HD om erkännande i Sverige av utomlands genomfört arrangemang avseende surrogatmoderskap

Av seniorprofessor Michael Bogdan

Högsta domstolen meddelade den 13 juni 2019 ett beslut[1] som förmodligen kommer att ge upphov till diskussioner vilkas principiella betydelse sträcker sig utanför beslutets problemområde i snäv bemärkelse. Målet handlade om erkännande i Sverige av ett utländskt avgörande varigenom en i Sverige bosatt svensk kvinna förklarats vara moder till ett genom surrogatarrangemang i det främmande domstolslandet tillkommet barn.

Som surrogatmoderskap betecknas, något förenklat uttryckt, ett förfarande där en kvinna (surrogatmodern) bär och föder barn åt en annan kvinna (den tilltänkta modern), efter att ett utanför kroppen (*in vitro*) befruktat ägg med medicinsk hjälp har förts in i surrogatmoderns kropp. Förfarandet används när den tilltänkta modern inte kan eller vill genomgå graviditet och förlossning. Ofta är det den tilltänkta moderns ägg som befruktats med den tilltänkte faderns spermier, men det är inte ovanligt att ägget och/eller spermierna härstammar från — oftast anonyma — donatorer.

Svensk rätt tillåter inte surrogatmoderskap med den svenska sjukvårdens hjälp, låt vara att förfarandet i sig inte är kriminaliserat. Huvudanledningen till denna negativa inställning är att förfarandet i varje fall hittills officiellt uppfattats som oetiskt och har liknats vid människohandel. Det går inte att förneka existensen av denna etiska problematik, exempelvis när välbärgade kvinnor eller par hyr fattiga kvinnor vilka mot betalning åtar sig att bära och föda barnet för att sedan överlämna det till sina uppdragsgivare. Icke sällan rör det sig om surrogatmödrar i fattiga länder i tredje världen, men tillvägagångssättet godtas och praktiseras också i exempelvis flera av USA:s delstater. Den officiella negativa svenska inställningen till surrogatmoderskap omfattar dock även fall där surrogatmodern ställer upp ideellt och utan ersättning, exempelvis när en kvinna åtar sig att på det här sättet hjälpa sin syster som på grund av hälsoproblem inte själv kan genomgå en graviditet.

Att den svenska sjukvården vägrar att medverka till surrogatmoderskap förhindrar naturligtvis inte att i Sverige bosatta barnlängtande kvinnor eller par beger sitt till ett land med mera liberal inställning, där de, oftast med hjälp av olika kommersiella förmedlare,

[1] Mål nr Ö 3462-18.

sätts i förbindelse med potentiella surrogatmödrar. Den resulterande graviditeten, oavsett hur vi ställer oss till etiken bakom deras beslut, är ingen ”nullitet” och barnet blir i högsta grad verkligt med samma legitima behov som alla andra barn, inklusive behovet av en klar reglering av sin familjerättsliga status.

Föräldrabalkens regler om föräldraskap är inte anpassade till förekomsten av surrogatmoderskap, utan motarbetar faktiskt aktivt sådant. I 1 kap. 7 § stadgas att om en kvinna föder ett barn som tillkommit genom att ett utanför kroppen befruktat ägg från en annan kvinna har förts in i hennes kropp, så ska hon (surrogatmodern), trots frånvaron av genetiskt släktskap, i lagens mening betraktas som barnets moder. Är surrogatmodern gift betyder detta enligt 1 kap. 1 § också att hennes make presumeras vara barnets fader. Att ”rätta till” faderskapet brukar inte vara problematiskt, i vart fall när samtliga inblandade är eniga om och kan visa att det inte är surrogatmoderns make utan en spermadonator som är den genetiske fadern till barnet. Värre är det med den tilltänkta moderns ställning, oavsett om man använt sig av hennes eget ägg eller ej. Den ovannämnda regeln i 1 kap. 7 § tillmäter nämligen inte det genetiska släktskapet någon betydelse. Den tilltänkta — och ofta samtidigt genetiska — modern har således i svenska ögon inga som helst rättigheter i fråga om barnet, exempelvis om surrogatmodern skulle ändra sig och välja att behålla barnet eller till och med att överlämna det till en helt annan familj. Att det i svenska ögon är den utländska surrogatmodern som kvarstår som barnets rättsliga moder är dock av begränsad praktisk betydelse, eftersom den svenska uppfattningen normalt inte delas av det land där surrogatmodern är hemmahörande, i varje fall om det landets lag och domstolar betraktar kontraktet om surrogatmoderskap som lagligt och rättsligt bindande. Barnet, som normalt lever i Sverige och är svensk medborgare på grund av sitt rättsliga band till fadern, riskerar således i fråga om moderskap att hamna i ett juridiskt vakuum. Lösningen kan ofta finnas i att den tilltänkta modern vänder sig till svensk domstol med ansökan om att få adoptera barnet. Denna lösning fungerar dock inte alltid, vilket det nya HD-avgörandet är ett bevis på.

Fakta i målet var relativt enkla. Barnet föddes 2015 i Kalifornien av en amerikansk surrogatmoder, anlitad av ett svenskt sambopar. Barnet kom till genom att en anonym kvinnas ägg förts in i surrogatmoderns kropp efter att det utanför kroppen befruktats med den svenske mannens spermier. Allt detta skedde helt i enlighet med kalifornisk rätt och den tilltänkta svenska moderns kontrakt med surrogatmodern. På ansökan av den tilltänkta svenska modern förklarade en kalifornisk domstol således redan före barnets födelse att den svenska kvinnan skulle vara barnets rättsliga förälder (”*legal parent*”) och att surrogatmodern inte skulle anses som barnets moder (”*declared not to be the mother of the child*”). Paret återvände tillsammans med barnet till Sverige, men separerade 2016. Kommunen beslutade efter utredning enligt

socialtjänstlagen att barnet tillfälligt skulle placeras hos kvinnan. Mannens faderskap fastställdes av domstol 2017 och han ansökte senare om att anförtros vårdnaden om barnet. Kvinnan ansökte å andra sidan om att få adoptera barnet, men ansökan avslogs av såväl tingssom hovrätten bland annat eftersom bifall till hennes adoptionsansökan skulle innebära att de rättsliga banden mellan barnet och dess far skulle klippas av, något som inte var förenligt med barnets bästa. Av föräldrabalkens 4 kap. 21 § följer nämligen att den som adopterats inte längre anses som barn till sina tidigare föräldrar. Paragrafen medger visserligen ett undantag när en make eller sambo har adopterat den andra makens eller sambons barn, men det i målet aktuella paret var inte gifta och var inte längre sambor.

I detta läge ansökte kvinnan om att den amerikanska domen i vilken hon förklarats vara moder till barnet skulle erkännas i Sverige. Tingsrätten och hovrätten avslog ansökan och frågan om den amerikanska domens giltighet i Sverige hamnade på Högsta domstolens bord.

I motsats till utländska faderskapsavgöranden, vilkas giltighet i Sverige regleras i 7 § lagen (1985:367) om internationella faderskapsfrågor, saknar vi i Sverige lagfäst reglering rörande erkännande av utländska avgöranden om moderskap.[2] HD påbörjade sitt resonemang genom att uttryckligen bekräfta svensk rätts traditionella utgångspunkt att en utländsk dom varken tillerkänns rättskraft eller kan verkställas i Sverige utan uttryckligt stöd i lag. En viktig nyhet utgörs dock av att HD la till att det finns ”ett visst begränsat utrymme” att erkänna utländska domar som fastslår en familjerättslig relation (s.k. statusdomar) också när lagstöd för detta saknas, så att en person som flyttar från en stat till en annan inte mister sin familjerättsliga status. HD påpekade att vid beslut som rör barn ska barnets bästa sättas i första rummet, och övergick till att diskutera Europadomstolens praxis på surrogatmoderskapets område, i synnerhet dess formellt icke-bindande rådgivande yttrande den 10 april 2019 (*application no. P16-2018-001*), där domstolens *Grand Chamber* slog fast att en absolut omöjlighet att få till stånd ett rättsförhållande mellan barnet och den tilltänkta modern vore oförenlig med barnets bästa intressen, skyddade av europeiska människorättskonventionens artikel 8 (”Rätt till skydd för privat- och familjeliv”). Enligt Europadomstolen kräver denna artikel dock inte att moderskapet erkänns *ab initio*, med verkan från barnets födelse. Alternativa vägar, såsom adoption, kan vara tillfyllest, förutsatt att de är snabba och effektiva. Någon sådan möjlighet existerade dock inte i det aktuella svenska fallet på grund av parets separation, samtidigt som barnets fyraåriga familjeliv med den tilltänkta modern hade blivit ”en praktisk

[2] Svensk internationell privaträtt saknar också domsrätts- och lagvalsregler om surrogatmoderskap, men reglerna avseende faderskap i 4 och 5 §§ lagen (1985:367) om internationella faderskapsfrågor torde i viss mån med sedvanlig försiktighet kunna användas analogt, se Michael Bogdan, SvJT 2002 s. 747.

realitet". HD såg därför inte någon annan utväg än att erkänna den amerikanska moderskapsdomen.

HD uttalade avslutningsvis att erkännandet av den amerikanska domen inte kunde anses strida mot grunderna för den svenska rättsordningen (*ordre public*), trots att surrogatmoderskap inte får utövas inom svensk hälso- och sjukvård. Detta sammanhänger enligt HD med de senaste årens rättsutveckling kring assisterad befruktning, strävan att underlätta för barn som tillkommit på detta sätt att få sin familjerättsliga status erkänd, samt den förändrade synen på surrogatmoderskap ur medicinsk-etisk synvinkel.

Till HD:s avgörande har fogats något så ovanligt som justitieråd ens gemensamma särskilda yttrande, där de nästan verkar beklaga och ta avstånd från sitt eget avgörande. De medger att erkännandet av den amerikanska domen innebär att flera viktiga rättsprinciper får ge vika eller inte fullt ut kan upprätthållas, såsom att barnets rätt till kunskap om sitt ursprung inte kan garanteras och att det i motsats till vad som sker vid en adoption inte kan ske någon egentlig bedömning av den tilltänkta förälderns lämplighet. Enligt yttrandet finns det därför anledning för lagstiftaren att utreda alternativa möjligheter, inklusive adoption, för dessa fall.

Vid en kritisk granskning av HD:s beslut är det till att börja med värt att notera HD:s bekräftelse av dess principiellt negativa inställning till erkännande utan lagstöd av utländska domar. I många utländska kollegors ögon framstår denna svenska inställning, som följs även när saken har nära anknytning till det främmande domslandet och avgörandet inte på något sätt är oförenligt med grunderna för den svenska rättsordningen, som förvånande och trångsynt. Särskilt gäller detta när det rör sig om en främmande familjerättslig statusdom, vars icke-erkännande kan utgöra ett direkt ingrepp i en bestående familjerelation.[3] De negativa konsekvenserna av den svenska inställningen har visserligen under årens gång successivt mildrats genom att erkännandet av flertalet viktiga utländska statusdomar numera har fått stöd i lag, men det återstår ett antal sådana avgöranden där lagfäst reglering saknas, bland annat utländska moderskapsfastställelser, dödförklaringar och domar om hävande av adoption. HD synes vara medveten om problematiken, när den skriver att det ofta finns skäl och ett visst begränsat utrymme att erkänna utländska domar av denna typ också när lagstöd därtill saknas. Denna öppning för en generösare attityd till främmande statusdomar är dock i verkligheten mycket snäv och synes att i huvudsak vara avsedd att tillämpas bara i nödfall; detta framgår av HD:s uttalande att erkännandet av den utländska domen om surrogatmoderskap "bör dock förutsätta att den rätt som barnet har att få sin identitet fastställd i den svenska rättsordningen inte kan

[3] Se närmare Michael Bogdan, Svensk internationell privat- och processrätt, 8 uppl., 2014, s. 291–295.

tillgodoses på något annat sätt som är lämpligare och även förenlig med principen om barnets bästa".

En anmärkningsvärd följd av avgörandet synes vara att den utländska moderskapsdomen tydligen inte erkänns så länge adoptionsalternativet står till förfogande, vilket bl.a. förutsätter att det tilltänkta föräldraparet är makar eller fortsätter sitt samboende. Vill den svenska kvinnan få det utländska surrogatmoderskapet erkänt i Sverige och slippa tvånget att genomgå ett svenskt adoptionsförfarande, kan hon således temporärt separera och under separationstiden ansöka om svensk domstols fastställelse av att den utländska moderskapsdomen erkänns här. Ett sådant svenskt fastställelsebeslut torde fortsätta att gälla även om paret sedan återigen flyttar ihop. Ett formellt svenskt fastställelsebeslut synes för övrigt inte alltid vara nödvändigt och det torde ofta räcka med att kvinnan i olika sammanhang vid behov hänvisar till HD-avgörandet och hävdar att paret har separerat och att hon därför inte längre kan använda sig av adoption. Men slutar den utländska domen att på detta informella sätt gälla här om paret åter flyttar samman? Kan den tilltänkta svenska moderns rättsliga föräldraskap och barnets rättsställning tillåtas variera beroende på parets kanske skiftande samboförhållanden?

Man måste hålla med justitieråden om att det finns anledning för lagstiftaren att låta utreda frågan. Olika alternativ står här till buds. En möjlighet vore att ändra på adoptionsreglerna, så att svensk adoption kan beviljas trots att paret varken är makar eller sambor. Det synes dock lämpligare och mera naturligt att modernisera reglerna om erkännande av utländska föräldraskapsdomar, exempelvis genom att ett system liknande de nuvarande reglerna om giltigheten av utländska faderskapsavgöranden i lagen (1985:367) med nödvändiga anpassningar införs även för utländska moderskapsavgöranden. En dylik modernisering borde utformas så att den även skulle täcka andra än de vanligaste fall där surrogatmoderskap beställts av en kvinna hemmahörande i Sverige; det kan ju tänkas att problemet aktualiseras exempelvis efter att en italiensk och i Italien bosatt kvinna skaffat ett barn genom surrogatmoder i Ukraina och frågan om moderskapsförhållandets giltighet i Sverige uppstår senare när kvinnan med barnet flyttat hit.