en annan kvinna än den som ska föda barnet donerar ägg, som sedan befruktas med spermier utanför kvinnans kropp. När äggen har befruktats förs de in i den kvinna som ska bära och föda barnet.<sup>14</sup> Vid en äggdonation sker befruktningen av äggen såldes alltid utanför kroppen via provrörsbefruktning, även kallat IVF.<sup>15</sup> Den kvinna som har

---

<sup>9</sup> Prop. 2001/02:89 *Behandling av ofrivillig barnlöshet*, s. 57.

<sup>10</sup> Se mer i avsnitt 2.1.1.

<sup>11</sup> Prop. 2001/02:89, s. 83.

<sup>12</sup> När 1917 års lag om barn utom äktenskap stiftades.

<sup>13</sup> Föräldrabalk (1949:381).

<sup>14</sup> Mägi, E. & Zimmerman, L. (2015), *Stjärnfamiljejuridik*. Malmö, Sverige: Gleerups Utbildning AB., s. 154.

<sup>15</sup> Prop. 2001/02:89, s. 17.

donerat äggen är den genetiska modern, medan den födande kvinnan är den biologiska och rättsliga modern vid födseln.

#### *2.1.1.1 Äggdonationens början*

Äggdonation blev tillåtet i Sverige 1 januari 2003.<sup>16</sup> Regeringen hade tidigare motiverat förbudet av äggdonation med att äggdonation skulle strida mot en ”etiskt godtagbar människosyn”, eftersom barnet inte skulle ha något genetiskt samband med den födande kvinnan.<sup>17</sup> Från och med 1 januari 2019 är det även tillåtet att både ägg och spermier är donerade vid befruktningen. Innan denna lagändring trädde i kraft motiverade regeringen förbudet mot både donerade ägg och spermier med att en sådan befruktning skulle vara oetisk. Regeringen menade att kompensera livets ofullkomlighet med tekniska hjälpmedel genom både ägg- och spermiedonation var att anse som en alltför långtgående strävan. Således ansåg regeringen tidigare att det inte borde finnas en behandling där det inte finns något samband mellan barn och föräldrar.<sup>18</sup> I och med lagändringen 2019 gav regeringen istället motiveringen att det inte finns några bevis för att det kan uppstå negativa konsekvenser för ett barn som inte har en genetisk koppling till någon av sina föräldrar. Regeringen påpekade att tillåtelsen av befruktning med både donerade ägg och spermier innebär att fler kan få hjälp att övervinna sin ofrivilliga barnlöshet.<sup>19</sup> Sedan 1 januari 2016 är det dessutom tillåtet för ensamstående kvinnor att använda sig av assisterad befruktning.<sup>20</sup>

#### *2.1.1.2 Förutsättningar*

För att en äggdonation ska kunna genomföras måste vissa förutsättningar vara uppfyllda. En äggdonator måste vara myndig och dessutom ha lämnat ett skriftligt samtycke till att hennes ägg kommer att befruktas. Äggdonatorn har möjlighet att återkalla samtycket fram till dess att befruktningen av hennes ägg har ägt rum.<sup>21</sup> Vid en donation av ett befruktat ägg<sup>22</sup> ska

---

<sup>16</sup> Prop. 2001/02:89, s. 79.

<sup>17</sup> Prop. 1987/88:160 om befruktning utanför kroppen, s. 11.

<sup>18</sup> Ibid, s.12.

<sup>19</sup> Prop. 2017/18:155, s. 25.

<sup>20</sup> Riksdagsskrivelse 2015/16:24.

<sup>21</sup> 7 kap. 2 § LGI.

<sup>22</sup> Ett donerat befruktat ägg är ett ägg som blivit över från ett annat pars eller en annan ensamstående kvinnas IVF-behandling och som har överlåtits för användning för andra personers behandlingar.

ytterligare krav vara uppfyllda gällande den kvinna som donerar ägg. Äggdonatorn ska bland annat vara förälder till minst ett barn.<sup>23</sup>

För kvinnan som ska ta emot ett befruktat ägg finns det ett krav på ett skriftligt samtycke från hennes eventuella make eller sambo.<sup>24</sup> Kvinnan som ska ta emot en äggdonation ska dessutom genomgå en särskild prövning tillsammans med sin eventuella sambo eller make. Den särskilda prövningen går ut på att se om äggdonationen är lämplig. Lämplighetsprövningen utgår ifrån paret eller den ensamstående kvinnans medicinska, psykologiska och sociala tillstånd. Äggdonation får enbart ske om ”det kan antas att det blivande barnet kommer att växa upp under goda förhållanden”.<sup>25</sup>

Lagstiftaren har infört vissa bestämmelser när det gäller var själva utförandet av befruktningen och införandet av det befruktade ägget får ske. Vid en äggdonation ska behandlingen utföras på sjukhus som har sjukvårdsenheter där det bedrivs högskoleutbildning för läkarexamen och forskare, men med möjlighet att få tillstånd till undantag.<sup>26</sup> Det är en läkare som väljer ägg och lämplig äggdonator eller ett lämpligt donerat befruktat ägg.<sup>27</sup> I urvalsprocessen ska läkaren välja en äggdonator som förstår vad äggdonation innebär och vilka konsekvenser det kan få i framtiden för henne själv. Även om det är läkaren som väljer lämpligt ägg och lämplig donator, så finns det ingenting som hindrar läkaren från att välja någon som paret eller den ensamstående kvinnan önskar och som själv vill hjälpa till.<sup>28</sup>

Donatorns uppgifter ska registreras i en särskild journal, oavsett vilka ägg eller vilken donator läkaren väljer. Journalen ska i sin tur bevaras i minst 70 år.<sup>29</sup> Anledningen till att uppgifterna ska registreras och sparas är för att ett barn som har blivit till med hjälp av äggdonation har rätt att få vetskap om det och även få ta del av de uppgifter i journalen som finns om donatorn. Det ska ske när barnet har uppnått en tillräcklig mognad för att kunna ta åt sig av informationen.<sup>30</sup> I förarbetena motiverar regeringen det genom att betona respekten för

---

<sup>23</sup> Se mer i 7 kap. 3 a § LGI.

<sup>24</sup> 7 kap. 3 § LGI.

<sup>25</sup> 7 kap. 5 § LGI.

<sup>26</sup> Se mer i 7 kap. 4 § LGI.

<sup>27</sup> 7 kap. 6 § 1 st. LGI.

<sup>28</sup> Prop. 2001/02:89, s. 42.

<sup>29</sup> 7 kap. 6 § 3 st. LGI.

<sup>30</sup> 7 kap. 7 § LGI.

barnets rätt att få reda på sitt ursprung. Regeringen drar paralleller till adoptionsförfarandet<sup>31</sup>, där det är viktigt för adoptivbarnets utveckling att det får reda på att det är adopterat och att adoptivbarnet får höra det från sina föräldrar. Eftersom regeringen anser att förhållandet mellan adoptivbarnet och föräldrarna ska vara ärligt och tillitsfullt, så är det av största vikt att det är föräldrarna själva som ska berätta om adoptionen. Likaså är det viktigt att ett barn som har blivit till genom äggdonation får veta om det när föräldrarna anser att rätt tid är kommen och det är även viktigt att det sker på rätt sätt.<sup>32</sup>

### 2.1.2 Surrogatmoderskap

Surrogatmoderskap, även kallat värdgraviditet eller assisterat moderskap, betyder att en kvinna blir gravid med avsikten att lämna över barnet till de tilltänkta föräldrarna. De som får hjälp av en surrogatmoder vill eller kan oftast inte bära och föda barn själva. De blivande föräldrarnas motiv till att använda sig av just surrogatmoderskap, och inte exempelvis adoption, är vanligtvis för att barnet ska få en genetisk koppling till dem själva.<sup>33</sup> Om en donerande kvinna skulle bli moder åt ett barn som har fötts av en annan kvinna, så kallas det för surrogatmoderskap.

Det finns partiellt och fullständigt surrogatmoderskap. Partiellt surrogatmoderskap innebär att det är surrogatmoderns eget ägg som befruktas av spermier från antingen en av de blivande föräldrarna eller från en donator. Det är då surrogatmodern som blir både biologisk och genetisk moder. Ett fullständigt surrogatmoderskap innebär således att ett befruktat ägg förs in i surrogatmodern. Både ägg och spermier kommer då från de blivande föräldrarna eller är donerade. Surrogatmodern blir biologisk moder, men genetisk moder blir den kvinna vars ägg har befruktats och förts in.<sup>34</sup>

Surrogatmoderskapet kan sedan vara antingen altruistiskt eller kommersiellt. Vid ett altruistiskt surrogatmoderskap utgår som mest ersättning till surrogatmodern för de kostnader som uppstår i förhållande till graviditeten, såsom läkarbesök m.m. Vid ett kommersiellt surrogatmoderskap får surrogatmodern viss ersättning utöver de nödvändiga kostnaderna. I många fall där kommersiellt surrogatmoderskap arrangeras får även kliniken som genomför

---

<sup>31</sup> Se mer i avsnitt 2.4.

<sup>32</sup> Prop. 2001/02:89, s. 46f.

<sup>33</sup> Mägi & Zimmerman, s. 164.

<sup>34</sup> Prop. 2017/188:155, s. 40.

behandlingen viss ersättning. Det händer dessutom att ersättning betalas ut till den organisation som har sett till att de blivande föräldrarna har fått kontakt med kliniken och surrogatmodern.<sup>35</sup>

I Sverige är surrogatmoderskap varken förbjudet eller reglerat i lag. Anledningen till att det inte är reglerat är för att ett sådant beslut innehåller många viktiga avväganden för lagstiftaren. Dessa avväganden är bland annat gränsen för att låta en individ ta ett eget beslut, vilka familjekonstellationer som bör ges möjlighet att bli föräldrar, om det är berättigat att låta en moder att på förhand bestämma sig för att lämna bort ett barn samt att surrogatmoderskap kan anses utnyttja kvinnor och att kvinnokroppar ses som varor.<sup>36</sup> Över åren har surrogatmoderskap diskuterats flitigt i utredningar och förarbeten, men lagstiftaren har var gång kommit fram till att lämna området oreglerat. En utredningskommitté diskuterade så sent som 2016 huruvida surrogatmoderskap borde tillåtas i svensk hälso- och sjukvård eller inte. Förutom att förhålla sig till samma argument från tidigare utredningar, menade utredningskommittén att det av existensen av reglerna om assisterad befruktning i LGI följer att surrogatmoderskap inte får genomföras med hjälp av assisterad befruktning i den svenska hälso- och sjukvården. Reglerna om assisterad befruktning syftar inte till att främja surrogatmoderskap enligt utredningskommittén. Hälso- och sjukvården i Sverige ska således inte utföra en assisterad befruktning, om den görs med avsikten att vara ett surrogatmoderskap.<sup>37</sup>

## 2.3 Faderskap

Ett föräldraskap kan vara moderskap eller faderskap. Till skillnad från moderskapet, så är faderskapet reglerat i lag. Om en kvinna som föder ett barn är gift med en man vid barnets födelse blir mannen automatiskt barnets fader,<sup>38</sup> enligt principen om *pater est quem nuptiae demonstrant*. Principen betyder att fadern är den äktenskapet utpekar.<sup>39</sup> Detta kallas för faderskapspresumtionen, då fadern till ett barn presumeras vara moderns make enbart genom att de är gifta. När faderskapspresumtionen gäller finns det därmed ingen garanti för att det

---

<sup>35</sup> Prop. 2017/18:155, s. 40.

<sup>36</sup> Mägi & Zimmerman, s. 165.

<sup>37</sup> SOU 2016:11, s. 361f.

<sup>38</sup> 1 kap. 1 § FB.

<sup>39</sup> Ryrstedt, E., *Den genetiska utvecklingens familjerättsliga implikationer*, i: SvJT 2003: 554-576, s. 568.



alltid är den genetiska fadern som får den rättsliga status som fader. Det görs ingen prövning av de faktiska omständigheterna om det inte finns några synnerliga skäl, se mer nedan.

En talan om ett hävande av faderskapspresumtionen ska föras om det föreligger vissa specifika situationer. Den första situationen är om det är klarlagt att modern till barnet har haft samlag med en annan man än hennes make under den tid då barnet kan vara avlat. Det ska även vara sannolikt att barnet har avlats av den andra mannen. Vid den andra situationen ska det vara bevisat att det genom barnets arvsanlag inte är maken som är barnets fader. En DNA-undersökning är vanligen en sådan bevisning. Det kan även anses vara bevisat att maken inte är barnets fader genom en annan särskild omständighet, exempelvis genom att makarna inte har haft samlag under konceptionstiden eller att maken är steril. Den tredje situationen där faderskapspresumtionen ska hävas är om barnet har avlats innan makarna gifte sig eller under en tid när makarna inte levde tillsammans, samtidigt som det inte är sannolikt att makarna har haft samlag med varandra under den tid då barnet kan vara avlat. Om maken till modern skulle godkänna en annan mans faderskapsbekräftelse, se mer om det nedan, så är det därigenom fastställt att maken inte är fader till barnet. Modern måste i denna situation alltid godkänna bekräftelsen skriftligt.<sup>40</sup>

### 2.3.1 Faderskap genom dom eller bekräftelse

Om modern vid barnets födsel inte är gift ska faderskapet fastställas genom dom eller bekräftelse. Det gäller även om modern är gift med en man, men han inte anses vara fadern enligt någon av de specifika situationerna som har redogjorts för ovan.<sup>41</sup>

När faderskapet fastställs genom en bekräftelse görs det skriftligen och bevittnas av två personer. Sedan ska bekräftelsen godkännas skriftligen av både socialnämnden och modern till barnet. Godkännandet av socialnämnden får endast ske om det kan antas att mannen som ska bekräftas som fader till barnet är fadern. En faderskapsbekräftelse får även göras innan barnet föds. Om det sedan visar sig att mannen som har bekräftat faderskapet inte är fader till barnet, ska rätten förklara att bekräftelsen inte har någon verkan mot honom.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> 1 kap. 2 § FB.

<sup>41</sup> 1 kap. 3 § 1 st. FB.

<sup>42</sup> 1 kap. 4 § FB.

När faderskapet istället ska fastställas genom dom förklaras en man vara fader vid tre särskilda situationer. Den första situationen är när det är klarlagt genom en DNA-undersökning att mannen är barnets fader. Den andra situationen är när det är bevisat att mannen har haft samlag med modern under konceptionstiden och det är sannolikt att barnet har tillkommit genom samlaget. Den tredje situationen gäller när mannens spermier har använts vid en insemination<sup>43</sup> eller vid befruktning utanför kroppen<sup>44</sup> under den tid då barnet kan ha tillkommit, samtidigt som det är sannolikt att barnet har tillkommit genom behandlingen. Om mannen däremot är spermiedonator enligt 6 eller 7 kap. LGI, så kan han inte fastställas som fader genom dom.

Faderskap fastställs inte alls för en man om följande kriterier är uppfyllda:

1. Mannens spermier har använts vid en insemination eller befruktning enligt LGI<sup>45</sup> eller vid en inrättning i utlandet och barnet har rätt till uppgifterna om spermiedonatorn,
2. modern var en ensamstående kvinna vid behandlingen,<sup>46</sup> och
3. det är sannolikt att barnet har tillkommit genom behandlingen.<sup>47</sup>

Om alla dessa kriterier är uppfyllda ska inte mannen vars spermier har använts vid befruktningen fastställas som fader. Det hindrar dock inte en spermiedonator från att bekräfta faderskapet.<sup>48</sup>

### 2.3.2 Insemination och befruktning utanför kroppen

En insemination innebär att föra in spermier i en kvinna på ett konstlat vis.<sup>49</sup> För att få donera spermier behöver donatorn vara myndig. Vid en donation ska donatorn lämna ett skriftligt samtycke, som får återkallas fram till dess att en insemination med spermierna har skett.<sup>50</sup> Skulle en kvinna vara aktuell för insemination får det endast utföras om kvinnans eventuella make eller sambo ger sitt samtycke skriftligen.<sup>51</sup> Det är en läkare som väljer en lämplig spermiedonator när en kvinna ska insemineras med spermier från en man som inte är hennes

---

<sup>43</sup> Se mer i avsnitt 2.3.2.

<sup>44</sup> Ägg befruktas med spermier utanför kroppen innan de förs in i en livmoder.

<sup>45</sup> 6 eller 7 kap. i LGI.

<sup>46</sup> Se definitionen av ensamstående kvinna i 1 kap. 5 § LGI.

<sup>47</sup> 1 kap. 3 § 2 st. FB.

<sup>48</sup> 1 kap. 3 § 3 st. FB.

<sup>49</sup> 6 kap. 1 § LGI.

<sup>50</sup> 6 kap. 1 a § LGI.

<sup>51</sup> 6 kap. 1 b § LGI.

make eller sambo. Innan en insemination ska utföras så görs en särskild prövning.<sup>52</sup> Donatorns uppgifter ska sparas i en journal och sedan bevaras i minst 70 år.<sup>53</sup> Uppgifterna om donatorn kan senare begäras ut av barnet som har blivit till genom inseminationen. Barnet har rätt att ta del av uppgifterna när det har uppnått en tillräcklig mognad.<sup>54</sup>

När en man donerar spermier som ska användas vid en befruktning utanför kroppen, måste han vara myndig och ha lämnat sitt skriftliga samtycke. Samtycket kan, precis som vid donation till insemination, återkallas fram till dess att befruktning har skett.<sup>55</sup>

När en befruktning utanför kroppen ska ske görs samma särskilda prövning som vid äggdonation.<sup>56</sup> Läkaren väljer ut en lämplig spermiedonator och uppgifterna om donatorn ska sparas i minst 70 år.<sup>57</sup> Barnet som har kommit till genom en befruktning utanför kroppen med donerade spermier har rätt att få tillgång till uppgifterna om donatorn, vilket får ske när barnet har uppnått en tillräcklig mognad.<sup>58</sup>

En man som är sambo eller make till modern som har genomgått insemination eller befruktning utanför kroppen, anses vara barnets fader om han har lämnat sitt samtycke till behandlingen. Det ska även vara sannolikt att barnet har kommit till genom inseminationen eller befruktningen. Skulle behandlingen genomföras med spermier från någon annan än moderns make eller sambo, ska maken eller sambon anses vara barnets fader endast om behandlingen utförs enligt LGI<sup>59</sup> eller vid en behörig uträttning utomlands samtidigt som barnet har rätt att få uppgifter om spermiedonatorn. Moderns make eller sambo ska också ge sitt samtycke till att modern behandlas med en annan mans spermier.<sup>60</sup>

## 2.4 Adoption

Ett barn kan få nya föräldrar med hjälp av adoption. En adoptions rättsverkningar medför att adoptivföräldrarna fastställs som rättsliga föräldrar samtidigt som de juridiska kopplingarna

---

<sup>52</sup> Se mer om lämplighetsprövningen i avsnitt 2.1.1.2 om äggdonation.

<sup>53</sup> 6 kap. 4 § LGI.

<sup>54</sup> 6 kap. 5 § LGI.

<sup>55</sup> 7 kap. 2 § LGI.

<sup>56</sup> Se avsnitt 2.1.1.2 och 7 kap. 5 § LGI.

<sup>57</sup> 7 kap. 6 § LGI.

<sup>58</sup> 7 kap. 7 § LGI.

<sup>59</sup> 6 eller 7 kap. LGI.

<sup>60</sup> 1 kap. 8 § FB.

till tidigare föräldrar försvinner. En adoption innebär alltid att någon tar över föräldraskapet och det är otillåtet att säga upp sitt rättsliga föräldraskap till ett barn utan att någon tar över det. Vid en s.k. närståendeadoption adopterar en person sin makes eller sambos barn. I dessa fall kommer maken eller sambon stå kvar som förälder, samtidigt som den andra förälderns juridiska kopplingar till barnet försvinner.<sup>61</sup> Skulle ett barn födas genom surrogatmoderskap i Sverige blir den födande kvinnan rättslig moder enligt principen om mater est. Det enda sättet som generellt sett finns idag för den tilltänkta modern att bli rättslig förälder är genom adoption.

Barnets bästa är utgångspunkten i ett adoptionsförfarande samtidigt som omständigheterna ska tala för att en adoption är lämplig. En adoption är lämplig framförallt om barnets behov av en adoption och sökandens lämplighet att adoptera talar för det.<sup>62</sup> Det är socialnämndens ansvar att göra denna utredning. Utredningen ligger sedan till grund för tingsrätten som tar beslut om adoptionen ska godkännas eller inte.<sup>63</sup>

Ett barn får däremot adopteras först när barnets förälder eller föräldrar som är vårdnadshavare har samtyckt till adoption, med vissa undantag.<sup>64</sup> Det finns även en begränsning i lag som säger att ett samtycke från den kvinna som nyss har fött ett barn får lämnas först när hon har ”återhämtat sig tillräckligt efter barnets födelse”,<sup>65</sup> vilket oftast anses vara ett par veckor.<sup>66</sup> En annan begränsning som finns i lag gällande adoptioner är förbudet mot att någon ersättning får utgå för barnet. Adoptionsansökan ska inte godkännas om det framkommer att det har utfästs ett löfte om ersättning från någon sida eller har avtalats om bidrag till barnets underhåll. Sådana avtal och löften är utan verkan.<sup>67</sup> Syftet med förbudet är att förhindra handel med barn.<sup>68</sup>

---

<sup>61</sup> 4 kap. 21 § FB och Mägi & Zimmerman, s. 197.

<sup>62</sup> 4 kap. 1 § och 4 kap. 2 § FB.

<sup>63</sup> Mägi & Zimmerman, s. 200.

<sup>64</sup> Se mer i 4 kap. 8 § FB.

<sup>65</sup> 4 kap. 9 § FB.

<sup>66</sup> Mägi & Zimmerman, s. 201.

<sup>67</sup> 4 kap. 10 § FB.

<sup>68</sup> Mägi & Zimmerman, s. 201.

Ett barn som har blivit adopterat har, som tidigare har nämnts i arbetet,<sup>69</sup> rätt att få reda på det av sina föräldrar. Barnet ska få reda på adoptionen så snart föräldrarna anser att det är lämpligt.<sup>70</sup>

## 2.5 Rättspraxis

### 2.5.1 NJA 1949 s. 144 – Bureåfallet

I Bureåfallet förväxlades två pojkar vid födseln i en sjukstuga. Det var inte förrän några år senare som föräldraparet till en av pojkarna började ana att en förväxling hade skett. Det gjordes då en medicinsk undersökning, vilken visade att det sannerligen hade skett en förväxling. Samma föräldrapar ansökte sedan i häradsrätten<sup>71</sup> om att pojkarna skulle byta tillbaka och bo hos sina biologiska och genetiska föräldrar. Det andra föräldraparet ville inte detsamma och motsatte sig ett eventuellt byte. Häradsrätten, och senare även hovrätten och Högsta domstolen, höll emellertid med det första föräldraparet. Samtliga instanser ansåg att det var klarlagt att pojkarna hade förväxlats vid födseln och att de skulle byta tillbaka till sina biologiska och genetiska föräldrar. När Högsta domstolen fastställde häradsrättens dom hade pojkarna hunnit bli sju år gamla.

Bureåfallet är unikt på så vis att det var det första rättsfallet där ett moderskap fastställdes och en medicinsk undersökning var grunden till det. Det var även första gången det i rättspraxis fördes en talan om moderskap, trots att det fanns en moder registrerad hos folkbokföringsmyndigheten. Rättsfallet visar också rättsinstansernas inställning till tyngden av de genetiska anlagen. Pojkarna hade vuxit upp och levt hos de personer som de trodde var sina biologiska och genetiska föräldrar i sju års tid, men det sociala föräldraskapet fick ändå vika sig för det genetiska och biologiska.

### 2.5.2 JO 1989/90 – Enköpingsfallet

I det som kallas Enköpingsfallet<sup>72</sup> hittades ett övergivet flickebarn i ett trapphus. Polisen sökte efter flickans moder och hittade till sist en kvinna som bedömdes vara den biologiska modern. Kvinnan erkände efter ett tag att det var hon som var flickans biologiska moder, vilket även

---

<sup>69</sup> Se avsnitt 2.1.1.2.

<sup>70</sup> 4 kap. 23 § FB.

<sup>71</sup> Första rättsinstansen.

<sup>72</sup> JO 1989/90 *Enköpingsfallet*, s. 223-229.

styrktes av ett blodprov. Kvinnan förklarade att hon övergav flickan för att hon inte ville ta hand om henne och därmed inte heller bli registrerad som hennes moder. Socialnämnden ansåg då att den inte hade en skyldighet att utreda och fastställa moderskapet för flickan, eftersom det inte fanns lagstöd för det. Det ledde till att pastorsämbetet enbart gjorde en notering om flickans födelse i folkbokföringen, utan att nämna något om modern.

Även om fallet inte gick till rätten, så gav JO kritik till socialnämnden. JO ansåg att det visserligen inte fanns skäl att väcka tala om fastställelse av moderskap, då myndigheterna hade vetskap om vem modern var. Däremot menade JO att en anmälan av moderskapet till folkbokföringsmyndigheten hade varit det bästa med hänsyn till barnets rätt till sitt ursprung. Enligt JO skulle det rätta ha varit om socialnämnden testade att göra en anmälan av moderskapet mot moderns vilja. JO ansåg att socialnämnden borde vara skyldig att utreda vem som har fött ett barn, då det skulle vara att ”ingripa till ett barns skydd”<sup>73</sup>.

Fallet visar på JO:s vilja att fastställa det biologiska moderskapet för ett barn, oavsett vad modern själv vill. JO anser att barnets intresse av att ha en moder fastställd och därmed dess rätt till sitt ursprung, väger tyngre än moderns egen vilja.

### 2.5.3 NJA 2006 s. 505

Rättsfallet behandlar en historia där en kvinna (A) ansökte om adoption av sin makes (B) barn. Barnet föddes av en surrogatmoder (C), där ägget kom från den sökande kvinnan A och spermier från den sökande kvinnans make B. Maken B var även broder till surrogatmodern C. Behandlingen med embryot<sup>74</sup> genomfördes i Finland, då assisterad befruktning inom surrogatarrangemang var tillåtet där.

När surrogatmodern C födde barnet bekräftade maken B faderskapet och blev sedan barnets ensam vårdnadshavare. Den genetiska modern A och fadern B var från barnets födsel de som tog hand om barnet, då syftet med surrogatarrangemanget var att kvinnan A skulle bli rättslig förälder genom en adoption i Sverige. När barnet var ca två år gammalt ansökte kvinnan A i tingsrätten om att få adoptera barnet. Både fadern B och surrogatmodern C samtyckte till adoptionen och tingsrätten godkände adoptionsansökan för kvinnan A. Det som

---

<sup>73</sup> Enköpingsfallet, s. 227.

<sup>74</sup> Ett embryo är ett ägg som har befruktats med spermier utanför kroppen.

sedan hände var att fadern B överklagade tingsrättens beslut till hovrätten. Fadern B menade att adoptionsansökan skulle lämnas utan bifall. Som skäl anförde fadern B att han var vårdnadshavare och att han, men även surrogatmodern C, inte längre samtyckte till adoptionen. När hovrätten skulle ta ställning till huruvida adoptionen skulle gå igenom eller inte, låg fadern B:s samtycke till grund för beslutet. Hovrätten menade att adoptionen inte kunde genomföras utan fadern B:s samtycke, då det inte längre förelåg lagliga förutsättningar för att bifalla ansökan. Därmed beviljades inte adoptionen i hovrätten.

Kvinnan A överklagade beslutet till Högsta domstolen. Inför processen la kvinnan A till ett yrkande, vilket var att hon skulle fastställas som barnets moder. Hon yrkade att ett eventuellt avslag av överklagandet skulle innebära att barnet frånhändes sin riktiga moder, vilket skulle vara i strid mot Barnkonventionens artikel 3 om barnets bästa. Högsta domstolen följde hovrätten och avtog kvinnan A:s yrkanden. Högsta domstolen motiverade avslaget med att adoptionen inte kunde beviljas utan samtycke från barnets båda föräldrar, vilket var fadern B och surrogatmodern C. Att kvinnan A är barnets genetiska moder hade ingen betydelse i denna fråga enligt domstolen. Domstolen hänvisade i domskälen till ett rättsfall från 1973 i vilket det tydliggjordes vad som ska gälla när en förälder återkallar sitt samtycke i en adoptionsprocess.<sup>75</sup> I fallet framkom att ett beslut om adoption som togs av underrätten ska upphävas av en högre instans i de fall en förälder under processen i den högre instansen drar tillbaka sitt samtycke som denne gav under processen i underrätten. Sammanfattat kom domstolen i det fallet fram till att samtycke till adoption ska finnas vid den tidpunkt som prövningen av adoptionsansökan behandlas. Trots att vissa olikheter fanns mellan 1973 års fall och 2006 års fall, så följde domstolen i 2006 års fall rättspraxis och menade att samtycke inte förelåg. Vidare kunde inte ett fastställande av moderskap för kvinnan A prövas, då målet handlade om adoption.

Två av justitieråden var emellertid skiljaktiga och ansåg att det faktum att fadern B och surrogatmodern C återkallat sina samtycken inte borde vara hinder för kvinnan A:s adoption. Surrogatmodern C:s återkallelse ansågs däremot inte vara ett hinder, eftersom hon inte var barnets vårdnadshavare. Att hon ändrade sin åsikt om adoptionen skulle emellertid vägas in till viss del vid adoptionens lämplighetsprövning. Fortsättningsvis menade de skiljaktiga justitieråden att surrogatmoderskap överlag inte var eftersträvansvärt, men att detta falls

---

<sup>75</sup> Se NJA 1973 s. 62.

omständigheter varken var av olämplig karaktär eller avsåg ett olämpligt syfte. Därför borde hänsyn ha tagits till att ett avslag av adoptionsansökan ledde till att kvinnan A inte på rättslig väg skulle ha rätt till vårdnad av eller umgänge med barnet. Kvinnan A hade under hela barnets liv varit modern, bara inte i avseendet rättslig moder. De skiljaktiga justitieråden refererade till barnets bästa i artikel 3 i Barnkonventionen<sup>76</sup> och rätt till skydd för privat- och familjeliv i artikel 8 i Europakonventionen<sup>77</sup>. De menade bland annat att det återkallade samtycket inte borde vara ett hinder enligt barnets bästa, då syftet med adoptionen var att det genetiska och det faktiskt utövade föräldraskapet skulle stämma överens med det rättsliga föräldraskapet. Det skulle enligt de skiljaktiga justitieråden fortfarande ske en lämplighetsprövning i själva adoptionsprocessen, vilket hade gett domstolen en möjlighet att i det skedet besluta om kvinnan A skulle få sin adoptionsansökan beviljad eller inte.

Vidare behandlade de skiljaktiga justitieråden argumentet om samtycke enligt 1973 års fall. De skiljaktiga förklarade att varken 1973 års fall eller bestämmelsen<sup>78</sup> som reglerade en makes samtycke var aktuella i detta fall, eftersom det denna gång gällde en adoption av ett eget genetiskt barn. De menade att principen som fick uttryck i 1973 års fall till viss del var förlegad, trots att det inte fanns någon grundregel för när det ska vara aktuellt att frånga kravet av samtycke.<sup>79</sup>

Sammantaget ville de skiljaktiga justitieråden avgöra fallet genom att belysa kvinnan A:s minskade möjlighet att i framtiden få vårdnad och umgänge med barnet om hon inte blev rättslig förälder. De skiljaktiga menade att fadern B:s återkallade samtycke endast skulle ha beaktats, utan att vara helt avgörande. De ansåg också att det vid adoptionens lämplighetsprövning skulle ha tagits hänsyn till att avsikten med adoptionen var att det genetiska, det faktiska och det rättsliga föräldraskapet skulle stämma överens. Vid en sammanlagd bedömning ansåg de skiljaktiga att det återkallade samtycket från fadern B med beaktande av barnets bästa inte skulle ha utgjort ett hinder för en beviljad adoption.

---

<sup>76</sup> FN:s konvention om barnets rättigheter (1989).

<sup>77</sup> Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

<sup>78</sup> Dåvarande 4 kap. 3 § FB, nuvarande 4 kap. 6 § FB.

<sup>79</sup> Singer, A., *Mater semper certa est?*, i: JT 2006-07, nr 2: 424-431, s. 428.



#### 2.5.4 Högsta domstolen mål nr. Ö 3462-18 – HD-målet

HD-målet handlar om ett fall där kvinnan E och hennes dåvarande sambo J använde sig av den amerikanska surrogatmodern C i USA. Mannen J:s spermier användes för att befrukta ett donerat ägg som sedan fördes in surrogatmodern C:s livmoder. I augusti föddes barnet A i USA och kvinnan E hade redan innan födseln i en amerikansk domstol ansökt om att bli rättslig förälder till barnet A. Kvinnan E förklarades vara rättslig förälder till barnet A och grunden till beslutet var ett avtal som hade skrivits mellan kvinnan E och surrogatmodern C.

När kvinnan E och mannen J separerade 2016 kom barnet A att bo i Sverige med kvinnan E. Tingsrätten avgjorde genom dom under hösten 2017 att mannen J var fader till barnet A. Det som sedan hände var att kvinnan E ansökte om adoption av barnet A. Ett beviljande av kvinnan E:s adoptionsansökan skulle enligt svensk rätt leda till att de rättsliga banden mellan barnet A och fadern J försvann. Av den anledningen avslag både tingsrätten och hovrätten kvinnan E:s adoptionsansökan, men kvinnan E överklagade till Högsta domstolen som skulle komma med en annan utgång i målet. Först och främst konstaterade Högsta domstolen att huvudregeln i svensk rätt är att en utländsk dom varken har rättskraft eller kan verkställas i Sverige om det inte finns uttryckligt stöd i lagen. Något sådant lagstöd fanns inte i detta mål. Högsta domstolen menade däremot att familjerättsliga förhållanden är unika, vilket öppnar upp för ett visst utrymme att erkänna statusdomar<sup>80</sup> trots att det inte finns något lagstöd.

Högsta domstolen fortsatte sedan sitt anförande med att lyfta de medicinsk-tekniska framsteg som utmanar den traditionella principen om mater est. Samtidigt framhöll domstolen också de etiska aspekter kring surrogatmoderskap som framhålls i prop. 2017/18:155, som exempelvis förhållandet mellan den födande kvinnan och barnet samt risken för kommersialisering av sådana arrangemang. Domstolen började således domskälen med att framhäva de tunga argument som säger emot erkännanden av utländska surrogatdomar, vilka var att det i svensk rätt saknas lagstöd samt att den svenska lagstiftningen inte stödjer handel med organ och könsceller. Trots de starka argumenten som talade emot ett erkännande, problematiserade Högsta domstolen ändå ett nekande av sådana erkännanden: dessa statusdomar berör vilka vi är som människor och domstolen menade att den rättsliga frågan aktualiserar värdeavvägningar som behöver göras.

---

<sup>80</sup> Statusdomar är domar där exempelvis rättsliga familjeförhållanden fastställs eller erkänns.

Domstolen fortsatte diskussionen med att väga in barnets skydd för sina rättigheter, vilket framförallt innebar att barnets bästa ska beaktas i alla beslut som handlar om ett barn. Från detta konstaterande gick domstolen över till att lyfta hur Europadomstolen har behandlat surrogatmoderskap i sina domar och i det rådgivande yttrandet. Europadomstolen har genom barnets *rätt till privatliv*<sup>81</sup> gett stor betydelse till att barnet ska få sin relation till modern erkänd i det land som ska vara hemvistlandet. Däremot är det till viss del upp till staterna själva att bestämma hur lagstiftningen ska konstrueras.<sup>82</sup> Rättigheter har olika stor tyngd och Högsta domstolen konstaterade i domen att erkännanden om familjerättsliga förhållanden hör till barnets rätt till privatliv, som därmed väger tungt. Enligt domstolen är således barnets rättsliga relation till kvinnan E väldigt viktig.

Fortsättningsvis framhävde Högsta domstolen de betydande nackdelar som ett uteblivet erkännande kunde leda till. Utan ett erkännande finns det en risk för att ett barn inte tillerkänns samma nationalitet som den tilltänkta modern, vilket resulterar i att det blir svårare för barnet att vara kvar i kvinnans hemland. Ytterligare en risk som uppstår är att barnet kan komma att stå utan skydd i de fall den tilltänkta modern inte tar hand om barnet. Enligt både Högsta domstolen och Europadomstolen kräver dessa nackdelar dock att det finns en etablerad relation mellan den tilltänkta modern och barnet. Skulle det inte finnas en etablerad relation, så kan det enligt domstolarna inte heller uppstå någon skada. Det innebär emellertid att ju starkare relation den tilltänkta modern och barnet har hunnit få, desto mer ska det luta åt ett erkännande.

Högsta domstolen använde sig av dessa generella diskussioner och applicerade dem på målet med kvinnan E och barnet A. När målet var uppe i Högsta domstolen hade barnet A hunnit bo i Sverige i fyra år och hade sin hemvist där. Domstolen påpekade att de fyra åren var så pass tidigt i barnet A:s liv och under den tiden hade barnet A hunnit bygga upp ett familjeliv med kvinnan E. Relationen mellan kvinnan E och barnet A hade blivit en realitet i praktiken, samtidigt som den inte hade blivit erkänd av svenska myndigheter. Domstolen menade att det uteblivna erkännandet påverkade barnet A:s identitet och rätt till privatliv på ett ingripande sätt. De nackdelar som domstolen hade framhåvt vägde så pass tungt att det inte fanns något annat alternativ än att barnet A hade rätt att få relationen med kvinnan E som moder erkänd

---

<sup>81</sup> Artikel 8 i Europakonventionen, se mer i avsnitt 3.1.5.

<sup>82</sup> Se mer i avsnitt 3.1.2.

även i Sverige. Eftersom en adoption hade upphävt barnet A:s rättsliga relation till fader J, så var ett erkännande nödvändigt med hänsyn till barnets bästa.

Högsta domstolen framförde i ett särskilt tillägg att det fanns frågor som var aktuella för lagstiftaren att undersöka och bemöta. I och med erkännandet av den utländska surrogatdomen kan inte barnets rätt till kunskap om sitt ursprung garanteras och det sker inte heller någon lämplighetsprövning av den tilltänkta modern, som bland annat görs vid adoption och innan assisterad befruktning.

Slutsatsen av målet är att ett erkännande av surrogatdomar ska erkännas när barnets rätt till privatliv åsidosätts, vilket sker om ett barn kan gå miste om en relation till en kvinna som har agerat som moder under en betydande tid. Hur länge barnet har haft en etablerad relation till den tilltänkta modern spelar således en stor roll. Utifrån målet går det även att dra slutsatsen att om adoption är ett alternativ, det vill säga att det kan ske utan att upphäva barnets rättsliga relation till fadern, så kommer en surrogatdom med största sannolikhet inte erkännas i Sverige. Högsta domstolen visade dessutom vid ett flertal tillfällen i domskälen att denna dom inte innebär en generell rätt att få surrogatmoderskap erkända.

## **2.6 Sammanfattning av moderskap och faderskap**

Följande avsnitt är en sammanställning av vem som blir moder respektive fader vid donation av könsceller. Alla utfall är gjorda med förutsättningarna att ett skriftligt samtycke har lämnats när det är nödvändigt och att befruktningen har utförts enligt svenska bestämmelser.

### *1. Äggdonation och spermier från sambo eller maken*

En kvinna mottar donerade ägg från en annan kvinna och dessa ägg befruktas med spermier från den mottagande kvinnans sambo eller make. Befruktningen måste ske utanför kroppen eftersom äggen är donerade. Det är då kvinnan som föder barnet som blir moder och hennes sambo eller make blir barnets fader.

### *2. Äggdonation och spermiedonation*

En kvinna mottar donerade ägg från en annan kvinna och dessa ägg befruktas med spermier från en donator. Befruktningen måste ske utanför kroppen eftersom äggen är donerade. Kvinnan som föder barnet blir moder. Fader blir kvinnans make eller sambo om han har

lämnat samtycke till donationen och befruktningen. Om den födande kvinnan är ensamstående fastställs inte faderskapet, men det hindrar inte heller spermiedonatorn från att bekräfta faderskapet. Det finns således en möjlighet att välja om faderskapet ska bekräftas eller inte.

### *3. Egna ägg och insemination med spermier från maken eller sambon*

En kvinna mottar en insemination med spermier från sin make eller sambo. Den födande kvinnan blir moder. Kvinnans make eller sambo blir fader via fastställelse genom dom.

### *4. Egna ägg och insemination med donerade spermier*

En kvinna mottar en insemination med spermier från en donator. Den födande kvinnan blir moder. Kvinnans make eller sambo blir fader om han har samtyckt till inseminationen. Är den födande kvinnan ensamstående fastställs inte faderskapet, men det hindrar inte heller spermiedonatorn från att bekräfta faderskapet. Det finns således en möjlighet att välja om faderskapet ska fastställas eller inte.

### *5. Egna ägg och befruktning utanför kroppen med spermier från maken eller sambon*

En kvinnas ägg befruktas med spermier utanför kroppen från hennes make eller sambo. Den födande kvinnan blir moder. Kvinnans make eller sambo blir fader via fastställelse genom dom.

### *6. Egna ägg och befruktning utanför kroppen med donerade spermier*

En kvinnas ägg befruktas utanför kroppen med donerade spermier. Den födande kvinnan blir moder. Kvinnans make eller sambo blir fader om han har samtyckt till donationen och befruktningen. Är den födande kvinnan ensamstående fastställs inte faderskapet, men det hindrar inte heller spermiedonatorn från att bekräfta faderskapet. Det finns således en möjlighet att välja om faderskapet ska fastställas eller inte.

### *7. Kvinns ägg och spermier från hennes make eller sambo som placeras i en annan kvinna*

En kvinnas ägg befruktas med spermier från sin make eller sambo och det befruktade ägget placeras sedan i en annan kvinna. Befruktningen sker utanför kroppen då äggen är donerade. I denna situation blir utfallet samma som för ”äggdonation och spermiedonation”, trots att syftet med behandlingen är att kvinnan som donerade ägg ska bli moder och hennes man fader. Moder blir således den födande kvinnan. Även om syftet vore att överlämna barnet till

kvinnan och mannen som donerade könsceller, så måste det finnas ett samtycke för befruktningen från den födande kvinnans make eller sambo. Faderskapet fastställs således för den födande kvinnans make eller sambo. Skulle den födande kvinnan vara ensamstående fastställs inte faderskapet, men det hindrar inte heller mannen som är den tilltänkta fadern från att bekräfta faderskapet. Det kan således finnas en möjlighet att välja om faderskapet ska fastställas eller inte.

#### *8. Kvinns ägg och spermier från en donator som placeras i en annan kvinna*

En kvinnas ägg befruktas med spermier från en donator och det befruktade ägget placeras sedan i en annan kvinna. Befruktningen sker utanför kroppen då äggen är donerade. I denna situation blir utfallet samma som i *"äggdonation och spermiedonation"*, trots att syftet med behandlingen är att kvinnan som donerade ägg ska bli moder och hennes eventuella make eller sambo ska bli fader. Även om syftet vore att överlämna barnet till kvinnan och hennes eventuella make eller sambo, så måste det finnas ett samtycke till befruktningen från den födande kvinnans make eller sambo. Faderskapet fastställs således för den födande kvinnans make eller sambo. Skulle den födande kvinnan vara ensamstående fastställs inte faderskapet, men det hindrar inte heller spermiedonatorm från att bekräfta faderskapet. Det kan således finnas en möjlighet att välja om faderskapet ska fastställas eller inte.

Det finns ett antal möjliga utfall vid donation av könsceller, men det som är gemensamt för samtliga är att det alltid är den födande kvinnan som blir moder. Vem som sedan blir fader beror på vilka omständigheter som föreligger och det går även i vissa fall att "välja" om faderskapet ska fastställas. En man behöver inte ha någon genetisk koppling till ett barn i vissa utfall utan kan bara ha samtyckt till en befruktning och ändå bli fader. För att bli moder krävs det att kvinnan ska kunna bära och föda ett barn, utan någon möjlighet till undantag. En kvinna som har donerat ägg har en genetisk koppling till barnet, men kan inte bli rättslig moder vid födseln enligt svensk lag.<sup>83</sup> Samtidigt kan en man utan någon genetisk koppling till barnet bli fader.

---

<sup>83</sup> Se dock HD-målet.

## 3. Mänskliga rättigheter

### 3.1 Europakonventionen

#### 3.1.1 Tillkomst

Europakonventionen skrevs av Europarådet i efterdyningarna av andra världskriget. Europarådet skapades för att upprätthålla fred och försoning i Europa, vilket skulle ske genom en ömsesidig respekt för ett antal grundläggande fri- och rättigheter. Europarådets första uppgift var att skriva en konvention, som således kom att bli Europakonventionen.<sup>84</sup> Den skulle skydda de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna som FN hade stadgat i den allmänna förklaringen från 1948.<sup>85</sup>

Både enskilda medborgare och stater kan väcka talan vid Europadomstolen mot en stat som inte har respekterat sina förpliktelser enligt konventionen. Europadomstolen<sup>86</sup> har ansvar för att övervaka att konventionsstaterna respekterar de skyldigheter som konventionen medför. Europarådet har i sin tur ansvar för att kontrollera att Europadomstolens domar respekteras. Över åren har en omfattande praxis utvecklats av domstolen, som har till uppgift att visa hur konventionen ska tillämpas och tolkas. Domstolen erbjuder ett effektivt, kanske det mest effektiva, skydd för fri- och rättigheter.<sup>87</sup>

#### 3.1.2 Allmänna tolkningsprinciper

Europakonventionen i sig innehåller inte några instruktioner om hur den ska tolkas eller tillämpas. Istället har Europadomstolen utvecklat ett antal allmänna tolkningsprinciper i sin rättspraxis, vilka domstolen ofta återanvänder i sina beslut. Varje gång domstolen ska tolka en konvention ska den dessutom utgå ifrån Wienkonventionen om traktaträtten<sup>88</sup> (Wienkonventionen). I Wienkonventionen stadgas regler om traktaters tolkning och tillämpning som ligger till grund för domstolens tillämpning av konventioner. Några exempel på sådana regler är att tolkningen ska vara lojal och ärlig mot traktaten, dess ordalydelse, ändamål och syfte. Det finns även bestämmelser som förbjuder en retroaktiv tillämpning av

---

<sup>84</sup> Ehrenkrona, C-H (2016), *Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna – en kommentar*, Visby: Karnov Group, s. 9.

<sup>85</sup> FN, *The Universal Declaration of Human Rights* (1948).

<sup>86</sup> Den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna.

<sup>87</sup> Ehrenkrona, s. 7.

<sup>88</sup> FN, *Vienna Convention on the Law of Treaties* (1969).

en traktatförpliktelse. Förutom dessa regler finns stadganden i Wienkonventionen som anger vilka omständigheter som får tas hänsyn till vid traktatolkningen, såsom överenskommelser mellan parter som ingåtts sedan den antogs, konventionens förhållande till andra internationella rättsregler, efterföljande rättspraxis vid tillämpning av traktaten m.m.<sup>89</sup> Trots att det finns förarbeten till Wienkonventionen så ska de vid tolkningen endast ses som ett utfyllande medel med begränsad betydelse och ska bara användas i särskilda situationer.<sup>90</sup>

Vidare har Europadomstolen framhållit att Europakonventionen måste ses i sin helhet, eftersom det annars kan leda till att konventionsförpliktelser strider mot varandra. Domstolen undviker helst att hänvisa till konventionens förarbeten samt ändrings- och tilläggsprotokoll, då en sådan försiktighet följer av Wienkonventionen. Det finns även sammanställda kommentarer till de olika protokollen, *explanatory reports*, vilka anför hur staterna har tänkt sig att tolkningen och tillämpningen av reglerna ska se ut. Europadomstolen är noga med att framhäva den *dynamiska tolkningens princip*. Principen innebär att konventionen ska ses som ett levande instrument som ska tolkas i ljuset av samhällsutvecklingen och rättsutvecklingen i konventionsstaterna.<sup>91</sup>

Domstolen har framförallt utvecklat en viktig tolkningsprincip i form av *margin of appreciation*. Principen används vid tolkningen av de artiklar som ger ett övergripande skydd men den anger även i vilka situationer som intrång får ske i den skyddande rättssfären. Ett exempel på en sådan artikel är rätten till skydd för privat- och familjeliv (artikel 8)<sup>92</sup>. Principen ger lagstiftaren och rättstillämparen i konventionsstaterna ett utrymme att inom konventionens ram och efter eget omdöme göra de avvägningar som behövs. Hur stort detta utrymme är beror på sakens karaktär och vilket intresse som skyddas. Vid en tillämpning av *margin of appreciation* lutar domstolen på de avvägningar som konventionsstatens lagstiftare och rättstillämpare har gjort och godtar bedömningarna. Det är först när konventionsstaten går utanför denna ram som ett konventionsbrott föreligger. När det gäller avvägningar mot viktiga säkerhetsintressen i staten eller mot moral- och sedlighetsintressen har konventionsstaterna oftast ett stort utrymme att tillämpa efter sitt eget omdöme. *Margin of appreciation* används bland annat för att undvika att Europadomstolen blir en ”fjärde instans” formellt sett. Det gäller de enskilda fall där klaganden är otillfredsställd med konventionsstatens lagstiftning

---

<sup>89</sup> Ehrenkrona, s. 17.

<sup>90</sup> Se Vienna Convention on the Law of Treaties, från artikel 31.

<sup>91</sup> Ehrenkrona, s. 17.

<sup>92</sup> Se mer i avsnitt 3.1.5.

och tillämpningen av den, vilket oftast innebär att klaganden anser att det har förekommit en orättvis rättstillämpning eller att felvärdering av bevisning har skett i de olika nationella instanserna.<sup>93</sup>

En annan central princip är *proportionalitetsprincipen*, vilken genomtränger hela Europakonventionen och dess tolkning och tillämpning. Principen blir främst aktuell vid tillämpningen av de artiklar som innebär en rätt för konventionsstatens lagstiftare och rättstillämpare att göra avvägningar mellan vissa intressen. Dessa intressen är på ena sidan intresset av att upprätthålla skyddet för den enskilde och på andra sidan intresset av att kunna göra nödvändiga inskränkningar i detta skydd för att tillgodose allmänna intressen. Rätten till skydd för privat- och familjeliv är en av de artiklar där denna intresseavvägning ofta behöver göras. Proportionalitetsbedömningen görs när domstolen ska bedöma om intrånget i rättigheten är nödvändigt. Den skada som drabbar den enskilde vid ett rättighetsintrång ska alltid vägas mot det allmänintresse som staten vill tillfredsställa. Domstolen gör detta genom en rimlighetsavvägning.<sup>94</sup>

Europadomstolen ställer ibland krav på att konventionsstaten ska handla aktivt för att skydda den enskildes rättigheter. De flesta av bestämmelserna i konventionen är utformade så att de stadgar vad staten *inte* får göra mot den enskilde. Det uppkommer däremot situationer där det är nödvändigt att staten agerar aktivt till skydd för en rättighet så att skyddet för den upprätthålls. Dessa ageranden kallas för staten *positiva förpliktelser*. Konventionsstaten kan således ha positiva förpliktelser med avsikten att förhindra rättighetskränkningar.<sup>95</sup>

För att kunna avgöra vad som är ”gällande konventionsrätt” är det viktigt att konventionsstaterna följer den praxis som Europadomstolen utvecklar. Utvecklingen sker med de nämnda tolkningsprinciperna i tillämpningen. Utvecklingen sker ständigt i och med samhällets konstanta utveckling. Att följa Europadomstolens praxis är viktigt för såväl konventionsstatens lagstiftare som rättstillämpare. Europakonventionen får därmed sitt främsta innehåll genom domstolens praxis.<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> Ehrenkrona, s. 18.

<sup>94</sup> Ibid.

<sup>95</sup> Ibid, s. 19.

<sup>96</sup> Ibid.



### 3.1.3 Sverige

Europakonventionen ratificerades av Sverige redan år 1952, men blev svensk lag först år 1995.<sup>97</sup> Innan konventionen blev lag i Sverige ansågs det i äldre rättspraxis att konventionen inte var en del av svensk rätt, även om den skulle respekteras.<sup>98</sup> Senare rättspraxis gav dock konventionen en något ökad betydelse, där svenska författningar presumerades vara i enlighet med de internationella överenskommelser som Sverige hade tillträtt och därmed skulle tolkas i föredragsvänlig anda (den föredragskonforma tolkningens princip).<sup>99</sup> Vid ratificeringen på 1950-talet var det nämligen lagstiftarens uppgift att se till att de svenska reglerna inte stod i strid med konventionen. Lagstiftaren ansåg då att inga lagändringar var nödvändiga för att konventionen skulle kunna ratificeras.<sup>100</sup>

### 3.1.4 Eventuella konflikter

När konventionen blev svensk lag uppkom frågan hur en konflikt mellan konventionen och andra regler nu skulle hanteras. I förarbeten<sup>101</sup> konstaterades att svensk rätt i allmänhet presumeras stämma överens med konventionen. Det ansågs i förarbetena fortfarande vara upp till lagstiftaren och inte rättstillämparen att se till att svensk rätt överensstämmer med konventionens bestämmelser, vilket skulle vara ett fortlöpande ansvar.<sup>102</sup> Om en konflikt ändå hade uppkommit skulle 11 kap. 14 § i regeringsformen tillämpas, vilken säger att en lag som strider mot en grundlag eller annan överordnad bestämmelse inte får tillämpas. Innan år 2010 fanns det ett så kallat uppenbarhetsrekvisit i lagrummet.<sup>103</sup> Uppenbarhetsrekvisitet innebar ett krav på att en lag skulle stå i *uppenbar* strid med en grundlag eller annan överordnad bestämmelse för att lagen inte skulle tillämpas. Efter lagändringen blev det lättare för de svenska domstolarna att pröva frågor om konflikter mellan Europakonventionen och andra svenska lagar. Domstolarna i Sverige, framförallt de högsta instanserna, har visat en tendens att inte tillämpa svensk lag om domen riskerar att underkännas vid en potentiell granskning i

---

<sup>97</sup> Se lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

<sup>98</sup> Se bl.a. AD 1972 nr 5 och NJA 1973 s. 423.

<sup>99</sup> Se bl.a. NJA 1984 s. 903 och NJA 1994 s. 657.

<sup>100</sup> Ehrenkrona, s. 21.

<sup>101</sup> Bl.a. SOU 1993:40 Fri- och rättighetskommittén, *Inkorporering av Europakonventionen: delbetänkande*.

<sup>102</sup> Prop. 1993/94:117 *Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor*, s. 36.

<sup>103</sup> Se SFS 2010:1408 Lag om ändring i regeringsformen, 11 kap. 14 §.

Europadomstolen. De svenska domstolarna tillskriver därför konventionen en allt större betydelse i rättstillämpningen.<sup>104</sup>

Om en konflikt mellan konventionen och ett annat svenskt lagrum skulle uppstå ska vissa tolkningsprinciper vägleda domstolarna. För det första ska det klargöras om en konflikt verkligen har uppkommit eller om det kan vara en skenbar konflikt, vilken kan lösas med hjälp av den föredragskonforma tolkningens princip. Det är först när den svenska regeln är så pass entydig att det inte finns något utrymme för en sådan föredragskonform tolkning som en verklig lagkonflikt föreligger.<sup>105</sup>

Konventionen är inte antagen som en svensk grundlag och står därför inte över någon annan lag genom överordnad hierarki. För att avgöra vilken bestämmelse som ska tillämpas vid en konflikt mellan hierarkiskt jämställda lagar ska ledning istället sökas i andra tolkningsprinciper. Dessa tolkningsprinciper är framförallt *lex posterior* och *lex specialis*. *Lex posterior* innebär att yngre lag går före äldre lag, medan *lex specialis* innebär att en specialregel går före en allmänt hållen regel inom samma område oavsett ålder på bestämmelsen.<sup>106</sup> I ett remissyttrande från 1993 påpekade Högsta domstolen att ”en konvention om mänskliga rättigheter, även om den i den inhemska laghierarkin inte har en högre rang än vanlig lag, ändå bör på grund av sin speciella karaktär ges en särskild vikt i fall av konflikt med inhemska lagbestämmelser”<sup>107</sup>. Högsta domstolens kommentar i remissyttrandet ansågs emellertid vara omstritt och konstitutionsutskottet tog distans från det vid riksdagsbehandlingen.<sup>108</sup> Rättstillämparen kan dessutom företa en prövning med stöd av regeringsformen<sup>109</sup> när det gäller lagar som har antagits efter ikraftträdandet av konventionslagen. Med hjälp av denna prövning kan rättstillämparen åsidosätta lagar som strider mot grundlagens förbud mot konventionsstridig lagstiftning.<sup>110</sup>

---

<sup>104</sup> Danelius, H. (2015), *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 5 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik, s. 43f.

<sup>105</sup> Ehrenkrona, s. 22.

<sup>106</sup> Ibid.

<sup>107</sup> Ds 1993:90, remissyttrande 2 september 1993, s. 204.

<sup>108</sup> Se Konstitutionsutskottets betänkande 1993/94:KU24, s. 18ff.

<sup>109</sup> 2 kap. 19 § regeringsformen.

<sup>110</sup> Ehrenkrona, s. 22.

### 3.1.5 Rätten till skydd för privat- och familjeliv

I Europakonventionens artikel 8 regleras rätten till skydd för privat- och familjeliv. Artikelns i sin helhet lyder enligt följande:

1. *Var och en har rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.*
2. *Offentlig myndighet får inte ingripa i denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till den nationella säkerheten, den allmänna säkerheten eller landets ekonomiska välbefinnande, till förebyggande av oordning eller brott, till skydd för hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter.<sup>111</sup>*

Rätten till respekt i punkt 1 medför först och främst rätt till skydd mot godtycklig myndighetsutövning, vilket är en negativ skyldighet för staten. Det kan även medföra en positiv förpliktelse för staten att skydda rättigheten och att förhindra intrång i rättigheten som görs av ett enskilt rättssubjekt mot ett annat. Statens skyldigheter och förpliktelser gäller både förhållandet mellan en stat och en individ och mellan två individer.<sup>112</sup> I artikelns punkt 2 ställs tre förutsättningar upp för när inskränkningar i rättigheten enligt punkt 1 får göras. De tre förutsättningarna är: inskränkningen måste ha stöd i lag, inskränkningen måste ha ett av de legitima syften som nämns i punkt 2 och inskränkningen måste anses vara nödvändig för att tillgodose det legitima syftet.

Inskränkningen ska först och främst beröra minst ett av de fyra intressena: privatliv, familjeliv, hem eller korrespondens.<sup>113</sup> Inskränkningen behöver sedan ha stöd i lag genom att den är grundad på nationell lag och att den aktuella lagen når upp till vissa minimikrav gällande kvalitet och tydlighet. Det ska gå att förutse en rättighetsinskränkande tolkning av lagen och lagen ska även vara tillgänglig för allmänheten. Att det ska finnas stöd i lag innebär inte att lagen måste vara skriven, utan även etablerad praxis inkluderas. Inskränkningen ska sedan ha ett av de legitima syftena som räknas upp i artikelns punkt 2. Syftena har genom åren tolkats väldigt extensivt och har inkluderat specifika rättigheter som inte ens finns

---

<sup>111</sup> Hämtad 2019-11-10 från: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SWE.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SWE.pdf).

<sup>112</sup> Victor, D., *Svenska domstolars hantering av Europakonventionen*, i: SvJT 2013: 343-396, s. 381ff.

<sup>113</sup> European Court of Human Rights (Europadomstolen), *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, hämtad 2019-11-10 från: [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_8\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf), s. 7.

nämnda i artikeln.<sup>114</sup> Sedan är det upp till domstolen att bestämma vad som är nödvändigt för att tillgodose ett i och för sig legitimt syfte. Proportionaliteten ska även vara rimlig i förhållande till syftet som ska uppnås. Som nämnts tidigare i uppsatsen får dock konventionsstaterna ett visst utrymme för en sådan bedömning (margin of appreciation), som beroende på karaktären i målet är olika stor.<sup>115</sup>

Ett av de legitima syftena är intresset barnets bästa. Barnets bästa har i praxis antagits som ett acceptabelt skäl att ingripa i familjelivet för samhället, förutsatt att ingripandet bedöms vara nödvändigt och proportionerligt.<sup>116</sup> Europakonventionen innehåller däremot inte någon artikel som specifikt uttrycker principen om barnets bästa, men det är ändå en princip som Europadomstolen använder i sin tillämpning.<sup>117</sup> I avsnitt 3.2.1 finns en mer ingående beskrivning av principen.

### *3.1.5.1 Privat- och familjeliv*

Det kan vara svårt att ge både privat- och familjeliv entydiga definitioner, speciellt för situationer där äggdonation har förekommit. Begreppet familj har olika betydelser för olika personer samtidigt som begreppet ändras med tiden. Förr skulle familj förmodligen definieras av ett äktenskap med barn födda inom äktenskapet. Nu är det sannolikt att långt ifrån alla i samhället har den uppfattningen och att en familj istället kan bestå av många diverse konstellationer. Europadomstolens tolkning av begreppet familjeliv bedöms av omständigheterna i varje enskilt fall, där fokus ligger på att utreda om det finns nära och personliga band mellan de berörda parterna. Enligt domstolens praxis finns det däremot alltid ett sådant band mellan mödrar och deras barn, vilket således ger skydd för rätt till familjeliv enligt konventionen.<sup>118</sup> En sådan presumtion finns även för relationen mellan ett barn och en annan förälder, såsom vid adoption.<sup>119</sup> Fortsättningsvis har Europadomstolen i praxis kommit fram till att ett genetiskt band mellan två personer inte alltid är tillräckligt för att skydd för familjeliv ska tillämpas. I ett mål prövade domstolen om förhållandet mellan ett barn och en

---

<sup>114</sup> Se mer, hämtad 2019-11-10 från: [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_8\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf), s. 7.

<sup>115</sup> Ehrenkrona, s. 110.

<sup>116</sup> Ibid, s. 117.

<sup>117</sup> Se exempelvis *Nunez v. Norway*, mål nr. 55597/09, beslut 28 juni 2011, p. 84 och *Jeunesse v. Netherlands*, mål nr. 12738/10, beslut 4 december 2012, p. 118.

<sup>118</sup> *Marckx v. Belgium*, mål nr. 6833/74, beslut 13 juni 1979.

<sup>119</sup> *Söderbäck v. Sweden*, mål nr. 24484/97, beslut 28 oktober 1998.

spermadonator var en relation som skyddades av rättigheten.<sup>120</sup> Domstolen kom fram till att en sådan relation vanligtvis inte resulterar i skydd, men att det finns en möjlighet till det om det finns stöd för att barnet och donatorn även har ett personligt band. Vidare har domstolen i ett annat mål konstaterat att ett genetiskt förhållande inte behöver finnas för att en familjeanknytning ska kunna föreligga.<sup>121</sup> När det gäller andra typer av förhållanden med eventuella familjeband gör domstolen bedömningar utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.

Skulle ett förhållande mellan två personer inte ses som ett familjeband, kan det istället falla under definitionen privatliv.<sup>122</sup> Enligt Europadomstolen finns det ingen uttömmande lista över de förhållanden och situationer som går under begreppet privatliv. Det går däremot nämna några situationer som domstolen anser omfattas av begreppet. Rätten till privatliv medför generellt sett en rätt att etablera relationer med andra människor och med omgivningen. Två exempel på förhållanden som inte faller inom familjeliv, men däremot privatliv, är relationen mellan fosterbarn och fosterföräldrar samt relationer mellan människor som ännu inte har gift sig med varandra.<sup>123</sup> Trots att dessa relationer inte anses falla inom familjeliv, så anses de falla inom privatliv och ska således omfattas av skyddet i artikel 8.<sup>124</sup>

### 3.2 Barnkonventionen

En annan konvention som har stor betydelse i Sverige är FN:s Barnkonvention.<sup>125</sup> Barnkonventionen ratificerades av Sverige år 1990 och var från den tidpunkten folkrättsligt bindande, vilket innebar att inga svenska lagar fick strida mot Barnkonventionens regler. Det innebar också att de svenska lagreglerna skulle tolkas i ljuset av konventionsbestämmelserna.<sup>126</sup> Från 1 januari 2020 gäller Barnkonventionen som lag i

---

<sup>120</sup> G v. Netherlands, mål nr. 16944/90, beslut 8 februari 1993.

<sup>121</sup> X, Y & Z v. The United Kingdom, mål nr. 21830/93, beslut 22 april 1997.

<sup>122</sup> Se Kerkhoven v. Nederländerna, mål nr. 15666/89, beslut 19 maj 1992 och Kilkelly, U. (2001), *The right to respect for private and family life – A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbooks No. 1, Council of Europe, s. 18.

<sup>123</sup> Se mer i X v. Switzerland, mål nr. 8257/78, beslut 10 juli 1978 och Wakefield v. The United Kingdom, mål nr. 15817/89, beslut 1 oktober 1990.

<sup>124</sup> Kilkelly, s. 11.

<sup>125</sup> FN:s konvention om barnets rättigheter, artikel 3.1.

<sup>126</sup> Mägi & Zimmerman, s. 211.

Sverige. Det gör att rättstillämparen ska ta ännu större hänsyn till Barnkonventionen och rättigheterna som stadgas i den.<sup>127</sup>

### 3.2.1 Barnets bästa

I artikel 3 stadgas principen om barnets bästa. Den är en av fyra huvudprinciper i Barnkonventionen.<sup>128</sup> Principen innebär att det som är bäst för barnet ska beaktas i alla situationer och åtgärder där barnet är inblandat. Det gäller situationer och åtgärder som görs hos såväl offentliga som privata myndigheter och institutioner. I artikel 3 stadgas även ett ansvar för föräldrar, vårdnadshavare och andra personer som har det juridiska ansvaret för barnet att försäkra sig om att barnet får det nödvändiga skydd och omvårdnad som det behöver. Barnets bästa har beaktats först när frågor ses ur barnets perspektiv så långt som det är möjligt. Vad som är barnets bästa är en bedömning som kan, och enligt vissa borde, göras med hänsyn till både forskning och erfarenhet om barn generellt sett, men även omständigheter om ett barn i det individuella fallet.<sup>129</sup>

FN-kommittén om barnets rättigheter menar att principen om barnets bästa innefattar ett begrepp som är föränderligt över tid. Betydelsen och tolkningen av begreppet förändras således med tiden. Kommittén har förklarat att barnets bästa bedöms på olika vis i olika samhällen såväl som i olika kulturer och mellan olika barn.<sup>130</sup> Förutom att barnets bästa är ett föränderligt begrepp, så är det ett begrepp som även fungerar som vägledning för Barnkonventionens övriga artiklar. När en artikel i Barnkonventionen inte ger klarhet i hur den ska tillämpas används principen om barnets bästa som vägvisare, vilket visar på den starka ställning som principen har i konventionen.<sup>131</sup>

---

<sup>127</sup> Se Sveriges riksdag, *Inkorporering av FN:s konvention om barnets rättigheter*, hämtad 2019-11-10 från: [https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/arende/betankande/inkorporering-av-fns-konvention-om-barnets\\_H501SoU25](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/arende/betankande/inkorporering-av-fns-konvention-om-barnets_H501SoU25).

<sup>128</sup> De tre andra huvudprinciperna är: barns skydd mot alla former av diskriminering (artikel 2), barns rätt till liv och utveckling (artikel 6) och barns rätt att säga sin mening och få den respekterad (artikel 12). Källa: Utrikesdepartementet (2006), *Mänskliga rättigheter – konventionen om barnets rättigheter*, Stockholm: Edita Norstedts Tryckeri AB, s. 10.

<sup>129</sup> Mägi & Zimmerman, s. 211.

<sup>130</sup> SOU 1997:116, Socialdepartementet, *Barnets bästa i främsta rummet – FN:s konvention om barnets rättigheter förverkligas i Sverige*, se avsnitt ”FN-kommitténs tolkning av barnets bästa”.

<sup>131</sup> Ibid.

### 3.2.2 Rätt till sitt ursprung

En annan relevant artikel i Barnkonventionen är artikel 7, vilken stadgar ett barns rätt till kunskap om sitt ursprung (rätt till sitt ursprung). Den reglerar ett barns rätt att så långt det är möjligt få veta vilka dess föräldrar är och att få deras omvårdnad. Artikelns tillkomst motiverades med att öka adoptivbarns möjligheter att få vetskap om vilka som är de biologiska föräldrarna. När artikeln stadgades var begreppet föräldrar ett relativt absolut begrepp. Idag är föräldrar istället ett flertydigt begrepp som varierar beroende på omständigheterna. Ett barn kan ha tillkommit genom assisterad befruktning, vilket resulterar i att barnet kan ha olika genetiska, biologiska och rättsliga föräldrar. Föräldrar kan dessutom vara de sociala eller faktiska människorna som tar hand om ett barn.<sup>132</sup>

## 3.3 Europadomstolens rättspraxis

Eftersom Europakonventionens innehåll definieras av Europadomstolens praxis ska ett centralt rättsfall och ett efterföljande rådgivande yttrande behandlas mer ingående nedan. Domstolen har resonerat kring surrogatmoderskap i ett flertal mål,<sup>133</sup> men då de andra målen har liknande bakgrund och är identiska i utfallen så är urvalet begränsat till målet och yttrandet nedan.

### 3.3.1 Mennesson v. France

Målet<sup>134</sup> handlade om ett franskt, olikkönat och gift par vid namn Mennesson som hade rest till Kalifornien för att få barn genom en surrogatmoder. Det resulterade i att hon födde tvillingar. I Kalifornien fastställdes den tilltänkta fadern som genetisk förälder och den tilltänkta modern som rättslig förälder genom en dom. När paret återvände till Frankrike vägrade myndigheterna att registrera paret som barnens rättsliga föräldrar och de tillät inte heller den tilltänkta fadern att adoptera barnen. De franska myndigheterna nekade en registrering och adoption på grund av att det var förbjudet med surrogatarrangemang i landet. Europadomstolens uppgift var att avgöra om myndigheternas agerande var i strid mot parets eller barnens rätt till privat- och familjeliv enligt artikel 8 i Europakonventionen.

---

<sup>132</sup> Hodgkin, R. *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF, New York 1998, s. 105f.

<sup>133</sup> Se bland annat *Labassee v. France*, mål nr. 65941/11, beslut 26 juni 2014 och *Paradiso and Campanelli v. Italy*, mål nr. 25358/12, beslut 24 januari 2017.

<sup>134</sup> *Mennesson v. France*, mål nr. 65192/11, beslut 26 juni 2014.

En inskränkning av rätten till privat- och familjeliv får endast göras om den har stöd i lag, är gjord i ett legitimt syfte och är nödvändig i ett demokratiskt samhälle.<sup>135</sup> Det första Europadomstolen gjorde var att slå fast att det inte fanns en dispyt om en inskränkning hade skett eller inte. Målet gällde istället om ett undantag hade gjorts med hänsyn till de tre förutsättningarna. Domstolen ansåg att Frankrike hade handlat enligt såväl fransk lag som i ett legitimt syfte. Frankrikes regering hade hävdat att de legitima syftena var ”skydd för hälsa” och ”skydd för andra personers fri- och rättigheter”, vilket motiverades med att påpeka de konsekvenser som kunde uppstå om parets surrogatavtal hade erkänts i Frankrike. Eftersom surrogatavtal var olagliga i landet så ville Frankrikes regering avskräcka sina medborgare från att genomföra surrogatarrangemang och därmed skydda både barn och surrogatmödrar. Europadomstolen godkände dessa syften som legitima. Den avgörande frågan blev då om inskränkningen var nödvändig i ett demokratiskt samhälle.

Eftersom surrogatarrangemang inte är ett ämne där det råder konsensus i konventionsstaterna, så skulle Frankrike vanligtvis ha ett stort utrymme för margin of appreciation.<sup>136</sup> Det utrymmet blir emellertid synnerligen begränsat när det handlar om en individs identitet,<sup>137</sup> vilket en fråga om juridiskt föräldraskap till barn gör. Vidare menade domstolen att den istället skulle undersöka om en rimlig avvägning hade gjorts mellan de aktuella intressena, samtidigt som barnets bästa var av största vikt. Intressena som stod mot varandra var samhällets intresse av att säkerställa att medborgarna inte skulle lockas av att ingå surrogatavtal och parets och barnens rätt till respekt för sina privat- och familjeliv. Domstolen ansåg först att en uppdelning och undersökning av parets rätt till familjeliv och barnens rätt till privatliv skulle ske. Domstolen kom fram till att inskränkningen i parets rätt till familjeliv var nödvändig. Sammantaget förklarades utslaget med att paret trots de franska lagarna kunde bosätta sig med barnen i Frankrike, leva där under i princip samma förutsättningar som andra familjer samt att det inte fanns någon risk för att paret skulle skiljas från barnen på grund av myndigheterna. Domstolen fann däremot att barnens rätt till respekt för privatlivet hade försummats genom att Frankrike inte hade erkänt eller upprättat en juridisk relation mellan barnen och deras genetiska fader. I barnens rätt till privatliv ingick en rätt för var och en att kunna styrka sin identitet, vilket inkluderade relationen mellan barn och förälder. Rätten att kunna styrka sin identitet var dessutom extra stark när det gällde förhållandet till en genetisk

---

<sup>135</sup> Se avsnitt 3.1.5.

<sup>136</sup> Se avsnitt 3.1.2.

<sup>137</sup> S. H. and others v. Austria, mål nr. 57813/00, beslut 3 november 2011.



förälder. Eftersom barnens bästa vore att kunna styrka sina identiteter, så ansåg domstolen att en kränkning av artikel 8 i Europakonventionen hade skett med hänsyn till barnens rätt till sina privatliv.

### 3.3.2 Europadomstolens rådgivande yttrande

Målet lämnade ett antal frågor obesvarade, varav två av dem var vad som gällde för en tilltänkt moder samt vilka medel som skulle krävas för att få rättsligt föräldraskap som tillgodoser ett barns rätt till privatliv. Dessa frågor besvarade Europadomstolen i sitt första rådgivande yttrande enligt protokoll 16.<sup>138</sup> Protokollets artikel 1.1 anger att det endast är de högsta domstolarna i de stater som har tillträtt protokollet som får begära yttranden. Det aktuella yttrandet ska ha ett betydande rättskällevärde när Europadomstolens konvention tolkas.<sup>139</sup>

I yttrandet skulle domstolen först besvara frågan om en kränkning av ett barns rätt till privatliv har skett när ett erkännande av en födelseattest inte sker som hade gett den tilltänkta modern rättsligt moderskap, trots att ett erkännande av födelseattesten har skett i den del som rör den tilltänkta fadern som även var genetisk fader. Om domstolen skulle komma fram till att en kränkning har skett, så ska den sedan utreda om möjligheten att adoptera barnet är tillräckligt för den tilltänkta modern för att barnets rätt till privatliv ska vara tillgodosedd. Domstolen inledde yttrandet med att begränsa sig till situationer där den tilltänkta modern varken är genetisk eller biologisk moder, men där den tilltänkta fadern är genetisk fader. Domstolen besvarade därför varken frågan om det skulle ha någon betydelse om den tilltänkta modern hade en genetisk koppling till barnet eller om den tilltänkta fadern inte skulle vara den genetiska fadern.

Domstolen fortsatte yttrandet med att konstatera att barnets bästa och margin of appreciation är avgörande i frågan om ett barns rätt till privatliv kränks genom ett icke-erkännande. När det gällde barnets bästa höll domstolen samma argumentation som i *Mennesson v. France*, det vill säga att det sker en inskränkning i ett barns rätt till privatliv och att avsaknaden av ett erkännande påverkar barnet på ett negativt sätt. Barnets bästa ska vara av största vikt, vilket

---

<sup>138</sup> Grand Chamber, *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*, 10 april 2019.

<sup>139</sup> HD-målet, punkt 31.

fick domstolen att anse att en generell och absolut omöjlighet för barnet att få sin tilltänkta moder erkänd som rättslig moder inte var förenligt med principen om barnets bästa. Även i diskussionen kring margin of appreciation gjorde domstolen en snarlik överläggning som i *Menesson v. France*. Domstolen menade att utrymmet för margin of appreciation är begränsat på grund av den tyngd som ett rättsligt erkännande av ett förhållande mellan föräldrar och ett barn har för barnets identitet.

Sammanfattningsvis kom domstolen fram till att ett barns rätt till privatliv kränks om ett statssystem gör det omöjligt för den tilltänkta modern att få sitt erkännande om att bli barnets rättsliga moder godkänt, om ett erkännande av den tilltänkta och genetiska fadern har skett. I yttrandet uttryckte sig domstolen lite kort om mödrar där det finns en genetisk koppling, trots att sådana förhållanden inte var tänkta att bemötas. I dessa fall menade domstolen att ett behov av ett erkännande är ännu större.

Eftersom svaret på domstolens första fråga var att en inskränkning i ett barns rätt till privatliv har skett om systemet inte ger någon möjlighet till ett erkännande, så skulle domstolen sedan besvara frågan om ett barns rätt till privatliv kan uppfyllas genom något annat verktyg än genom att erkänna en utländsk dom eller födelseattest. Enligt domstolen ligger det i ett barns intresse att kunna få ett rättsligt moderskap fastställt så snabbt som möjligt, men att margin of appreciation lämnar metodval för tilltänkta mödrars rättsliga moderskap till konventionsstaterna själva. Eftersom det inte handlade om hela existensen av fastställande av ett rättsligt moderskap, utan enbart metoden för det, så ansåg domstolen att det kunde överlämnas till konventionsstaterna. Avslutningsvis framhävde domstolen sitt krav på att det ska finnas en effektiv rättsmekanism, vilken ska möjliggöra ett erkännande av en relation när den relationen har blivit en ”practical reality”.<sup>140</sup> Domstolen gick däremot inte särskilt djupt in på vad en effektiv rättsmekanism kunde vara, utan menade att det var upp till konventionsstaternas domstolar att göra sina egna tolkningar av yttrandet. I yttrandet framhövdes dock adoption som ett alternativ som en rättsmekanism, om adoptionen kan genomföras omgående, effektivt och överensstämmer med barnets intressen. Domstolen framhöll också att lämpliga lagkrav skulle ställas för en godkänd adoption och slutligen att det skulle prövas om adoptionen är i enlighet med barnets bästa.

---

<sup>140</sup> Yttrandet, punkt 54. Se fotnot 138.

## **4. Äggdonators moderskap ur ett rättighetsperspektiv**

När de svenska reglerna om moderskap vid äggdonation ställs mot rätten till privat- och familjeliv i artikel 8 Europakonventionen går det att se det ur många inblandades perspektiv. Det perspektiv som fokus nu ska ligga på är den donerande kvinnans, men med inslag av den födande kvinnans och barnets.

I och med att äggdonation blev tillåtet från år 2003 krävs det inte längre att den födande kvinnan har en genetisk koppling till barnet, utan förutsättningen för moderskapet är att hon föder barnet. Kvinnor som donerar ägg i Sverige har därför inga rättsliga kopplingar till vare sig de födande kvinnorna eller barnen. För att kunna avgöra om denna svenska reglering strider mot den äggdonerande kvinnans rätt till privat- eller familjeliv i artikel 8 i Europakonventionen måste frågan först och främst omfattas av hem, korrespondens, privatliv eller familjeliv. Det som är aktuellt att undersöka är privatliv och familjeliv. En undersökning av de tre förutsättningarna i punkt 2 i artikel 8 blir nämligen aktuellt först när det är klarlagt att frågan omfattas av privatliv eller familjeliv.

### **4.1 Privatliv och familjeliv**

Europadomstolen har visat i framförallt praxis att både privatliv och familjeliv är två begrepp som har extensiva tolkningsutrymmen. Eftersom domstolen anser att bedömningen av begreppet familjeliv görs i varje enskilt fall där den fokuserar på nära och personliga band, så är det tänkbart att en fråga om moderskapet vid äggdonation ses som en del av familjelivet. Den donerande kvinnan har däremot varken burit barnet under graviditeten eller fött fram barnet, vilket skulle kunna vara något som motsäger att det finns ett nära och personligt band till barnet. Det som talar för att bandet finns är den genetiska kopplingen, eftersom just det barnet inte hade funnits utan den donerande kvinnans ägg. Barnet och den donerande kvinnan kommer att dela DNA och till viss del även utseendemässiga drag och andra egenskaper.

I sin praxis har domstolen framhåvt att enbart en genetisk relation inte garanterar skydd, men om den donerande kvinnan kan visa att det utöver det finns ett personligt band så kan skyddet för rättigheten bli aktuellt. Eftersom det kan vara svårt att ha etablerat ett personligt band med ett nyfött barn, så uppkommer frågan vad domstolen skulle ställa för krav. Ett möjligt krav på personligt band till barnet skulle kunna vara att den donerande kvinnan är närstående genom vänskap eller släktskap till den födande kvinnan. I en något gammal studie av

surrogatmoderskap var de flesta surrogatmödrar en nära släkting till den tilltänkta modern och ett sådant krav från domstolen vore inte helt orimligt.<sup>141</sup> I praxis kom Europadomstolen fram till att familjeliv förelåg när en av de tilltänkta föräldrarna hade en genetisk koppling till barnet och att de tilltänkta föräldrarna ville ta hand om barnet och agerade enligt den viljan.<sup>142</sup> Det finns således stöd i Europadomstolens praxis för att den donerande kvinnans eventuella moderskap omfattas av artikeln.

Det bör även tilläggas att det i Europarådets guide till artikel 8 framhävs att artikeln inte kan garantera någon rätt att bilda familj.<sup>143</sup> Att kunna fastställa en äggdonator som moder skulle inte vara en absolut rättighet, utan troligtvis inledas med en prövning likt den som görs vid adoption med en lämplighetsprövning där utgångspunkten är barnets bästa.

## 4.2 Stöd i lag

Att det inte finns någon rättslig möjlighet för en äggdonerande kvinna att fastställas som moder är en inskränkning i rätten till privat- och familjeliv (se exempelvis *Menesson v. France*). Huruvida inskränkningen i rättigheten får göras eller inte beror på om den uppfyller de tre förutsättningarna, varav den första är att den har stöd i lag. Eftersom det enda skrivna lagrummet<sup>144</sup> som finns gällande moderskap stadgar att vid äggdonation är det den födande kvinnan som blir moder, så finns det ett väldigt tydligt lagstöd för inskränkningen. Det går eventuellt att säga att ett fall av undantag från huvudregeln har framkommit i praxis i och med HD-målet. Det är dock för tidigt för att avgöra om målet kan etablera en ny vägledande praxis i Sverige, som gör att regeln om moderskap vid äggdonation blir så pass otydlig att regeln inte uppfyller minimikravet för tydlighet för att anses ha stöd i lag. I nuläget är det ytterst tveksamt då det fallet hade, enligt domstolen, särskilda omständigheter.<sup>145</sup> Slutsatsen blir att inskränkningen har stöd i lag.

---

<sup>141</sup> Söderström-Anttila, V., Blomquist, T., m.fl. (2002), *Experience of in vitro – fertilization surrogacy in Finland*, *Acta Obstetrica Gynecologica Scandinavica*: 81: 747-752, s. 751.

<sup>142</sup> Se *D. and others v. Belgium*, mål nr. 29176/13, 7 augusti 2014.

<sup>143</sup> Hämtad 2019-11-25 från: [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_8\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf), punkt 267.

<sup>144</sup> 1 kap. 7 § FB.

<sup>145</sup> Se avsnitt 2.5.4.

### 4.3 Legitimt syfte

Två av de legitima syftena som omnämns i punkt 2 i artikel 8 är skydd för hälsa och skydd för andra personers fri- och rättigheter. Regeringen och andra myndigheter har genom åren diskuterat riskerna med surrogatmoderskap för framförallt den födande kvinnan och barnet.<sup>146</sup> Argumenten som har använts mot surrogatmoderskap är huvudsakligen risken för kommersialisering av kvinnokroppen, att det strider mot människovärdesprincipen och att det finns för lite kunskapsunderlag av eventuella konsekvenser för det tillkomna barnet.<sup>147</sup> Syften som tidigare har accepterats som legitima av Europadomstolen, i exempelvis *Mennesson v. France*, är bland annat argumenten ovan för den födande kvinnans hälsa. Det är svårt att finna något stöd för att ett syfte där en stat vill skydda människor och barn från både fysisk och psykisk ohälsa samt fri- och rättigheter inte ska ses som legitima syften.

Det framhålls i såväl doktrin som förarbeten att ett tillåtande av surrogatmoderskap skulle innebära ett omfattande lagtekniskt arbete, vilket i och för sig är ett syfte, men huruvida det hade varit ett legitimt syfte för att inte tillåta surrogatmoderskap eller inte är däremot tveksamt. Även om syftena har tolkats väldigt extensivt, så har inte Europadomstolen i sin praxis visat att slöhet eller tidsbrist från konventionsstatens sida är legitima syften. Det går däremot knappast att argumentera mot att viljan att sörja för kvinnors och barns hälsa samt fri- och rättigheter inte är legitima syften. Att Sveriges myndigheter inte vill tillåta surrogatmoderskap grundar sig i principen om barnets bästa, då de anser att det är ovisst om surrogatmoderskap är i enlighet barnets bästa. I Europadomstolens praxis har barnets bästa stadgats som ett av de legitima syftena, men endast då inskränkningen är nödvändig och proportionerlig.

### 4.4 Nödvändigt i ett demokratiskt samhälle

Den avgörande och mest centrala frågan blir således om inskränkningen att inte tillåta surrogatmoderskap är nödvändig i ett demokratiskt samhälle. Eftersom frågan behandlar surrogatmoderskap som är ett ämne där det inte råder konsensus bland konventionsstaterna, så är utrymmet för margin of appreciation stort gällande vad som är nödvändigt. Frågan berör en individs identitet i och med förhållandet mellan ett barn och dess rättsliga relation till en tilltänkt moder, vilket leder till att utrymmet för margin of appreciation ändå är begränsat.

---

<sup>146</sup> SOU 2016:11, s. 366ff.

<sup>147</sup> Ibid, s. 391ff.

För att komma fram till om inskränkningen är nödvändig behöver en avvägning mellan samhällets och den donerande kvinnans intressen göras. Avvägningen ska vara nödvändig, rimlig och proportionerlig. Avvägningen görs mellan samhällets intresse av att inte tillåta surrogatmoderskap i Sverige mot den donerande kvinnans intresse av att bli moder. Eftersom ett barn är inblandat ska barnets bästa alltid beaktas. Samhällets intresse grundas i att varken barnet, den födande kvinnan eller den donerande kvinnan ska fara illa på något vis.

#### 4.4.1 Barnet

Såväl regeringen i prop. 2001/02:89 som utredningskommittén i SOU 2016:11, men även andra studier<sup>148</sup>, visar att det inte kan konstateras att barn som föds med hjälp av en surrogatmoder far mer illa än andra barn.<sup>149</sup> Det finns ett antal studier som har gjorts om surrogatmoderskap, men utredningskommittén menade ändå så sent som 2016 att underlaget inte är tillräckligt. Det underlag som finns överensstämmer inte med Sveriges synsätt och argument mot surrogatmoderskap. Argumentet liknar det förhållningssätt som utredningskommittén i SOU 1985:5 och sedan även regeringen i prop. 1987/88:160<sup>150</sup> hade innan äggdonation var tillåtet, där ett fortsatt förbud mot äggdonation bland annat motiverades med att det var en metod som ”i så hög grad hade karaktär av teknisk konstruktion för att lösa ett barnlöshetsproblem att den är ägnad att skada människosynen”<sup>151</sup>. Att surrogatmoderskap skulle skada människosynen blir då ett väldigt svagt argument. Det fanns däremot väldigt lite underlag kring äggdonation år 1985, då endast ett enda barn hade fötts med hjälp av äggdonation.<sup>152</sup> Skillnaden är att det idag finns underlag i form av flera studier som alla visar att barnen inte mår sämre varken fysiskt eller psykiskt än andra barn.

Gällande ett barns rätt till kunskap om sitt ursprung, skulle surrogatmoderskap troligtvis ge möjlighet att tillgodose rättigheten i samma grad som vid både äggdonation och spermiedonation. Det finns en reell risk för att motarbetandet av surrogatmoderskap i Sverige istället kan begränsa den rättigheten, genom att en kvinna tar hjälp av en surrogatmoder utomlands där det kanske inte finns samma möjlighet till register och information.

---

<sup>148</sup> Se fotnot 141.

<sup>149</sup> Se bl.a. SOU 2016:11 s. 389 och 394.

<sup>150</sup> Prop. 1987/88:160, s. 10.

<sup>151</sup> SOU 1985:5, Inseminationsutredningen, *Barn genom befruktning utanför kroppen: betänkande*, s. 48.

<sup>152</sup> *Ibid*, s. 47.

Det finns nog en generell enighet kring att barnets bästa är en situation där barnet får den kärlek och omvårdnad som behövs, men inte på bekostnad av ett intresse som påverkar barnet. Barnets bästa är ett dessutom ett begrepp som är föränderligt över tid, vilket indikerar att det tillåter ”nya” metoder för fortplantning om det är i enlighet med barnets bästa. De studier som finns och de slutsatser som går att dra gör att det är svårt att se hur inskränkningen att inte tillåta en äggdonator bli moder skulle vara nödvändig med hänsyn till barnets hälsa samt fri- och rättigheter.

#### 4.4.2 Den födande och den donerande kvinnan

De svenska myndigheternas farhågor för den födande kvinnans hälsa baseras på förfarandet när ett surrogatmoderskap arrangeras samt vad som kan hända efter att barnet har fötts. De största argumenten som genom åren har använts mot surrogatmoderskap är risken för psykiska och ekonomiska påtryckningar, att det skulle bli en kommersialisering av kvinnokroppen genom att barnet ses som en vara samt problemet som uppstår om surrogatmodern ändrar sig.<sup>153</sup>

##### 4.4.2.1 Påtryckningar

Risken för både psykiska och ekonomiska påtryckningar behandlades av regeringen när äggdonation blev tillåtet. Regeringen menade då att det oftast var närstående som donerade ägg till någon som behövde det, eftersom tillgången på ägg från anonyma donatorer var liten. På grund av det ville inte regeringen förbjuda närstående att donera ägg, trots att det fanns en risk för att den donerande kvinnan kände ett psykologiskt tryck. Om ett sådant förbud hade införts så hade det i praktiken förhindrat par som led av ofrivillig barnlöshet från att bli föräldrar, vilket regeringen inte ansåg var önskvärt. Regeringen framhävde vikten av att utreda att det verkligen var den donerande kvinnans egen vilja att ge ägg och att både den donerande kvinnan och den mottagande kvinnan fick professionellt stöd. Det skulle även vara utrett att den donerande kvinnan och den mottagande kvinnan i framtiden kunde hantera det förhållande som skulle uppstå samt att den donerande kvinnan fick ta tillbaka sitt samtycke fram till dess att befruktning hade skett.<sup>154</sup> Samma argument för påtryckningar förs nu mot surrogatmoderskap, men istället med slutsatsen att det inte finns lösningar som förhindrar

---

<sup>153</sup> Se bl.a. SOU 2016:11 s. 447f.

<sup>154</sup> Prop. 2001/02:89, s. 43f.

riskan för dem. Det är i och för sig en skillnad mellan att donera ägg och föda ett barn åt någon, men argumenten som har förts och förs mot arrangemangen är snarlika. Regeringen motsäger sig själv genom att erbjuda en typ av medicinsk hjälp, men inte en annan trots att det finns en lösning som bemöter ett av de största argumenten.

Gällande risken för ekonomiska påtryckningar så är troligtvis risken större när det gäller surrogatmoderskap än äggdonation, då ett surrogatmoderskap innebär ett mycket större åtagande. Det är ändå rimligt att surrogatmodern får betalt för de utgifter hon har haft på grund av graviditeten, men ingen ersättning utöver det. Precis som vid äggdonation så finns risken för att ersättning betalas ”under bordet” och den risken kanske är än större vid surrogatmoderskap, men med ordentliga utredningar och kontroller kan en sådan risk minskas. Det finns en (i princip) banad väg för att minska risken för psykiska och ekonomiska påtryckningar, eftersom den används vid äggdonationer. Återigen ger regeringen dubbla budskap genom att godkänna viss medicinsk hjälp men inte en annan, trots att argumenten är desamma.

#### *4.4.2.2 Kommersialisering*

Surrogatmoderskap kan innebära en högre risk för kommersialisering av kvinnokroppen och att barnet ses som en vara, eftersom barnet lämnas över som på beställning. Paralleller kan dras till adoptionsförfarandet, där en kvinna bär och föder ett barn som sedan lämnas till adoption av olika anledningar. Vid en adoption begränsar föräldrarna urvalet av barn till land och ungefärlig ålder. Vid ett surrogatmoderskap med den tilltänkta moderns ägg finns inte samma urvalsmöjligheter, vilket åtminstone kan minska synsättet av att surrogatarrangemang är en handel med valbarhet. Ett överlämnande av ett barn sker i båda fallen, men endast ett av dem är tillåtet i Sverige. Det går därför ifrågasätta att även risken för kommersialisering av kvinnokroppen och att barnet ska ses som en vara går att lägga till grund för syftet att skydda den födande kvinnans hälsa.

#### *4.4.2.3 Rätt att ångra sig*

Vad som kan skada både den födande kvinnan och den donerande kvinnan är när en surrogatmoder ändrar sig och inte vill lämna ifrån sig barnet. Utredningskommittén



framhävde problemet och menade att oavsett lösning så skulle någon ta skada.<sup>155</sup> Om den födande kvinnan exempelvis skulle ha några veckor på sig att ångra sig efter barnets födsel, som när kvinnor vill lämna nyfödda barn till adoption direkt vid födsel,<sup>156</sup> så skulle den donerande kvinnan kunna ta skada. Om den födande kvinnan förlorar rätten att ångra sig direkt vid befruktningen, som vid äggdonation, skulle hon ta skada om hon under graviditeten ändrar sig. Skadan för den donerande kvinnan blir dessutom särskilt stor i dessa fall där hon har donerat ägg i hopp om att få barn. Det kan även hända att den donerande kvinnan ångrar sig, vilket hade skadat alla inblandade parter. Det finns ingen lösning som kan ge en garanti för att ingen av parterna kan komma att ta skada. I exempelvis Storbritannien där surrogatmoderskap är tillåtet kan de tilltänkta föräldrarna ändå ansöka om adoption av barnet om surrogatmodern skulle dra tillbaka samtycket och fallet avgörs sedan utifrån vad som är barnets bästa.<sup>157</sup> Det är knappast en ultimät och önskvärd lösning för någon part, då det ändå inte undviker de skador som uppstår.

#### 4.4.2.4 Avvägning

En sammanfattad bedömning gör att samhällets intresse av att inte tillåta surrogatmoderskap, som är grundat i att samtliga inblandade parter kan fara illa när någon ångrar sig, ställs mot den donerande kvinnans intresse av att bli moder. Med hjälp av en proportionalitetsbedömning ska då en rimlig avvägning göras mellan dessa intressen. Den donerande kvinnan har ett intresse av att bli moder åt ett barn som har hennes genetik, men som har fötts av någon annan. Det kan vara på grund av diverse orsaker, men intresset väger som mest när hon själv inte kan föda ett barn. Idag finns ingen annan möjlighet för en kvinna i Sverige som inte kan föda ett barn att bli moder åt ett barn som har hennes gener. Mot detta står samhällets intresse av att inte tillåta surrogatmoderskap eftersom det inte finns någon garanti för att varken barnet, den födande kvinnan eller den donerande kvinnan ska fara illa. Regeringen har ett flertal gånger uttalat sig om att det inte är någon rättighet att få barn,<sup>158</sup> även om Europarådet kan ha gett uttryck för det.<sup>159</sup> Vad som förefaller vara en rimlig avvägning är att staten skyddar individer från att skadas framför att någon ska få bli moder till ett barn som hon delar gener med, men som hon inte har fött. I proportion till varandra borde

---

<sup>155</sup> SOU 2016:11, s. 448ff.

<sup>156</sup> Se avsnitt 2.4.

<sup>157</sup> Lowe, N. & Douglas, G. (2007), *Bromley's Family Law*, 10 uppl., Oxford: Oxford University Press, s. 316.

<sup>158</sup> Prop. 2017/18:155, s. 25.

<sup>159</sup> Se avsnitt 4.1 om privat- och familjeliv.

samhällets intresse väga tyngre än den donerande kvinnans intresse, även om det inte är en helt självklar avvägning som säkerligen kan komma att ändras i framtiden.

#### *4.4.2.5 Mennesson v. France och det rådgivande yttrandet*

Det går att jämföra situationen med målet *Mennesson v. France*. I Sverige har inte den donerande kvinnan några rättsliga band till barnet från födseln, vilket gör att denna situation skiljer sig från *Mennesson*-målet då det bland annat inte finns något utländskt erkännande som grund för talan. Det går dock att göra vissa jämförelser med målet och utläsa vissa ställningstagande i det efterföljande yttrandet. Det som i *Mennesson*-målet talar för att en inskränkning inte kan anses vara nödvändig i Sverige är att det inte finns någon garanti för den donerande kvinnan att få ett rättsligt band till barnet, eftersom det är den födande kvinnan som blir barnets rättsliga moder vid födseln. Eftersom Sverige har ett visst utrymme enligt margin of appreciation för att kunna göra en egen bedömning, så talar det för att det finns ett utrymme för att inskränkningen trots allt är nödvändig i den donerande kvinnans rätt till familjeliv.

I det efterföljande yttrandet menade domstolen istället att en inskränkning av barnets rätt till privatliv har skett om den tilltänkta modern inte erkänns som moder, samtidigt som barnets genetiska fader erkänns som rättslig fader. Även om domstolen uteslöt tilltänkta mödrar med genetisk koppling, så menade den att behovet av ett erkännande i sådana fall skulle vara ännu större. Det går därför tänka sig att Europadomstolen skulle anse att en inskränkning sker i ett barns rätt till privatliv i och med de svenska reglerna kring moderskap vid äggdonation, men inte i den donerande kvinnans rätt till familjeliv. Däremot kom domstolen i sitt yttrande fram till att exempelvis adoption, eller en annan metod som konventionsstaten själv väljer, är tillräckligt för att tillgodose *barnets* rätt till privatliv. Domstolen lämnar över det ansvaret till konventionsstaten och därför finns det utrymme för Sverige att införa en metod som innebär att fastställa den donerande kvinnan som moder. Det kravet finns däremot inte när det gäller den donerande kvinnans rätt till familjeliv, åtminstone inte enligt vad Europadomstolen har fastslagit eller yttrat sig om.

Det går således att konstatera att reglerna om moderskap vid äggdonation inte strider mot kvinnans rätt till familjeliv, men att det troligtvis strider mot barnets rätt till familjeliv. Europadomstolens praxis och yttrandet tyder på att bara det faktum att adoption finns som

rättsmekanism i Sverige, och med stor sannolikhet uppfyller kraven i yttrandet, är tillräckligt för att tillgodose barnets rätt till privatliv. Däremot är det tveksamt om det är en tillräcklig rättsmekanism för den donerande kvinnan för att kunna bli rättslig förälder.

#### 4.4.3 Är adoption tillräckligt?

Europadomstolen menade i sitt yttrande att vissa rättsmekanismer kan ersätta ett erkännande av en utländsk dom eller en födelseattest, så att den tilltänkta modern kan bli rättslig förälder istället. På samma sätt går det att jämföra med att vissa rättsmekanismer kan ersätta en äggdonators vilja att bli moder vid barnets födsel.

I yttrandet framgår det att en sådan rättsmekanism ska finnas när en relation mellan barnet och den tilltänkta modern har blivit en ”practical reality”, där adoption är en möjlig metod. Enligt domstolen ska adoptionen kunna genomföras omgående och effektivt samt överensstämja med barnets intressen. I Sverige kan en adoptionsprocess ta lång tid på grund av utredningar, om det ens finns en möjlighet till adoption. Eftersom samtycke ska föreligga från barnets vårdnadshavare, så är det inte en självklarhet att en adoption ens blir aktuell för den donerande modern. I NJA 2006 s. 505 inträffade en sådan situation, då barnets genetiska och rättsliga fader drog tillbaka sitt samtycke. Det fanns då inga rättsliga möjligheter alls för att en rättslig relation mellan barnet och den tilltänkta modern skulle uppstå, trots att den tilltänkta modern även var genetisk moder. Högsta domstolen visade dock en annan inställning i HD-målet från 2019. I målet erkände domstolen en tilltänkt moder som rättslig moder, även om kvinnan inte var äggdonator. Även om domstolen upprepat påtalade att utgången i målet inte ger tilltänkta mödrar en generell rätt att bli erkända som mödrar, så öppnas möjligheten upp en aning för att en äggdonator en dag ska kunna bli barnets rättsliga moder vid födseln även i Sverige.

Adoptionsförfarandet må i allmänhet uppfylla Europadomstolens krav genom exempelvis krav på utredning och att det ska ske i enlighet med barnets bästa, men det kan i det enskilda fallet vara omöjligt för den donerande kvinnan att ha tillgång till förfarandet. Det kan därför ifrågasättas om adoptionsförfarandet verkligen är en tillräcklig rättsmekanism för att tillgodose barnets rätt till privatliv. Det finns ingen garanti för att varken den donerande kvinnans rätt till familjeliv eller barnets rätt till privatliv ger den donerande kvinnan en chans till att bli rättslig moder vid barnets födsel eller ens senare i barnets liv.

## 5. Slutsats

1. Vem blir moder respektive fader vid donation av könsceller enligt svensk gällande rätt?

Den kvinna som föder ett barn blir alltid moder, eftersom svensk gällande rätt utgår ifrån moderskapspresumtionen. Även om en kvinna har en genetisk koppling till ett barn då hon har donerat ägg till en annan kvinna, så är det ändå den födande kvinnan som blir moder. Föds ett barn inom Sveriges gränser finns det inga möjligheter för den donerande kvinnan att bli moder.

När en man donerar spermier, så finns det variationer och ibland möjligheter för vem som blir fader. Om en kvinna insemineras eller genomgår en befruktning utanför kroppen med donerade spermier, blir hennes make eller sambo fader. Skulle kvinnan vara ensamstående så kan istället spermiedonatorn bekräftas som fader.

2. Vilka principiella skillnader finns mellan moderskap och faderskap vid donation av könsceller?

Det finns vissa principiella skillnader mellan vem som blir moder respektive fader vid donation av könsceller. För en kvinna som donerar ägg till en annan kvinna finns det inga rättsliga möjligheter att bli moder, även om hon är den tilltänkta modern. En man som inte kan bidra med spermier kan ändå bli rättslig fader, om hans sambo eller maka befruktas med donerade spermier. Det finns till och med en möjlighet för en spermiedonator att bekräftas som fader, vilket är när modern är en ensamstående kvinna. Moderskapet vid äggdonation baseras på ett biologiskt faktum, medan faderskapet baseras på ett socialt faktum.

Surrogatmoderskap är oönskat i Sverige, men skulle det ändå ske så kan den tilltänkta fadern bli rättslig fader (om hans spermier har använts) medan den tilltänkta modern har en väldigt liten möjlighet till att bli rättslig moder (trots att hennes ägg har använts). Den lilla möjligheten baseras på ett surrogatmoderskap som har utförts utomlands, men det finns långt ifrån en generell rätt enligt Högsta domstolen utan sker när väldigt särskilda omständigheter föreligger. En donerande kvinna kan aldrig bli rättslig moder om surrogatmoderskapet på något vis utförs i Sverige, även om hon är den tilltänkta modern. Det finns däremot en möjlighet för tilltänkta fadern att även bli rättslig fader.

3. Hur förhåller sig den svenska gällande rätten om moderskap vid äggdonation till rätten till skydd för privat- och familjeliv ur den donerande kvinnans perspektiv som vill bli moder?

Det faktum att en donerande kvinna aldrig kan bli moder i Sverige enligt svensk gällande rätt strider inte mot rätten till skydd för privat- och familjeliv. Den donerande kvinnans moderskap omfattas av rätten till privat- och familjeliv, då begreppen är extensiva och Europadomstolen tidigare har behandlat surrogatmoderskap under artikeln. Eftersom den donerande kvinnan aldrig kan bli moder, så är det en inskränkning i hennes rätt till skydd för privat- och familjeliv. Inskränkningen är godtagbar eftersom den uppfyller samtliga krav för när det får ske i artikel 8. Stöd i lagen finns genom 1 kap. 7 § FB, som dessutom är tydligt och tillgängligt. Syftena som ligger till grund för att moderskap inte kan fastställas för den donerande kvinnan är legitima, då de är skydd för den donerande kvinnans, den födande kvinnans och barnets fri- och rättigheter samt hälsa. Det är mer tveksamt huruvida alla legitima syften är nödvändiga i ett demokratiskt samhälle.

Det finns ingenting som bevisar att det skulle vara nödvändigt med hänsyn till barnets hälsa samt fri- och rättigheter. För den donerande kvinnan och den födande kvinnan, och även barnet till viss del, kan det vara nödvändigt eftersom det finns en risk för att någon av parterna ångrar sig innan, under eller efter att surrogatmoderskapet har arrangerats. Skulle någon av parterna ångra sig under surrogatarrangemangets gång så tar samtliga parter skada på något vis, men de som troligtvis tar mest skada är den födande kvinnan eller den donerande kvinnan då barnet förhoppningsvis får någon av dem fastställd som moder. Det legitima syftet att skydda parternas hälsa och fri- och rättigheter är nödvändigt. Vidare är inskränkningen proportionerlig när samhällets intresse av att inte tillåta surrogatmoderskap väger tyngre än den donerande kvinnans rätt att bli moder.

4. Är möjligheterna för den donerande kvinnan att bli rättslig förälder tillräckliga?

Den donerande kvinnan ska istället ha möjlighet att bli rättslig förälder, med förutsättningen att relationen har blivit en praktisk verklighet enligt *Menesson v. France*. I Sverige är den möjligheten adoption. Ändå finns det ingen garanti för att den donerande kvinnan ska få adoptera barnet på grund av samtycken och prövningar, även om Europadomstolen i *Menesson*-målet uttryckte att endast tillgången till adoption är tillräckligt. Adoption kan tyckas vara ett tillräckligt medel för att den donerande kvinnan ska få bli rättslig förälder, men det bör egentligen starkt ifrågasättas på grund av saknaden av garanti till prövning.

## 6. Avslutande reflektioner

Denna uppsats avslutas med några allmänna reflektioner som är intressanta utifrån syftet, men som varken rymdes i frågeställningarna eller mer utförligt i analysen.

### 6.1 Moderskapet vs. faderskapet

Sedan lång tid har Sverige inte velat erkänna eller fastställa sociala mödrar som rättsliga mödrar, utan både lagstiftaren och rättstillämparen har föredragit den biologiska modern. Den inställningen kan ses i bland annat Bureåfallet, Enköpingsfallet och NJA 2006 s. 505. För faderskapet är istället lagstiftningen idag utformad på så vis att den sociala fadern är den rättsliga fadern, vilket regeringen framhävde redan i prop. 2001/02:89.<sup>160</sup> Som redogörelsen i avsnitt 2.6 visade, så finns det olika möjligheter och utfall för faderskapet medan moderskapet endast kan tillfalla den födande kvinnan. En man som inte kan bidra till en befruktning med spermier av olika orsaker värderas annorlunda än en kvinna som inte kan bidra till graviditeten genom att bära och föda ett barn. För mannen som önskar att bli fader kan det då endast räcka med att lämna sitt samtycke, medan kvinnan har en i princip obefintlig möjlighet till att bli moder.

SMER och sedan även regeringen motiverade tillåtelsen av äggdonation med att det var ”svårt att finna skäl för att medicinska hinder skall värderas olika, om man kan anta att det barn som föds ges likvärdiga förutsättningar”<sup>161</sup>. En kvinna som inte kan bära eller föda ett barn har ett medicinskt hinder som är minst lika stort som hos en man som inte kan bidra med spermier. Regeringens uttalande blir då motsägande i förhållande till att en donerande kvinna inte kan bli moder. En lagstiftning som inte likställer män och kvinnor är i dagens samhälle inte särskilt tidsenligt. Då framhöll ändå regeringen vid tillåtelsen av befruktning med både ett donerat ägg och donerade spermier att det är ”viktigt att lagstiftningen som reglerar möjligheterna till assisterad befruktning fortsätter att utvecklas i takt med samhället i övrigt”<sup>162</sup>. För att få en lagstiftning som är i takt med samhället i och med debatten om likabehandling mellan könen, så borde det sociala moderskapet ges lika mycket utrymme som det sociala faderskapet gör.

---

<sup>160</sup> Prop. 2001/02:89, s. 47.

<sup>161</sup> Ibid, s. 38.

<sup>162</sup> Prop. 2017/18:155, s. 25.

## 6.2 Individens autonomi

En diskussion som är oändlig och där det uttrycks många åsikter är hur mycket staten ska ingripa i en individs autonomi. I surrogatmoderskapsfrågan väger det allmänna intresset för de inblandade parterna tyngst, vilket gör att frågan om hur mycket staten ska få blanda sig i andras hälsa uppkommer. Det finns andra hälsoskadande beteenden, där staten inte har en lika stor inblandning. Ett exempel på ett sådant beteende är rökning. Trots att det är bevisat att rökning är skadligt för hälsan, så finns varken förbud eller begränsningar. I jämförelse med surrogatmoderskap, så drabbar de skadliga effekterna bara den som röker. Det finns inte heller några barn inblandade, även om effekterna av passiv rökning kan diskuteras. Således kanske det är förståeligt att staten vill blanda sig i surrogatmoderskap, eftersom det framförallt finns barn med i bilden. Att skaffa barn utan hjälp av assisterad befruktning kräver däremot inte någon förprovning, men olika typer av ”osynliga” provningar under barnets uppväxt. Staten kan ingripa och omhänderta barn om det inte lever i en bra miljö, men det hindrar inte människor från att skaffa barn på naturlig väg om de kan det. Dessvärre har inte alla människor den möjligheten, vilket denna uppsats klarligen har visat.

## **Källförteckning**

### **Offentligt tryck**

#### **Lagar**

1917 års lag om barn utom äktenskap

Föräldrabalk (1949:381)

Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform

Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

Lag (2006:351) om genetisk integritet m.m.

SFS 2010:1408 Lag om ändring i regeringsformen

#### **Propositioner**

Prop. 1987/88:160 om befruktning utanför kroppen

Prop. 1993/94:117 Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor

Prop. 2001/02:89 Behandling av ofrivillig barnlöshet

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

#### **Remissyttrande**

Ds 1993:90 remissyttrande den 2 september 1993

#### **Riksdagsskrivelse**

Riksdagsskrivelse 2015/16:24

#### **Statens offentliga utredningar**

SOU 1985:5, Inseminationsutredningen, Barn genom befruktning utanför kroppen: betänkande

SOU 1993:40, Fri- och rättighetskommittén, Inkorporering av Europakonventionen: delbetänkande



SOU 1997:116, Socialdepartementet, Barnets bästa i främsta rummet – FN:s konvention om barnets rättigheter förverkligas i Sverige

SOU 2016:11, Justitiedepartementet, Olika vägar till föräldraskap: slutbetänkande

### **Utskottsbetänkande**

Konstitutionsutskottets betänkande 1993/94:KU24

## **Litteratur**

### **Böcker**

Danelius, Hans (2015), *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 5 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik

Ehrenkrona, Carl-Henrik (2016), *Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna – en kommentar*, Visby: Karnov Group

Hodgkin, Rachel (1998), *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF, New York

Kilkelly, Ursula (2001), *The right to respect for private and family life – A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbooks No. 1, Council of Europe

Lowe, Nigel & Douglas, Gillian (2007), *Bromley's Family Law*, 10 uppl., Oxford: Oxford University Press

Mägi, Erik & Zimmerman, Lina-lea (2015), *Stjärnfamiljejuridik*, Malmö: Gleerups Utbildning AB

Saldeen, Åke (2013), *Barn- och föräldrarätt*, 7 uppl., Uppsala: Iustus

Utrikesdepartementet (2006), *Mänskliga rättigheter – konventionen om barnets rättigheter*, Stockholm: Edita Norstedts Tryckeri AB

### **Tidskriftsartiklar**

Ryrstedt, Eva, *Den genetiska utvecklingens familjerättsliga implikationer*, i: SvJT 2003: 554-576

Singer, Anna, *Mater semper certa est?*, i: JT 2006-07, nr 2, s. 424-431

Söderström-Anttila, Viveca, Blomquist, Tom, m.fl. (2002), *Experience of in vitro – fertilization surrogacy in Finland*, Acta Obstetrica Gynecologica Scandinavica: 81: 747-752

Victor, Dag, *Svenska domstolars hantering av Europakonventionen*, i: SvJT 2013: 343-396

## Övrigt

FN, *The Universal Declaration of Human Rights* (1948)

FN, *Vienna Convention on the Law of Treaties* (1969)

## Internetkällor

1177 Vårdguiden, *IVF*, hämtad 2019-12-03 från: <https://www.1177.se/Vastra-Gotaland/barn--gravid/barnloshet/ivf-provrorsbefruktning/>

European Court of Human Rights (Europadomstolen), *Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna*, hämtad 2019-11-10 från: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SWE.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SWE.pdf)

European Court of Human Rights (Europadomstolen), *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, hämtad 2019-11-10 från: [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_8\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf)

Sveriges riksdag, *Inkorporering av FN:s konvention om barnets rättigheter*, hämtad 2019-11-10: [https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/arende/betankande/inkorporering-av-fns-konvention-om-barnets\\_H501SoU25](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/arende/betankande/inkorporering-av-fns-konvention-om-barnets_H501SoU25)

## Rättsfall

### Högsta domstolen

NJA 1949 s. 144

NJA 1973 s. 62

NJA 1973 s. 423

NJA 1984 s. 903

NJA 1994 s. 657

NJA 2006 s. 505

Högsta domstolen mål nr. Ö 3462-18

## **Arbetsdomstolen**

AD 1972 nr 5

## **JO**

JO 1989/90 *Enköpingsfallet*, s. 223-229

## **Beslut från Europadomstolens organ**

X v. Switzerland, mål nr. 8257/78, beslut 10 juli 1978

Marckx v. Belgium, mål nr. 6833/74, beslut 13 juni 1979

Wakefield v. The United Kingdom, mål nr. 15817/89, beslut 1 oktober 1990

Kerkhoven v. Nederländerna, mål nr. 15666/89, beslut 19 maj 1992

G v. Netherlands, mål nr. 16944/90, beslut 8 februari 1993

X, Y & Z v. The United Kingdom, mål nr. 21830/93, beslut 22 april 1997

Söderbäck v. Sweden, mål nr. 24484/97, beslut 28 oktober 1998

Nunez v. Norway, mål nr. 55597/09, beslut 28 juni 2011

S. H. and others v. Austria, mål nr. 57813/00, beslut 3 november 2011

Jeunesse v. Netherlands, mål nr. 12738/10, beslut 4 december 2012

Labassee v. France, mål nr. 65941/11, beslut 26 juni 2014

Mennesson v. France, mål nr. 65192/11, beslut 26 juni 2014

D. and others v. Belgium, mål nr. 29176/13, beslut 7 augusti 2014

Paradiso and Campanelli v. Italy, mål nr. 25358/12, beslut 24 januari 2017

## **Rådgivande yttrande**

Grand Chamber, *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*, 10 april 2019