

DNA-teknik och fastställande av faderskap

I Inledning

För fastställande genom dom av faderskap till barn fött av ogift mor gäller en s.k. legal presumtion.¹ Presumtionsregeln i fråga, som numera återfinnes i 1 kap. 5 § föräldrabalken (FB), har genom år 1969 genomförd lagstiftning den innebörden att om käranden (barnet) lyckats styrka att modern och instämd man haft samlag med varandra under möjlig konceptionstid (presumerande faktum) så skall talan bifallas om det med hänsyn till samtliga omständigheter är sannolikt att barnet avlats av svaranden eller m.a.o. om dennes faderskap (det presumerade förhållandet, rättsfaktum) framstår som sannolikt.

Det har i doktrinen, bl.a. av mig själv, hävdats, att det vid sidan om den i lagen stadgade faderskapspresumtionen måste antas existera en mera generell, primär, (oskriven) faderskapsregel enligt vilken faderskapstalan skall bifallas om käranden lyckats styrka faderskapet, oavsett hur det förhåller sig med bevisningen i samlagsfrågan.² Detta innebär egentligen ingenting annat än att det måste antas vara möjligt att fastställa faderskap inte endast med tillämpning av regeln i 1 kap. 5 FB med

¹ Se närmare Saldeen, Fastställande av faderskap, 1980, s.51ff. med vidare hänvisningar.

² Se Ekelöf, Rättegång IV, 5 uppl. (1982), s.94 och Saldeen i not 1 a.a. s.54ff. och s.78f.

dess krav på styrkt samlag utan även med tillämpning av allmänna bevisprinciper. I förhållande till den generella, primära, (oskrivna) faderskapsregeln innebär alltså presumtionsregeln med dess krav på styrkt samlag den bevislättningen när det gäller rättsfaktum, dvs. faderskapet, att detta inte, som enligt den generella regeln, behöver styrkas utan att det räcker med att detta görs sannolikt.

I *NJA 1998 s. 184* – och i vilket kändesidan kunde såsom bevisning åberopa resultatet av rättsgenetisk undersökning utförd med *DNA-teknik* – har HD fastställt faderskap med tillämpning av allmänna bevisprinciper eller, om man så vill, med tillämpning av nyss nämnda generella, primära, faderskapsregel.³ Då möjligheterna för en kändelse i ett faderskapsmål att direkt styrka faderskapet givetvis varit ytterligt begränsade innan DNA-tekniken började användas vid medicinsk faderskapsdiagnostik under innevarande decennium har naturligen frågan om möjligheten att fastställa faderskap med tillämpning av allmänna bevisprinciper (i stället för med tillämpning av presumtionsregeln i FB) mycket sällan aktualiserats i rättspraxis. Så var dock fallet i rättsfallen *NJA 1984 s. 49* samt *1985 s. 236 I och II*, i vilka fall den muntliga bevisningen rörande samlag inte ansågs tillräcklig för att samlag skulle kunna anses styrkt men där svarandens faderskaps sannolikhet på grundval av s.k. blodgruppsstatistiskt faderskapsindex var förhållandevis hög.⁴ Innan här det i april i år avgjorda fallet presenteras lämnas som en bakgrund en kortfattad redogörelse för de nyss nämnda tidigare avgörandena.

II Bakgrund

I fallet *NJA 1984 s. 49* hade underrätterna ogillat faderskapstalan, då samlag under möjlig konceptionstid inte kunde mot svarandens bestridande anses styrkt. (Denne medgav dock att han haft samlag med barnets mor å annan tid.) Svarandens på grundval av företagen blodundersökning framräknade faderskapsindex uppgick till 1 287

³ Genom det aktuella avgörandet prövade HD för första gången DNA-baserat rättsgenetiskt undersökningsresultats bevisvärde när det gäller fastställande av faderskap. – I sitt examensarbete (20 p.) ”DNA-teknik och faderskapsfastställelse”, Juridiska inst., Uppsala universitet, ht 1997, har en av mina studenter (Ann Engwall) bl.a. genomfört en undersökning av praxis vid ett antal utvalda underrätter när det gäller den fråga arbetets titel anger.

⁴ Se om sådant index bl.a. Saldeen i not 1 a.a. s. 149 ff.

motsvarande (vid utgående från vissa förutsättningar) en faderskaps-sannolikhet å 99,9 %.⁵ HD:s majoritet (JustR:n Knutsson, Palm och Broomé) ställde i detta fall frågan ”om man inte, i fall när den muntliga bevisningen för samlag ej är fullt tillräcklig men när denna tillsammans med de blodgenetiska undersökningsresultaten och övriga omständigheter likväl med stor tyngd pekar på en viss mans faderskap, bör kunna förklara mannen som far utan att först som ett mellanled finna samlag utrett. Ett sådant förfaringssätt skulle visserligen innebära en avvikelse från det handlingsmönster för domstolarna som 1 kap. 5 § FB anvisar. Det bör emellertid beaktas att huvudskälet till lagrummets uppbyggnad är att man har velat ge barnet en bevislättnad. Om man enligt allmänna principer om bevisning ställde upp ett krav på att själva faderskapet skulle styrkas, skulle detta leda till att faderskap endast undantagsvis skulle kunna fastställas (jfr prop. 1969:124 s. 80). Av den anledningen har lagrummet formulerats som en presumptionsregel där endast samlag behöver styrkas. Presumptionsregeln kan emellertid inte anses innebära att det skulle vara otillåtet att rättsligen fastställa ett faderskap med tillämpning av allmänna bevisprinciper, när detta visar sig vara möjligt. I doktrinen har det också antagits att det vid sidan av presumptionsregeln finns en oskriven ’generell’ eller ’primär’ faderskapsregel, enligt vilken faderskapstalan skall bifallas, om barnet direkt kan bevisa faderskapet (Saldeen, a.a. [Fastställande av faderskap (1980), min anm.] s. 5 ff. och 78 f., Ekelöf, Rättegång IV, 5 uppl., s. 94).” Denna allmänna bevisregel borde dock enligt HD användas med stor försiktighet. ”Det måste krävas att stödet för moderns påstående om samlag under konceptionstiden är, fränsett de genetiska förhållandena, starkt, om än inte fullt tillräckligt för att samlaget skall anses styrkt. Vidare bör fordras att de blodgruppsserologiska undersökningsresultaten på ett entydigt sätt pekar på att svaranden är barnets far; det finns

⁵ Vid beräkning av faderskapssannolikhet på grundval av blodgruppsstatistiskt index utgår från att det alltid finns minst en annan faderskapsmöjlighet. Detta innebär att om modern endast utpekat en man som möjlig far förutsätts det att det finns minst en okänd man som också kan vara barnets far och att den undersökta mannen och den okände mannen har i övrigt (dvs. om man bortser från blodgruppsförhållandena) samma chans att vara barnets far. Se närmare t.ex. Saldeen i not 1 a.a. s. 154 ff. med vidare hänvisningar.

här anledning att med försiktighet bedöma också höga faderskapsindex. Det måste slutligen förutsättas att inte andra omständigheter drar faderskapet i tvivelsmål. Av särskild betydelse härvidlag är beaktansvärda misstankar om ytterligare faderskapsmöjligheter.” HD (majoriteten) fann så i detta fall att vid en samlad bedömning av bevismaterialet framstod möjligheten att svaranden inte var far till det aktuella barnet som så avlägsen att den rimligen kunde lämnas ur räkningen. I stället fick det med tillräcklig grad av säkerhet ”*anses utrett*” att svaranden var barnets far. Minoriteten (JustR:n Magnusson och Mannerfelt) menade att även ”om alltså ett faderskap åtminstone i vissa fall kan fastställas med hjälp av en mera direkt faderskapsregel” så fanns det i det aktuella fallet inte tillräcklig anledning att använda denna regel. Det var i stället ”naturligast att följa det handlingsmönster som 1 kap. 5 § FB anvisar”. Därvid borde de genetiska undersökningsresultaten ”kunna användas för att ge ytterligare stöd åt den muntliga bevisningen i samlagsfrågan”. Då omständigheterna i målet enligt minoritetens mening sammantagna ledde till att det fick anses utrett, att svaranden haft samlag med barnets mor under konceptionstiden och det med hänsyn till samtliga omständigheter var sannolikt att barnet avlats av denne skulle faderskapstalan bifallas. Minoriteten ansåg m.a.o. att den genetiska bevisningen kunde användas som tilläggsbevisning i samlagsfrågan vid tillämpning av presumtionsregeln i 1 kap. 5 § FB.

Även i rättsfallet *NJA 1985 s. 236 I* bestred svaranden att han haft samlag med barnets mor under konceptionstiden. (Liksom i *NJA 1984 s. 49* medgav svaranden dock, att han haft samlag med barnets mor å annan tid.) Vid s.k. utvidgad rättsgenetisk undersökning hade svaranden erhållit ett faderskapsindex på 2 300–3 100, innebärande en faderskapssannolikhet över 99,9 % vid gängse antaganden.⁶ Tingsrätten, vars dom fastställdes av HovR:n, ogillade faderskapstalan enär det ej styrkts i målet att svaranden haft samlag med barnets mor under konceptionstiden. HD däremot biföll faderskapstalan. HD:s majoritet (JustR:n Nyman, Vängby och Bengtsson) fann med åberopande av det här tidigare anförda rättsfallet *NJA 1984 s. 49* att det även i det nu aktuella fallet var möjligt att fastställa faderskapet med tillämpning av

⁶ Jfr vid not 4.

allmänna bevisprinciper. Minoriteten (JustR:n Höglund och Lind) däremot ansåg att presumtionsregeln i 1 kap. 5 § skulle tillämpas, dvs. först skulle utredas om barnets mor haft samlag med den utpekade mannen under konceptionstiden och därefter skulle prövas om det var sannolikt att barnet avlats av denne. ("Förhållandet gör det till och med tveksamt, om avvikelse kan göras från en sådan metod".) Vid utredningen av samlagsfrågan ansåg minoriteten det vidare vara möjligt att hämta stöd i resultatet av den rättsgenetiska undersökningen.⁷ Också i rättsfallet *NJA 1985 s. 236 II* förnekade svaranden att han haft samlag med barnets mor under konceptionstiden men medgav samlag med denna å annan tid. Tingsrätten biföll faderskapstalan medan HovR:n med upphävande av tingsrättens dom ogillade talan. HovR:ns dom fastställdes av HD. I detta fall, som avgjordes av samma ledamöter som i det förra fallet, ville en ledamot (JustR Bengtsson) bifalla faderskapstalan sedan han funnit att den i målet föreliggande rättsgenetiska bevisningen var tillräcklig för ett fastställande av faderskapet med tillämpning av allmänna bevisprinciper. Av de fyra ledamöter som inte ansåg att faderskapstalan kunde bifallas utgick i detta fall liksom i fallet *NJA 1985 s. 236 I* JustR:n Nyman och Vängby från att prövningen skulle avse frågan om huruvida faderskapet med hänsyn till föreliggande resultat av rättsgenetisk undersökning kunde fastställas med tillämpning av allmänna bevisprinciper medan JustR:n Höglund och Lind naturligt nog vidhöll uppfattningen om att man i stället skulle tillämpa presumtionsregeln i 1 kap. 5 § FB och att man därvid, när det gällde utredningen av frågan om barnets moder haft samlag under konceptionstiden med den instämde mannen, kunde hämta stöd i resultatet av den rättsgenetiska undersökningen. På grund av rättegångsbalkens omröstningsregler kom HD:s dom i detta fall att avfattas i enlighet med JustR:n Höglunds och Linds uppfattning.⁸

⁷ Tilläggs kan om fallet *NJA 1985 s. 236 I* att JustR Bengtsson, som alltså tillhörde majoriteten, tillade följande för egen del: "Med hänsyn till den ståndpunkt HD:s majoritet intagit i rättsfallet *NJA 1984 s. 49* anser jag mig böra följa det resonemang som referenten fört i anslutning till detta rättsfall. Valet av sätt att resonera torde emellertid i praktiken ha ringa betydelse; principen i 1984 års fall bör, förnuftigt tillämpad, i allmänhet leda till samma resultat som om man beaktade genetiskt undersökningsmaterial också i frågan om samlag ägt rum under konceptionstiden."

⁸ JustR Höglund hade ordförandens utslagsröst.

Höglund har senare i en uppsats diskuterat den aktuella frågan och närmare utvecklat skälen för sin egen ståndpunkt.⁹ Avslutningsvis frågar Höglund, sedan han förklarat att "[i] de fall då ett särdeles högt faderskapsindex erhållits och i förening därmed en osedvanligt stor faderskapssannolikhet, statistiskt sett, vill det synas som om undersökningsresultatet har en sådant värde i sig att det kan användas som ytterligare bevis i samlagsfrågan", om förutsättningarna är speciella på det sätt som sammanfattats i *NJA 1984 s. 49*: "Men kan man då inte lika gärna, som majoriteten i 1984 års fall, gå direkt på faderskapsfrågan? Att märka är nämligen att resultatet av den rättsgenetiska undersökningen kan användas som bevismedel i samlagsfrågan endast när det också är sådant att det, när väl samlag är styrkt, gör faderskapet sannolikt. Jo, det borde väl gå. Om inte den där lilla haken funnits där som enligt det förut anförda gör att det ännu inte är möjligt att styrka faderskapet annat än i särskilda undantagsfall. Man *kan* alltså som regel inte finna faderskapet styrkt, utan man får nöja sig med en sannolikhetsbedömning. Genom att följa lagregelns mönster vinner man dels – reellt – den kontroll som det innebär att göra en halvhalt i fråga om samlagsrekvisitet, dels – formellt – en slutsats som stämmer fullt överens med lagregeln".¹⁰ – Höglunds uppfattning i frågan om möjligheten att vid tidpunkten för uppsatsens författande styrka faderskap var nog välgrundad.¹¹ Genom införandet av DNA-tekniken i de rättsgenetiska faderskapsutredningarna måste dock, som här framgått, saken nu anses ha kommit i ett helt annat läge.

III Rättsfallet

I det fall HD avgjorde den 1 april 1998, *NJA 1998 s. 184*, gällde frågan faderskapet till en flicka född i februari 1985. Den normala konceptionstiden kunde beräknas till den 12 maj – den 1 juli 1984. Vid faderskapsutredningen utpekade barnets mor först efter hand fem olika män som hon haft ett eller flera samlag med under våren och somma-

⁹ Höglund, Den svenska faderskapsregeln i rättspraxis (i Festskrift till Curt Olsson, 1989, s. 178 ff.)

¹⁰ Höglund a.a. s. 187.

¹¹ Se dock nedan under IV ang. min uppfattning i frågan om utnyttjande av rättsgenetiska undersökningsresultat som tilläggsbevisning i samlagsfrågan vid tillämpning av presumtionsregeln i 1 kap. 5 § FB.

ren 1984. Sedan rättsgenetisk undersökning visat, att ingen av dessa män kunde vara barnets far utpekade hon den i målet instämde mannen. Denne medgav, att han haft samlag med barnets mor under hösten 1983 men förnekade att han överhuvudtaget träffat denna under 1984. Barnets mor påstod dock att hon hade ett minne av att svaranden, som hon då fortfarande var förtjust i, besökt hennes lägenhet vid ett tillfälle sommaren 1984 när hon hade en fest och att de då hade haft samlag med varandra. (Vid förhör under sanningsförsäkran i tingsrätten uppgav modern att hon var ”nästan hundra procent säker” på att hon haft en fest i sin lägenhet sommaren 1984 och att hon därvid haft samlag med svaranden men att hon inte kunde säga detta med ”hundra procents säkerhet”, då det var så länge sedan.) En rättsgenetisk undersökning med DNA-teknik omfattande barnet, dess mor och svaranden utvisade att det inte förelåg någon genetisk oförenlighet mellan barnet och svaranden. Dennes faderskapsindex uppgick till 255 000 innebärande en faderskapssannolikhet över 99,999 %. Den totala uteslutningskapaciteten uppgick till 99,997 %, innebärande teoretiskt att av 100 000 felaktigt utpekade män kunde alla utom tre uteslutas från faderskapet genom den företagna rättsgenetiska undersökningen.

Tingsrätten gjorde följande bedömning:

För bifall till [barnets] talan krävs det först och främst att det är utrett att [svaranden] haft samlag med [barnets mor] under den tid då barnet kan vara avlat. Någon annan direkt på den frågan inriktad bevisning än förhöret med [barnets mor] har [barnet] inte lagt fram. [Barnets mors] uppgifter och annan utredning visar att det inte var förrän år 1992, alltså omkring åtta år efter [barnets] födelse och först sedan den ene efter den andre av de män som hon efter hand pekat ut som möjliga fäder till sitt barn hade uteslutits från faderskapet, som hon drog sig till minnes ett enstaka samlag med [svaranden] under oklara omständigheter någon gång under sommaren 1984. Redan av den anledningen måste hennes utsaga värderas med stor försiktighet. Dessutom gör hennes reservationer när hon hörts att hennes uppgifter mera framstår som förmodanden än en redovisning av en någorlunda klar och på särskilda händelser eller förhållanden stödd minnesbild av att hon haft samlag med [svaranden] under konceptionstiden. Bevisningen för samlag har således inte den tyngden att den ens tillsammans med det rättsgenetiska undersökningsresultatet och dess synnerligen höga faderskapsindex och uteslutningskapacitet gör att det kan anses utrett att det påstådda samlaget har förekommit (jfr rättsfallen NJA 1984 s. 49 och 1985 s. 236, nr I och II). Följaktligen skall (barnets) talan ogillas.

Hovrätten, som fastställde tingsrättens dom, förklarade i sina domskäl endast att den gjorde samma bedömning som tingsrätten.

HD (JustR Magnusson, som deltog även i 1984 års avgörande, samt JustR:n Lars Å. Beckman, Munck, Regner och Victor), som med ändring av hovrättens dom förklarade att svaranden var far till det aktuella barnet, anförde följande i sina domskäl:

[Barnets mor] och [svaranden] har i Högsta domstolen vidhållit. [barnets mor] att hon har haft samlag med [svaranden] inom konceptionstiden och [svaranden] att de visserligen har haft samlag men inte under den tiden. Konceptionstiden har beräknats till den 12 maj–1 juli 1984.

Hovrätten har inte funnit utrett att det förekommit samlag mellan [barnets mor] och [svaranden] under den tid då [flickan] kan vara avlad. Hovrätten har därvid i huvudsak grundat sitt avgörande på den muntliga bevisning som förebragts i målet. Om avgörandet i Högsta domstolen skulle grundas enbart på den muntliga bevisningen, finns det inte skäl att göra ändring i hovrättens bedömning.

Frågan är då om resultatet blir ett annat, om man även beaktar i målet åberopade rättsgenetiska blodundersökningar. Högsta domstolen har i två tidigare avgöranden (NJA 1984 s. 49 och 1985 s. 236 I) funnit att i fall, när den muntliga bevisningen för samlag inte är fullt tillräcklig, det under vissa omständigheter bör vara möjligt att med tillämpning av allmänna bevisprinciper fastställa faderskap på grundval av muntlig bevisning rörande samlag, rättsgenetiska undersökningsresultat och övriga omständigheter.

[Barnets mor] och [svaranden] har båda uppgett att de har haft samlag under 1983. De arbetade då på restaurang [S.] i [D.]. [Barnets mor] slutade sin anställning efter några veckor och flyttade till [K.]. [Svaranden] slutade sin anställning i mars 1984 och påbörjade en yrkesutbildning i [K.]. Han har uppgett att han efter det att [barnets mor] slutade på [S.] inte träffat henne förrän 1992 i samband med faderskapsutredningen. [Barnets mor] har ett minne av att [svaranden], som hon fortfarande var förtjust i, besökte henne i maj eller juni 1984, troligtvis i samband med en fest, och att de då hade samlag. Hon har förklarat att hon är helt säker på att hon under konceptionstiden inte haft samlag med någon annan man som inte har varit aktuell under faderskapsutredningen.

Vad angår rättsgenetisk undersökning har under faderskapsutredningen sådan undersökning utförts på förutom [svaranden] också fem andra män. De senare har uteslutits genom oförenlighet i två eller flera blodgrupps-, serumprotein- eller enzymssystem.

[Svaranden] har undersökts vid två tillfällen. I båda undersökningarna har möjligheten att han kan vara [barnets] far befunnits vara icke utesluten. I den första undersökningen, som inte omfattade någon DNA-analys, var uteslutningskapaciteten 97,8 %. Faderskapsindex angavs till 520 och faderskaps-sannolikhet beräknad med gängse antaganden till 99,8 %. Efter den andra

undersökningen, som gjordes 1995 och innefattade fyra DNA-system, beräknades uteslutningskapaciteten till 99,997 %. Faderskapsindexet beräknades till 255 000 och faderskapssannolikheten till över 99,999 %. I utlåtandet över den andra undersökningen angavs att beräkningen av faderskapssannolikheten var grundad på svenska genfrekvenser och var en jämförelse med en slumpmässig icke utesluten man ur samma population.

Rättsmedicinalverket har den 1 augusti 1997 avgett ett av professor Bertil Lindblom vid Rättsgenetiska institutet undertecknat yttrande. Yttrandet - innehåller bl.a. följande. 1991 började DNA-tester användas i s.k. utvidgade faderskapsundersökningar och fr.o.m. 1994 har sådana tester utförts i alla faderskapsärenden. Samma år upphörde de utvidgade undersökningarna och fr.o.m. den 1 april 1995 utförs blodundersökningar i faderskapsärenden i huvudsak enbart med DNA-teknik. Med DNA-baserade analyser kan genetisk variation påvisas direkt i arvsmassan. De DNA-markörer som används vid faderskapsundersökningar består av olika långa repeterade DNA-sekvenser. De har stor variation och därmed stor förmåga att utesluta en icke biologisk far. Vanligen ingår fyra markörsystem i en undersökning men den kan kompletteras med ytterligare DNA-markörer, om detta bedöms nödvändigt för att uppnå garanterad uteslutningskapacitet eller för att styrka påvisad oförenlighet mellan mannen och barnet. Rättsgenetiska institutet garanterar en lägsta uteslutningskapacitet på 99,9 %; dvs. analyserna i ett ärende skall medge att teoretiskt minst en oförenlighet kan påvisas hos 999 av 1 000 felaktigt utpekade män. För att en man skall betraktas som utesluten krävs oförenlighet i minst tre DNA-system. - Införandet av DNA-baserade analyser har medfört att i huvudsak alla män som felaktigt utpekats som biologisk far till ett barn nu utesluts. Detta bekräftas också av resultat från undersökningar av flermansärenden. Efter införandet av DNA-analyser har det sålunda inte i något fall förekommit att två män kvarstått som möjlig far efter avslutad undersökning. Eftersom i stort sett alla felaktigt utpekade män kan uteslutas med DNA-baserade analyser är sannolikheten mycket stor för att en man som inte utesluts är biologisk far till det undersökta barnet. Detta förhållande bör särskilt beaktas, i ärenden där uteslutningskapaciteten överstiger 99,99 %, förutsatt att det till den icke uteslutna mannen inte finns någon nära anhörig. t.ex. en bror, som också kan vara möjlig far till barnet.

Beträffande undersökningen av [svaranden] anføres i yttrandet följande. Trots den omfattande undersökningen har [svaranden] inte kunnat uteslutas som far till [barnet]. Det betyder att det inte har påvisats någon oförenlighet mellan modern, [barnet] och [svaranden]. Den för [svaranden] beräknade uteslutningskapaciteten, 99,997 %, innebär teoretiskt att av 100 000 felaktigt utpekade män skulle alla utom tre kunna uteslutas. Att döma av uteslutningskapaciteten och övriga biostatistiska beräkningar (faderskapsindex och faderskapssannolikhet) är det i det närmaste uteslutet att någon annan än [svaranden] skulle kunna vara biologisk far till [barnet]. De biostatistiska beräkningarna har utförts med förutsättningen att den inte finns någon annan icke undersökt man med nära släktskap till [svaranden] som också kan vara möjlig far till [barnet]. De för [svaranden] beräknade värdena ligger mycket nära de övre gränsvär-

den som Rättsgenetiska institutet avger i sina rapporter (uteslutningskapacitet 99,999 %, faderskapsindex 1 000 000, faderskapssannolikhet 99,999 %).

I de tidigare nämnda rättsfallen från 1984 och 1985 gjordes en utförlig analys av frågan om och på vad sätt ett avgörande kunde grundas direkt på resultatet av den rättsgenetiska utredning som förts in i målet. Sedan dess har bilden förskjutits i avsevärd mån genom övergången till undersökning med DNA-teknik. Jämfört med vad som var fallet tidigare är de värden som nu kan erhållas i fråga om uteslutningskapacitet mycket höga. Med fyra DNA-system kan i genomsnitt nås en uteslutningskapacitet på 99,97 %. I dag kan man sålunda utesluta praktiskt taget alla felaktigt utpekade män i ett faderskapsärende. DNA-metoden ger också betydligt säkrare statistisk värdering (på grund av faderskapsindex) även icke utesluten mans faderskapssannolikhet än tidigare undersökningsmetoder.

I förevarande fall har som tidigare nämnts den muntliga bevisningen inte räckt till för att styrka att samlag har ägt rum mellan [barnets mor] och [svaranden] under konceptionstiden. Den rättsgenetiska utredningen har emellertid resulterat i sådana värden att det, såsom framhålls i Rättsmedicinalverkets yttrande, är i det närmaste uteslutet att någon annan än [svaranden] skulle kunna vara biologisk far till [barnet]. Någon särskild omständighet som ändå skulle kunna dra faderskapet i tvivelsmål har inte påvisats.

På grund av det anförda får det anses *utrett* att [svaranden] *är far* till [barnet]”. (Kurs. här.)

IV Diskussion

För fastställande genom dom av faderskap till barn fött av ogift mor gäller alltså fortfarande (jfr nedan) en presumtionsregel (1 kap. 5 § FB), som innebär att det för talans bifallande krävs dels att det är utrett (styrkt) att svaranden haft samlag under konceptionstiden med barnets mor, dels ock att det med hänsyn till samtliga omständigheter är sannolikt att barnet avlats av svaranden. Det har redan långt innan DNA-tekniken börjat användas vid medicinsk faderskapsdiagnostik ibland förekommit i faderskapsmål att den muntliga bevisningen rörande samlag (vanligen förhör med barnets mor och svaranden under sanningsförsäkran) inte varit sådan att samlagsrekvisitet kunnat anses uppfyllt men att det i målet förelegat resultat av rättsgenetisk undersökning (vanligen blodgruppsstatistiskt faderskapsindex) som talat för svarandens faderskap. I doktrin och rättspraxis har bl.a. behandlats frågan om huruvida det är möjligt att s.a.s. använda sådan rättsgenetisk bevisning som tilläggsbevisning i samlagsfrågan vid tillämpning av presumtionsregeln i fråga.

Vad gäller först doktrinen kan noteras att det av Walin redan lång

tid tillbaka, dvs. långt före DNA-teknikens införande i den medicinska faderskapsdiagnostiska verksamheten, hävdats att resultat av rättsgenetisk undersökning ”som ger positivt stöd för att svaranden är far till barnet därmed också i sin mån stöder uppgift av modern att samlag förekommit under konceptionstiden”.¹² Själv har jag dock efter att ha behandlat frågan i min bok Fastställande av faderskap (1980) kommit till den slutsatsen att man inte bör vid tillämpning av presumtionsregeln med dess krav på styrkt samlag tillåta sig att använda resultatet av rättsgenetisk undersökning som tilläggsbevisning i samlagsfrågan. Jag har därvid bl.a. anfört, att om man tillåter att samlaget bevisas genom den bevisning som föreligger i fråga om faderskapet, t.ex. faderskapsindex, tillåter man sig tydligen också att s.a.s. vända på presumptionen i 1 kap. 5 § FB. Den presumerade omständigheten i nämnda regel, dvs. faderskapet, blir nu presumerande omständighet och den presumerande omständigheten enligt presumtionsregeln i fråga, dvs. samlaget, blir i stället presumerad omständighet.¹³ Sedan man gjort denna presumption, och alltså funnit samlag styrkt, tillämpar man den legala presumptionen i 1 kap. 5 § FB varvid den i målet föreliggande faderskapsbevisningen åter utnyttjas som bevisning, dvs. i fråga om sannolikheten för faderskapet. Tilläggas kan bl.a. att man med detta tillvägagångssätt, som väl kan sägas likna en diskutabel form av cirkelbevisning, i praktiken fattat avgörande i faderskapsfrågan innan man tagit ställning i samlagsfrågan. Om man nämligen först anser samlag styrkt genom den i målet föreliggande faderskapsbevisningen, t.ex. faderskapsindex, kan man ju därefter knappast tänkas kunna komma fram till annan slutsats i faderskapsfrågan än att, som det stadgas i 1 kap. 5 § FB, ”det med hänsyn till samtliga omständigheter är sannolikt att barnet har avlats av (svaranden)”. Jag har dock vidare hävdats, att faderskapstalan kan bifallas enligt den primära, (oskrivna) faderskapsregeln, trots att samlaget inte styrkts på vanligt sätt. Är faderskapet enligt den primära faderskapsregeln styrkt saknar ju frågan om samlag varje betydelse som bevisfaktum. När det

¹² Det är dock då givetvis inte fråga om en legal presumption utan om en s.k. *prae-sumtio hominis* eller *facti*. Se härom närmare Saldeen i not 1 a.a. s.52 f. och s.76.

¹³ Se nu Walin, Föräldrabalken och internationell föräldrarätt, 5 omarb. uppl., 1996, s.61.

blir möjligt att genom genetisk bevisning påvisa viss mans faderskap bör det, har jag förordat, ”i domen klart framgå, att rätten funnit *faderskapet styrkt* och att man därför inte haft anledning att tillämpa presumptionsregeln med dess krav på styrkt samlag och lägre beviskrav i fråga om faderskapet”.¹⁴ Mycket viktigt att notera i sammanhanget är dock givetvis dessutom att det av flera olika skäl fanns anledning att vara försiktig med att, i fall där samlag inte styrkts på vanligt sätt, dra slutsatser av den statistiska bevisning som erbjöds genom sådant blodgruppsstatistiskt faderskapsindex som kunde beräknas efter företagen blodundersökning innan DNA-tekniken kommit i bruk.¹⁵

Om man nu mot bakgrund av det sagda ser på rättspraxis som denna gestaltar sig genom dels de tidigare avgörandena *NJA 1984 s. 49* samt *1985 s. 236 I* och *II*, dels ock genom HD:s avgörande i april i år kan man konstatera bl.a. följande.

I de två förstnämnda fallen har HD:s majoritet – sålunda enligt min mening med rätta – förkastat metoden att tillåta användandet av rätts-genetiska undersökningsresultat – närmare bestämt s.k. blodgruppsstatistiskt faderskapsindex erhållet vid den typ av blodundersökning som utfördes innan man börjat använda DNA-teknik vid sådan undersökning – som tilläggsbevisning i samlagsfrågan vid tillämpning av presumptionsregeln i 1 kap. 5 § FB. Majoriteten har i stället – också detta enligt min mening med rätta – menat, att det är möjligt att fastställa faderskap med tillämpning av allmänna bevisprinciper om bevisningen i målet är så stark att faderskapet kan anses styrkt; huruvida så verkligen kunde anses fallet i *NJA 1984 s. 49* samt *1985 s. 236 I* och *II* är dock givetvis en annan fråga.

Genom möjligheten av DNA-baserad rättsgenetisk undersökning i faderskapsärenden har bevisläget i faderskapsmålen radikalt förändrats, något som också framgår av HD:s domskäl i den här aktuella i april i år avkunnade domen. Den genomsnittliga, teoretiska, uteslutningsfrekvensen, eller sannolikheten för att en felaktigt utpekad man skall uteslutas från faderskapet genom sådan undersökning, är så hög att frågan är om man inte redan genom det förhållandet att en utpekad

¹⁴ Saldeen i not 1 a.a. s. 78f.

¹⁵ Se närmare härom Saldeen i not 1 a.a. s. 77f. Se också i HD:s (majoriteten) yttrande i rättsfallet *NJA 1984 s. 49*.

man inte kunnat uteslutas som möjlig far kan tala om att det i praktiken föreligger så stark positiv faderskapsbevisning att faderskapet kan sägas ha styrkts eller utretts. Därtill kommer emellertid också att DNA-metoden ger en betydligt säkrare statistisk värdering på grundval av faderskapsindex av en icke utesluten mans faderskaps sannolikhet än tidigare använda undersökningsmetoder. Det torde i huvudsak vara endast i det fall då det är klart, eller kan misstänkas, att också en nära anhörig till svaranden kan vara möjlig som far till det in casu aktuella barnet som värdet av resultatet av en ”högsuteslutande” DNA-baserad rättsgenetisk faderskapsutredningen kan ifrågasättas.¹⁶

I det här aktuella, i april i år avgjorda, fallet var alltså situationen som i de tidigare här redovisade fallen den att den muntliga bevisningen inte räckte till för att styrka samlag under konceptionstiden mellan barnets mor och svaranden. Då HD i detta fall, i vilket det på grund av resultatet av den rättsgenetiska undersökningen kunde anses i det ”närmaste uteslutet” att någon annan än svaranden var far till det aktuella barnet och i vilket någon ”särskild omständighet som ändå skulle kunna dra faderskapet i tvivelsmål” inte påvisats (HD avser förmodligen härmed att det inte visats att någon nära anhörig till svaranden också kunde vara möjlig far till barnet), fann HD – enligt min mening på intet sätt förvånande – enhälligt att det fick anses ”utrett” att svaranden var far till det aktuella barnet; förvånande måste dock enligt min mening underrätternas bedömning i detta fall anses vara.

Tingsrättens konstaterande i sin av HovR:n fastställda dom att ”[b]evisningen för samlag har således inte den tyngden att den ens tillsammans med det rättsgenetiska undersökningsresultatet och dess

¹⁶ Risken för tekniska fel vid de rättsgenetiska undersökningar som numera utförs vid Rättsgenetiska Institutet måste anses mycket liten genom att undersökningarna dubbleras. Den medicinska säkerheten är också mycket hög. Visserligen kan man inte helt bortse från risken av att fel föreligger på grund av mutation men sådan resulterar i så fall till felaktig uteslutning och medför alltså inte risk för att faderskapet felaktigt fastställs. Muntliga uppgifter till förf. från Rättsgenetiska Institutets chef, professor Bertil Lindblom. Tilläggas kan att Rättsgenetiska Institutet är ackrediterat enligt EN (Europasnorm) 45001 för rättsgenetisk analys med DNA-teknik, en ackreditering som för övrigt förutsätter att institutet utför särskild kvalitetskontroll. Se härom Rättsmedicinalverket, utg., Faderskapsundersökning med DNA-teknik.

synnerligen höga faderskapsindex och uteslutningskapacitet gör att det kan anses utrett att det påstådda samlaget förekommit (jfr. rättsfallen *NJA 1984 s. 49* och *1985 s. 236 nr I och II*)” kan enligt min mening möjligen ge anledning att ifrågasätta om domstolarna haft klart för sig vilka slutsatser som bör dras av dessa tre återopade rättsfall. Eftersom dessutom den rättsgenetiska bevisningen var av en helt annan styrka i det i april i år av HD avgjorda fallet än i *NJA 1984 s. 49* och *1985 s. 236 I* finns det enligt min mening också anledning att ifrågasätta domstolarnas bevisvärdering. Möjligen är förklaringen det i doktrinen uppmärksammade förhållandet att det finns en risk för att domstolarna ställer högre krav på (för att inte säga underskattar värdet av) sådan bevisning som kan uttryckas exakt, siffermässigt – såsom på det aktuella området när det gäller t.ex. faderskapsindex och faderskaps-sannolikhet – än när det är fråga om annan bevisning.¹⁷

I *NJA 1984 s. 49* (jfr *NJA 1985 s. 236 I*) uttalade HD (majoriteten) när det gäller fastställande av faderskap med tillämpning av allmänna bevisprinciper eller m.a.o. när det gäller användningen av den här diskuterade generella, primära, faderskapsregeln att det ”torde stå klart att den ... bör användas med stor försiktighet. Det måste krävas att stödet för moderns påstående om samlag under konceptionstiden är, frånsett de genetiska förhållandena, starkt, om än inte fullt tillräckligt för att samlaget skall anses styrkt. Vidare bör fordras att de blodgrupps-serologiska undersökningsresultaten på ett entydigt sätt pekar på att svaranden är barnets far; det finns här anledning att med försiktighet bedöma också höga faderskapsindex. Det måste slutligen förutsättas att inte andra omständigheter drar faderskapet i tvivelsmål. Av särskild betydelse härvidlag är beaktansvärda misstankar om ytterligare faderskapsmöjligheter”. I sin dom i det i april i år avgjorda fallet erinrar HD inledningsvis om detta uttalande men uttalar så senare i denna dom att ”[i] de tidigare nämnda rättsfallen från 1984 och 1985 gjordes en utförlig analys av frågan om och på vad sätt ett avgörande kunde grundas direkt på resultatet av den rättsgenetiska utredning som förts in i målet. Sedan dess har bilden förskjutits i avsevärd mån genom övergången till undersökning med DNA-teknik...”. Detta uttalande torde enligt min mening kunna tolkas så bl.a. att det i de tidigare

¹⁷ Se Bolding i SvJT 1953 s. 334f. och Saldeen i not 1 a.a. s. 88.

rättsfallen uppställda kravet på att ”stödet för moderns påstående om samlag under konceptionstiden [skall], fränsett de genetiska förhållandena, [vara] starkt, om än inte fullt tillräckligt för att samlaget skall anses styrkt” inte längre (genom DNA-teknikens införande vid faderskapsutredning) har samma betydelse som tidigare.

Måhända är det nu aktuella HD-avgörandet första steget i en utveckling som slutar med att lagstiftaren anser det möjligt att upphäva presumtionsregeln i 1 kap. 5 § FB varefter för fastställande av faderskap i stället skulle få gälla vanliga bevisprinciper.¹⁸

Låt mig här inskjuta att det möjligen kan verka något förvånande att HD bara några veckor efter tidpunkten för det här aktuella avgörandet den 1 april i år, nämligen den 15 april, avslog ansökan om prövnings-tillstånd i ett fall (mål nr T 445/98) rörande fastställande av faderskap till ett barn avlat genom s.k. privat insemination. Tingsrätten, som ogillade faderskapstalan, uttalade bl.a. följande: ”Som en ovillkorlig förutsättning krävs enligt 1 kap. 5 § föräldrabalken att det är utrett att den utpekade mannen haft samlag med barnets mor under tid då barnet kan vara avlat. Annat har ej gjorts gällande än att befruktning skett på konstlad väg genom insemination. [Käranden] synes dock mena att lagbestämmelsen i 1 kap. 5 § föräldrabalken ändå är tillämplig. I förarbetena till föräldrabalken är begreppet samlag ej definierat men enligt vanligt språkbruk och i medicinsk terminologi avses därmed könsligt umgänge. I målet måste, för att samlag skall anses ha skett, åtminstone krävas att [svarandens] manslem varit i beröring med [barnets mors] könsdelar. Då detta ej varit för handen, skall käromålet ogillas”. Hovrätten, som fastställde tingsrättens dom och som förde ett liknande resonemang som tingsrätten när det gällde möjligheten att tillämpa 1 kap. 5 § FB, tillade i sin dom att när det gäller ”inseminationsbarn till ogift ensamstående moder har lagstiftaren intagit den standpunkten att faderskapstalan inte skall kunna föras mot spermagivare som är ovil-

¹⁸ Jfr Saldeen, Barn och föräldrar, 3 uppl., 1997, s. 50. – Man kan väl för övrigt inte helt utesluta att uppgiften att fastställa faderskap till barn fött av ogift mor i sådana fall där rättsgenetisk undersökning kunnat utföras kan i en framtid – åtminstone i allmänhet – komma att bli en angelägenhet för Rättsgenetiska Institutet och folkbokföringsmyndigheten.

lig att erkänna faderskapet (se prop. 1984/85:2 s. 14 och 20f. samt LU 1984/85:10 s. 13f.)”. – Med hänsyn till att frågan om huruvida det verkligen föreligger hinder att föra talan om fastställande av faderskap till barn avlat genom s.k. privat insemination synes vara kontroversiell¹⁹ och med hänsyn till den av HD accepterade möjligheten att fastställa faderskap med tillämpning av allmänna bevisprinciper i stället för med tillämpning av presumtionsregeln i 1 kap. 5 § FB kan man enligt min mening beklaga, att HD ej fann skäl bevilja prövningstillstånd i detta fall.

Så till sist! Om vi går tillbaka till tidpunkten för tillkomsten av svensk rätts första lagregel om fastställande av faderskap till barn fött av ogift mor, nämligen 26 § i 1917 års lag om barn utom äktenskap, och sedan följer utvecklingen fram till våra dagar, såväl vad gäller lagreglernas utformning som utvecklingen inom den medicinska faderskapsdiagnostiken, torde man kunna säga att fastställande av faderskap var för domstolarna från början en lätt uppgift, att den efter hand blev allt mera komplicerad men att den så åter (genom den DNA-baserad medicinska faderskapsdiagnostikens utveckling) blivit förhållandevis okomplicerad. Enligt regeln i 26 § i 1917 års lag om barn utom äktenskap, som gällde fram t.o.m. ikraftträdandet av FB år 1950, hade en instämmd man i ett faderskapsmål att, om det var styrkt i målet att han haft samlag med modern under konceptionstiden, visa att det var uppenbart att barnet ej avlats vid hans samlag med modern. Samlagsfrågan avgjordes ofta genom att modern eller svaranden (i praktiken vanligen modern) fick med edgång komplettera de uppgifter som lämnats vid det fria förhöret (s.k. normerad partsed). Sällan torde domstolarna ha haft att pröva någon motbevisning från svarandens sida. Invändning om att modern haft samlag även med någon annan man eller några andra män (*exceptio plurium concumbentium*) tilläts över huvud taget inte under den tid då 1927 års lag gällde. Blodundersökningar började att i Sverige vid utredande av faderskap användas först i slutet av 1920-

¹⁹ Se Walin a.a. s. 73 vid not 78 och Singer, Fastställande av faderskap efter ”privat” insemination. JT 1995–96, s. 1063 ff. Se också Schiratzki, Några reflektioner runt de legala konsekvenserna av privat insemination, JT 1995–96, s. 257 ff.

talet och den s.k. teoretiska uteslutningsfrekvensen var därvid från början mycket låg. – Några år innan FB trädde i kraft 1950 avskaffades den normerade panseden vilket får antas ha i vissa fall kommit att komplicera bedömningen av samlagsfrågan. Det blev också efterhand möjligt att företa sannolikhetsberäkningar i faderskapsmål. Sålunda kunde man beräkna sannolikheten i procent dels för att barnet med hänsyn till vikt och längd vid födelsen kunde ha avlats vid viss uppgiven tidpunkt, dels för den utpekade mannens faderskap med hänsyn till blodundersökningsresultat. Denna möjlighet att göra sannolikhetsberäkningar i faderskapsmålen medförde också genom tillkomsten av FB införandet av en ny presumptionsregel. Enligt denna regel, som kom att gälla fram till 1970 då 1969 års lagstiftning trädde i kraft (jfr ovan under I), skulle svaranden visa att det var osannolikt ("negativ sannolikhetsbedömning") att han var barnets far, om det styrkts i målet att denne haft samlag under konceptionstiden med barnets mor. Genom 1969 års lagstiftning fick vi, som här redan tidigare nämnts en ny presumptionsregel, innebärande "positiv sannolikhetsbedömning". Den nyss nämnda medicinsk-statistiska bevisningen har emellertid måst sammanvägas med bevisningen i övrigt i målet. Här behöver endast som exempel nämnas att den faderskapssannolikhet som kunde beräknas på grundval av faderskapsindex före DNA-teknikens införande var i hög grad beroende av frågan om moderns trovärdighet när det gällde antalet faderskapsmöjligheter in casu. Det säger sig självt, att det många gånger – såväl i fall där endast en man var instämnd som i s.k. flermansfall – måste antas ha varit en vanskelig uppgift för domstolarna att söka sammanväga den medicinsk-statistiska bevisningen i form av t.ex. faderskapsindex med annan icke-kvantifierbar bevisning. – De rättsgenetiska undersökningsresultat som idag erbjuds genom DNA-tekniken utgör – om situationen är den att man ej behöver räkna med att också någon nära anhörig till svaranden kan vara barnets far – så stark bevisning för en instämnd mans faderskap att domstolarna numera sällan torde behöva fästa avgörande vid några andra omständigheter.

Efterskrift

I departementspromemorian "Föräldraskap vid assisterad befruktning för homosexuella" (Ds 2004:19) konstateras att reglerna om fastställande av faderskap moderniserats i andra nordiska länder på grund av utvecklingen i fråga om DNA-analyser. (Här kan inskjutas att i varje fall i Sverige utförs numera DNA-analys inte endast på blod utan stundom även på s.k. munskrap.) Så innebär t.ex. en lagändring i norsk rätt år 1997 att en domstol skall, oavsett hur det förhåller sig med bevisningen i samlagsfrågan, fastställa faderskapet för en instämmd man som genom DNA-analys utpekats som far. Vad gäller svensk rätt uttalas nu i nämnda departementspromemoria med hänvisning till bl.a. rättsfallet *NJA 1998 s. 184* – och även till det senare fallet *NJA 1999 s. 598* i vilket HD också ansåg att DNA-analysen resulterat i sådana värden att det kunde hållas för visst att den utpekade mannen (en avliden man) var barnets far – att det "är lämpligt att rättsläget när det gäller fastställande av faderskap kommer till bättre uttryck i lagtexten. Om det är utrett – genom DNA-analys – att barnet har avlats av mannen i fråga, bör det således framgå av lagtexten att det inte skall behöva föras någon annan bevisning om att mannen har haft samlag med barnets mor. Som har nämnts ovan kräver Rättsmedicinalverket enligt sin egen praxis att faderskapssannolikheten är minst 99,9 procent för att verket i sitt utlåtande skall kunna konstatera att en man sannolikt är barnets far. I ett sådant fall får det genom utlåtandet normalt anses utrett att barnet är avlat av mannen i fråga. Det är möjligt att DNA-analysens bevisvärde kan vara tillräckligt även i andra fall. Det kan också tänkas fall där det finns annan utredning tillsammans med DNA-analysen, t.ex. sakkunnigutlåtanden, parts- eller vittnesförhör". Det måste dock, enligt departementspromemorian, "i praktiken finnas regler för de fall där det inte kan utredas att barnet har avlats av den instämde mannen, t.ex. om det inte är möjligt att göra en DNA-analys eller om analysen inte ger ett tillräckligt svar. Det är fråga om sällsynta fall, men det kan ändå inte uteslutas att sådana situationer uppstår. Mannen kan t.ex. vara försvunnen eller död. Om blodprov inte kan tas på mannen, är det likväl i vissa fall möjligt att i stället använda blod från nära släktingar till mannen. Men resultatet från en sådan undersökning kan vara mera osäkert. Bevisvärdet av en DNA-analys kan också påverkas om det finns sär-

skilda omständigheter som talar för att det gjorts något fel vid analyserna, t.ex. att prover kan ha förväxlats, eller om närstående släktingar framstår som tänkbara faderskapskandidater. Den nu gällande bevislättningen i 5 § (1 kap. Föräldrabalken (FB), min anm.) bör behållas för sådana tillfällen”, se Ds 2004:19, s. 67f. Regeln om fastställande av faderskap genom dom i 1 kap. 5 § FB föreslås i promemorian få följande lydelse:

Skall faderskap fastställas genom dom, skall rätten förklara en man vara far, om det är utrett

1. att barnet är avlat av honom eller
2. att han har haft samlag med barnets mor eller att en befruktning på annat sätt har skett med hans sperma under den tid då barnet kan vara avlat och det med hänsyn till samtliga omständigheter är sannolikt att barnet har avlats av honom.

Faderskapet kan inte fastställas genom dom för en man som har givit sperma enligt lagen (1984:1140) om insemination eller lagen (1988:711) om befruktning utanför kroppen.

När det gäller litteratur på området, som tillkommit efter det uppsatsen skrevs, kan nämnas Singer, Föräldraskap i rättslig belysning, Ak. avh., 2000, Walin & Vängby, Föräldrabalken. En kommentar. Del I. 1–13 kap., 2001 (och Supplement 3, februari 2004), Nielsen, Faderskab og moderskab i nordisk belysning (i Strøm Bull, m.fl. red., Bonus Pater Familias. Festskrift til Peter Lødrup 70 år, 2002, s. 475 ff., Ryrstedt, Den genetiske utvecklingens familjerettslige implikationer, SvJT 2003, s. 554 ff., Lødrup, Noen farskapsspørsmål – biologiens seier i norsk rett (i Agell & Jänträ-Jareborg, red., Familjerettslige studier. Vänbok till Åke Saldeen, De lege 2003, s. 189 ff.) och Lødrup, Agell & Singer, Nordisk børneret I. Farskap, morskap og underhåll. Et sammenlignende studie af dansk, finsk, islandsk, norsk og svensk ret med drøftelser af harmoniseringsmuligheder og reformbehov, Nord 2003:4.

