De lege

Juridiska Fakulteten i Uppsala

Årsbok 2004

Några skrifter

Åke Saldeen

IUSTUS FÖRLAG

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2004
Redaktör: Nils Jareborg
Sättning: Manne Svensson
ISSN 1102-3317
ISBN 91-7678-561-0
Layout omslag: IdéoLuck AB, Stockholm
Tryck: Elanders Infologistics Väst, Mölnlycke 2004

Förord

I denna bok har jag samlat några av mina tidigare publicerade uppsatser och andra skrifter och som ger en bild av vad som intresserat mig som rättsvetenskaplig författare.

Boken inleds med en rapport till det av Statens råd för samhällsforskning den 16–17 november 1973 i Stockholm anordnade symposiet ”Mål och metoder för forskning inom civilrätten”. Rapportens titel är ”Synpunkter på tvärvetenskap och jurimetri” – På jurimetriens område rör sig också det efterföljande arbetet ”Jurimetrics and the Ascertainment of Paternity” publicerat i Scandinavian Studies in Law, 1981, s. 169 ff.

”Några frågor om ’ofödda barns’ rättsskydd” är titeln på nästa uppsats, publicerad i Kirsti Strøm Bull, m.fl. red., Bonus Pater Familias. Festskrift til Peter Lødrup 70 år, 2002, s. 577 ff. – Denna uppsats följs av mitt bidrag i tidskriften Lakimies, 1984 (s. 1250 ff.) till 250-årsminnet av tillkomsten av 1734 års lag. Uppsatsen i fråga har titeln ”Faderskapsfrågan i svensk rättsutveckling efter 1734 års lag” Därefter följer en rättsfallskommentar i Juridisk Tidskrift 1998–99 s. 174 ff. som också rör frågan om fastställande av faderskap och med titeln ”DNA-teknik och fastställande av faderskap”.

Boken avslutas med uppsatsen ”Barnets rätt till sitt ursprung” i Rättsvetenskapliga studier tillägnade Carl Hemström, De Lege, 1996, s. 249 ff. och festskriftsuppsatserna ”Något om barns rättigheter i ett europeiskt perspektiv” i Festskrift till Stig Strömholm, II, 1997,

s. 731 ff. och slutligen ”Något om faderns ställning i svensk rätt” i Festskrift till Anders Agell, 1994.

I flera fall har nu lång tid hunnit förflyta sedan arbetet första gången publicerades. I viss mån har jag sökt att genom efterskrifter àjourföra framställningen.

Jag tackar Uppsala universitets juridiska fakultet och De Leges redaktör professor em. Nils Jareborg för att jag på detta sätt fått möjlighet att ge ut de här aktuella skrifterna. Jag vill också tacka 1:e byråsekreteraren Maud Rosendal för nödvändigt ordbehandlings- och redigeringsarbete. Slutligen vill jag tacka de förlag, som tidigare publicerat skrifterna för medgivande till omtryckning i denna De Leges årsbok 2004.

Torekov i augusti 2004

Åke Saldeen

Innehåll

SYNPUNKTER PÅ TVÄRVETENSKAP OCH JURIMETRI
Rapport till det av Statens råd för samhällsforskning den 16–17 november 1973 i Stockholm anordnade symposiet ”Mål och metoder för forskning inom civilrätten” (i Statens råd för samhällsforskning, utg., Mål och metoder för forskning inom civilrätten, 1974, s. 55 ff.). 9

JURIMETRICS AND THE ASCERTAINMENT OF PATERNITY
Uppsats publicerad i Scandinavian Studies in Law, 1981, s. 169 ff. 33

NÅGRA FRÅGOR OM ”OFÖDDA BARNS” RÄTTSSKYDD
Uppsats publicerad i Kirsti Strøm Bull, m.fl. red., Bonus Pater Familias. Festskrift til Peter Lødrup 70 år, 2002, s. 577 ff. 75

FADERSKAPSFRÅGAN I SVENSK RÄTTSUTVECKLING EFTER 1734 ÅRS LAG
Uppsats publicerad i Lakimies, 1984, s. 1250 ff. 111

DNA-TEKNIK OCH FASTSTÄLLANDE AV FADERSKAP
Rättfallskommentar i Juridisk Tidskrift 1998–99, s. 174 ff. 151

BARNETS RÄTT TILL SITT URSPRUNG
Uppsats publicerad i Nils Jareborg, red., Rättsvetenskapliga studier tillägnade Carl Hemström av professorskollegerna i Uppsala, De Lege, 1996, s. 249 ff. 171

NÅGOT OM BARNS RÄTTIGHETER I ETT EUROPEISKT PERSPEKTIV
Uppsats publicerad i Åke Frändberg m.fl., red., Festskrift till Stig Strömholm, II, 1997, a. 731 ff. 197

NÅGOT OM FADERNS STÄLLNING I SVENSK RÄTT
Uppsats publicerad i Torgny Håstad m.fl., red., Festskrift till Anders Agell, 1994, s. 545 ff. 229

Synpunkter på tvärvetenskap och jurimetri

I Inledning

En livlig debatt om utvecklingsmöjligheterna inom en viss vetenskap utgör ett gott bevis på att denna är vid god vigör. Då man knappast kan tänka sig, att den vetenskapliga utvecklingen någonsin når sin definitiva slutpunkt måste denna debatt givetvis ständigt fortgå. Rättsvetenskapen kan icke antagas utgöra något undantag härifrån. För mig framstår det som självklart, att rättsvetenskapen kommer att undergå betydande förändringar i framtiden vad gäller probleminriktning och forskningsmetoder; frågan är endast hur snabbt dessa förändringar kan väntas inträda.

I Sverige har under de senaste decennierna förekommit en hel del debattinlägg från olika rättsvetenskapsmän i frågan om rättsvetenskapens gränser.[1] Man har börjat ifrågasätta, om icke tiden är inne för en omprövning av frågan om den traditionella (systematiserande) juridiska forskningens dominerande ställning och om icke det rättsvetenskapliga arbetsfältet bör utvidgas till att omfatta nya arbetsuppgifter ofta

[1] Se t.ex. Ivar Agge i Festskrift tillägnad Nils Herlitz (1955), s. 1 ff., Sten Edlund, Tvisteförhandlingar på arbetsmarknaden (1967), s. 13 ff., Jan Hellner i Festskrift till Alf Ross (1969), s. 205 ff., Åke Malmström i Tidskrift utg. av Juridiska föreningen i Finland, 1957, s. 231 ff., Alvar Nelson i Festskrift till Karl Olivecrona (1964), s. 458 ff., Per Stjernquist i Statsvetenskaplig tidskrift 1952, s. 198 ff. Se också Stig Strömholm i SvJT 1970, s. 97 ff. samt Samhällsforskning. Rapporter från fem arbetsgrupper tillsatta av forskningsberedningen (1968), s. 85 ff.

av mer eller mindre tvärvetenskaplig karaktär. Jag delar dessa åsikter och skall i det följande söka ge några synpunkter på tvärvetenskap och särskilt på jurimetri – den nya vetenskap inom juridiken som räknar USA som sitt hemland och som där mött ett ganska utbrett intresse under de senaste decennierna. Jurimetrien omfattar numera bl.a. sådana områden som ADB inom rättsväsendet (t.ex. informationssökning (författningar, rättsfall)), användning av modern logik i den juridiska analysen och utnyttjandet av kvantitativa metoder, t.ex. vid rättsfallsanalyser. Det är särskilt det sista delområdet, som kommit att intressera mig och som jag, huvudsakligen utifrån mina egna erfarenheter, skall ge några synpunkter på.

II Tvärvetenskap

a) Den vetenskapsdisciplinära uppdelningen

Gränserna mellan olika vetenskaper kan icke anses orubbliga eller givna för all framtid. Det torde i stället knappast kunna förnekas att den vetenskapsdisciplinära uppdelningen är godtycklig; någon kanske menar den vara så helt och hållet, en annan att det endast är beträffande den finare gränsdragningen som ett visst mått av godtycke föreligger. Orsakerna till att gränserna går som de faktiskt går kan vara flera; som exempel torde kunna nämnas undervisnings- och examinationshänsyn samt akademisk och nationell politik. Ibland kan det säkerligen vara fråga om rena tillfälligheter.[2] Frågan är om icke ett försök att närmare klarlägga orsakerna till rättsvetenskapens nuvarande inriktning kunde vara av värde i en diskussion om betydelsen av att överskrida denna vetenskaps gränser.

Den traditionella rättsvetenskapen kan kort uttryckt sägas se som sin främsta uppgift att utforska och klarlägga regelsystemets innehåll samt att systematisera detta. Frågan om orsakerna till rättsvetenskapens systematiserande inriktning har berörts av bl.a. Per Stjernquist.[3] Enligt denne författare skulle den främsta orsaken vara rent historisk, nämligen det stora behovet av en sådan rättsvetenskap i äldre tider då lagmaterialet var mycket oöverskådligt och otillräckligt. Stjernquist menar,

[2] Jfr Anders Granberg i Sociologisk forskning 1971, s. 4.
[3] Per Stjernquist a.a. s. 199 f.

att numera – då lagarna vanligen är systematiskt genomtänkta och detaljerade – en stark begränsning av den systematiserande rättsvetenskapens arbetsfält inträtt.

”Det finns” – förklarar Stjernquist – ”forskare från olika nordiska länder som är villiga att öppet erkänna detta. De medgiva, att de stora problemen äro lösta av den moderna lagstiftningen. De problem, som rättsvetenskapen sysslar med, ha i allmänhet karaktären av tekniska detaljspörsmål utan avgörande betydelse för samhällets trivsel, har någon tillagt. Det är ej underligt, att det kan vara svårt att rekrytera en vetenskap med *så* blygsam målsättning, med så låg himmel över sitt arbete.”

(Stjernquist har pläderat för en *funktionell* rättsvetenskap som undersöker ”rättsreglernas samspel med övriga sociala och ekonomiska faktorer i samhällslivet”.)

Stjernquists uttalande ovan härrör från hans installationsföreläsning år 1952. Anders Agell[4] har påpekat, att den under de förflutna 20 åren accelererade lagstiftningstakten i själva verket har ökat behovet av en systematiskt inriktad forskning vilket i och för sig är riktigt. Det är dock en annan sak om detta behov verkligen på ett så dominerande sätt som hittills skall styra den rättsvetenskapliga forskningens inriktning. Till denna fråga återkommer jag strax.

Den traditionella rättsvetenskapen är inriktad på domstolarnas verksamhet och det kan nu andragas även andra orsaker till denna probleminriktning än det rent praktiska behovet. En annan av de författare som diskuterat frågan om rättsvetenskapens gränser, nämligen Jan Hellner,[5] påpekar helt riktigt, att domstolarna intar en nyckelställning, då man diskuterar begreppet ”gällande rätt” och detta p.g.a. den numera allmänt accepterade rättsfilosofiska utläggningen av detta begrepp; samma nyckelposition intar domstolarna, då man betraktar rätten som en faktor i den sociala kontrollen. Vidare bör bl.a. nämnas rättsvetenskapsmännens utbildning; såväl grundutbildning vid de juridiska fakulteterna som senare domstolstjänstgöring medför, att rättsvetenskapsmännens perspektiv på problemen lätt och nära sammanfaller med domstolsjuristernas. Frågan är också om icke många rättsvetenskapsmän helt enkelt

[4] Anders Agell, Spridda tankar om civilrättens forskningsuppgifter (i Statens råd för samhällsforskning, utg., Mål och metoder för forskning inom civilrätten, 1974, s. 27).

[5] Jan Hellner a.a. s. 208 f.

är mer roade av att syssla med traditionell rättsvetenskap än med en t.ex. mer rättssociologiskt inriktad forskning. Slutligen vill jag i detta sammanhang anföra följande.

Medan det på områden utanför juridiken vanligen är vetenskapsmännen ensamma som står för produktionen av systematiskt skrivet material så avser juristyrket som helhet produktion av skriftligt material. Rättsvetenskapsmän och praktiker använder också vanligen samma material och metoder i sitt skriftliga arbete. Detta medför bl.a. att rättsvetenskapliga arbeten av traditionell typ oftast låter sig lätt kontrolleras och förstås icke blott av författarens rättsvetenskapliga kolleger utan även av de i praktiken verksamma juristerna.[6] Eftersom det nu torde förhålla sig så, att det är lättare att uppskatta sådan vetenskaplig produktion som man utan större svårigheter förstår och kan kontrollera menar jag, att det åtminstone på kort sikt kan vara en mer tacksam uppgift för en rättsvetenskapsman att ägna sig åt traditionell rättsvetenskaplig forskning en åt tvärvetenskaplig sådan. Vill rättsvetenskapsmannen vinna uppskattning speciellt hos juridikens praktiska utövare tillkommer åtminstone det skälet, att rättsvetenskapliga arbeten av traditionell art ofta anses särskilt förtjänstfulla av praktikerna, emedan dessa kanske anser sig ha mera omedelbar praktisk nytta av denna typ av forskning.

De förklaringar till den traditionella rättsvetenskapens inriktning som här ovan givits utgör förklaringar men *endast* sådana; de kan icke samtidigt innebära någon förhållningsorder till rättsvetenskapen om vad denna skall eller bör syssla med.[7] Bakom strävandena mot en utvidgning av det rättsvetenskapliga arbetsfältet ligger icke i något fall, vågar jag påstå, vare sig en önskan om eller en tro på att den traditionella rättsvetenskapen skall komma att *ersättas* av någon annan typ av juridisk forskning. Den traditionella rättsvetenskapen kommer i varje fall inom en överblickbar framtid liksom nu att ha stor betydelse. Därvid ligger, som jag ser det, denna juridiska forsknings betydelse mer i den kontroll den utövar å rättsskipningen och kanske mindre i de bidrag den lämnar till lösningen av kontroversiella och svårlösta rättstillämpningsfrågor (det kan väl icke sägas vara en helt orealistisk tanke,

[6] Jfr Vilhelm Aubert, Rättssociologi (1972), s. 225 f.
[7] Jfr Jan Hellner a.a. s. 212.

att dessa senare frågor skulle i ökad utsträckning kunna överlämnas att helt lösas av rättstillämpningen). Vad gäller frågan om betydelsen av den mer rent systematiserande delen av det traditionella rättsvetenskapliga arbetet så kan denna fråga möjligen – om man ser litet längre framåt i tiden – komma att påverkas av utvecklingen av den automatiska informationssökningstekniken.

Vad frågan avser är endast att i ökad utsträckning söka *komplettera* den rättsvetenskapliga forskningen av traditionell typ med annan typ av forskning, främst en tvärvetenskaplig sådan. Kommer den traditionella rättsforskningen att i framtiden bibehålla sin dominerande ställning inom svensk rättsvetenskap, blir följden, att viktiga forskningsområden lämnas outforskade. Tiden måste anses vara inne att på allvar söka inrikta forskningen på dessa hittills försummade områden. Att en sådan utveckling möjligen kan komma att föranleda klagan och missnöjesyttringar från praktikernas sida (dessa är av förklarliga skäl t.ex. oftast mer intresserade av att få veta hur de skall förfara vid bedömningen av ett rättsligt problem, än hur de faktiskt förfar) bör rättsvetenskapsmannen söka ta med jämnmod. (Jag kan i detta sammanhang icke underlåta att ställa frågan om icke den faktiskt bestående nära relationen mellan rättsvetenskapen och juridikens praktiska utövare (främst domare och advokater), hur högt den än kan skattas av olika skäl, utgör något av en belastning vid försöken att få till stånd en förnyelse av rättsvetenskapen.)

b) Forskningsläget på det rättssociologiska området

Det vore fel att påstå, att det tvärvetenskapliga intresset i *svensk* rättsvetenskap endast manifesterats i olika programförklaringar. En hel del skilda forskningsprojekt har också genomförts, kanske särskilt sådana som varit av rättssociologisk art. En liten översikt av huvudparten av vad som i Sverige presterats av rättssociologiskt intresse följer nedan[8] (arbeten av kriminologiskt eller eljest av kriminalrättsligt intresse beröres med ett undantag icke).

Redan år 1946 förelåg en studie av Folke Schmidt et al. med titeln ”Arbetstid och semester för jordbrukets utearbetare. En rättssociolo-

[8] Betr. andra översikter se t.ex. Torstein Eckhoff i Treves, R. & van Loon, G.J.F. ed., Norms and Action (1968), s. 21 ff.

gisk studie." Syftet var här att söka fastställa hur lagen påverkat attityder och beteenden på det område den avsåg att reglera. Denna undersökning följdes år 1949 av en undersökning – visserligen icke utförd inom rättsvetenskapen men av ett betydande intresse för denna – rörande det allmänna rättsmedvetandet, nämligen Torgny Segerstedt et al., A Research into the General Sense of Justice" (Theoria, Vol. XV, 1949, s. 323 ff.). I år har Per Stjernquist publicerat sin undersökning, "Laws in the Forests. A Study of Public Direction of Swedish Private Forestry" (1973). Undersökningens syfte är att söka klarlägga hur förändringar i socialt beteende framkallas genom lagstiftning.

Vad som särskilt bör framhållas betr. såväl Segerstedts som Stjernquists undersökningar är att de förenar *teori och empiri*. Båda dessa författare har för övrigt vid upprepade tillfällen med emfas betonat kravet på en teoribildning för den rättssociologiska forskningen. Det finns nog all anledning att understryka detta krav bl.a. därför, att det ofta torde vara först när de empiriska forskningsresultaten kan infogas i en teori som dessa resultat kan väntas få ett mer bestående värde och allmänt intresse. Det förefaller för övrigt icke osannolikt, att den rättssociologiska forskningen kommer att vinna en större uppskattning bland rättsvetenskapsmännen i gemen, när den kan stöttas av en teoribildning.

I anslutning till Per Stjernquists forskning kan gärna nämnas, att en av hans adepter, Dan Magnusson i sin fil. lic.-avhandling "Form och påverkan i organiserandet av slaktdjursproducenter. En studie av två andelsslakteriföreningar" (1968, stenc.) undersökt hur rättsliga former använts vid organiserandet av producentsamverkan på jordbrukets område.

Såväl teoretiska som empiriska ansatser förekommer också i en för några år sedan vid samhällsvetenskapliga fakulteten ventilerad doktorsavhandling, nämligen Joachim Vogel, "Aspirationer, möjligheter och skattemoral. En rättssociologisk undersökning av deklaranter" (1970).

Mindre övertygad om behovet och värdet av rättssociologisk teori synes Sten Edlund vara. "Låt dem så lyster grubbla vidare över de rättssociologiska, teoriproblemen", förklarar Edlund frankt i sin doktorsavhandling, "Tvisteförhandlingar på arbetsmarknaden. En rättslig studie av två riksavtal i tillämpning" (1967). Undersökningen syftar till att klarlägga hur uppgörelser faktiskt träffas i avtalstvister på arbets-

rättens område och är därvid starkt inriktad på de utomrättsliga faktorernas betydelse i sammanhanget.

En annan studie på arbetsrättens område av rättssociologiskt, men också av *jurimetriskt* intresse är Lennart Geijer och Folke Schmidt, ”Arbetsgivare och fackföreningsledare i domarsäte. En studie i rättsbildningen på arbetsmarknaden” (1958). I denna undersökning har traditionell rättsfallsanalytisk metod kombinerats med en kvantitativ, (statistisk) analysmetod vid studiet av domar avkunnade av AD. Avsikten var att studera vilken betydelse organisationstillhörigheten – betr. de av arbetsmarknadens organisationer utsedda ledamöterna av AD – hade i den judiciella beslutsprocessen.

I min egen undersökning, ”Skadestånd vid äktenskapsskillnad. En rättssociologisk och jurimetrisk studie” (1973) var syftet att söka fastställa vilken faktisk betydelse regeln om skadestånd vid äktenskapsskillnad hade och hur regeln faktiskt tillämpades. I undersökningen ingick en ganska omfattande studie av underrättspraxis som också faller inom jurimetriens område i det att rättsfallsanalysen huvudsakligen genomförts med olika statistiska analysmetoder med hjälp av ADB-teknik.

Av betydande intresse ur forskningsmetodisk synpunkt är Jan Hellners förberedande utredning, ”Rättssociologisk undersökning av skadeståndsrätten” (SOU 1969:58). Nämnas bör också den, såvitt jag vet ännu ej helt avslutade dansk-svenska undersökningen rörande skiljeförfarandet, som på initiativ av Per Olof Ekelöf och under ledning av bl.a. Per Olof Bolding igångsattes för några år sedan. Undersökningen syftar till att få fram en klarare bild av det frivilliga skiljeförfarandets betydelse vid konfliktlösning.

(En rapport rörande undersökningen har publicerats av Britt-Mari Blegvad, Per Olof Bolding och Ole Lando under titeln: ”Konfliktlösning genom skiljeförfarande I. Konfliktløsning ved voldgift I. Introduktion, metodproblemer og tabeller” (1971).)

Vid sidan av vad nu nämnts föreligger ett ganska betydande antal mindre arbeten av rättssociologiskt intresse. Jag tänker då närmast på dels olika uppsatser i ämnet tillämpade studier i juridik i jur. kand.-examen, dels lic.-avhandlingar och betygsuppsatser vid samhällsvetenskaplig fakultet. (Betr. uppsatser i tillämpade studier i juridik kan hänvisas till den av Statens råd för samhällsforskning utgivna översikten ”Rätts-

vetenskapliga undersökningar vid de juridiska fakulteterna".)

Slutligen bör nämnas att det numera icke är ovanligt, att i rättsvetenskapliga arbeten av traditionell typ, författaren låtit använda sig av intervju- eller enkätteknik vid faktainhämtandet på undersökningsområdet.

Som exempel härpå kan nämnas Bertil Bengtssons undersökning av försäkringspraxis i "Skadestånd vid sport, lek och sällskapsliv" (1962), Per Olof Ekelöfs undersökning av underrättsförfarandet i verket "Rättegång", Carl Martin Roos' enkätundersökning bland advokater samt bank- och affärsjurister i doktorsavhandlingen, "Avtal och rösträtt. En aktiebolagsrättslig studie" (1969) samt Lars Welamsons enkätundersökning bland konkursdomare och andra med konkursrätt sysslande praktiker i verket "Konkursrätt" (1961).

Den ovan lämnade redogörelsen visar, att det i varje fall för rättssociologins vidkommande icke helt saknas genomförda tvärvetenskapliga projekt. I förhållande till vad som produceras av mer rent traditionell rättsvetenskaplig karaktär måste dock den tvärvetenskapliga forskningen inom rättsvetenskapen fortfarande sägas vara blygsam.

c) Tänkbara orsaker till motståndet mot realiserandet av tvärvetenskaplig forskning

Som mer allmängiltiga orsaker till motståndet mot att överskrida de vetenskapliga fackgränserna har bl.a. följande anförts.[9]

(i) Varje professors starka "gruppidentifikation", dvs. att göra sig till ett med den särskilda vetenskap han företräder,

(ii) de unga forskarnas ängslan för att deras vetenskapliga arbeten icke skall bli godtagna inom ett speciellt ämne (betr. rena team-work-arbeten föreligger dessutom problemet om hur dessa skall värderas vid en doktorsdisputation eller senare i en universitetskarriär) och

(iii) den tidspress som vetenskapsmannen är utsatt för.

[9] Henning Friis i Informasjon fra Nordisk Sommeruniversitet (2:1965), s. 82 f.

Vad gäller den sistnämnda faktorn är det väl ofta så, att vetenskapsmannen anser sig ha fullt upp med att söka hålla sig à jour med utvecklingen inom det egna facket samtidigt som han skall forska, undervisa och administrera. Att söka sätta sig in i andra vetenskapers terminologi, teorier och metoder samt att söka ”hänga med” i dessas fortskridande utveckling upplevs säkerligen ej sällan som en övermäktig uppgift. Många vetenskapsmän har väl också ofta den uppfattningen, att det fortfarande finns tillräckligt mycket av intresse att göra inom den egna vetenskapen och inser inte värdet av att försöka utvidga gränserna för den egna disciplinen.

Jag skulle härutöver vilja peka på två, som jag tror, icke oväsentliga faktorer i sammanhanget, nämligen dels forskarens ängslan för att hans tvärvetenskapliga arbete skall komma att framstå som alltför dilettantiskt, dels hans fruktan för att undersökningen kommer att dra med sig betydande kostnader.

En närmare diskussion av den förstnämnda faktorn leder enligt min mening bl.a. in på frågan om *formerna* för den tvärvetenskapliga forskningen.

d) Former för den tvärvetenskapliga forskningen

Jag skall här icke tala om den stora betydelse Statens råd för samhällsforskning, Nordiska Sommaruniversitetet eller olika föreningar, såsom Nordisk Förening för Rättssociologi, har för den tvärvetenskapliga forskningens utveckling. Vad jag i stället vill uppehålla mig vid är frågan om formerna för det tvärvetenskapliga arbetet på *universitetsplanet*, en fråga som jag tror är synnerligen viktig.

Var och en som sysslar eller sysslat med vetenskaplig forskning torde kunna vittna om vilken betydelse interaktionen med andra forskare har för forskningsarbetet. Det är då icke i första hand det tankeutbyte mellan forskarna som förekommer vid kanske sporadiskt återkommande vetenskapliga seminarier som jag har för ögonen utan i stället framför allt de mer informella kontakter som kan äga rum litet när som helst. Den forskare som håller sig inom de etablerade vetenskapliga disciplinerna har genom sin institution ofta denna möjlighet till ständigt tankeutbyte med sina forskarkolleger vilket sålunda utan tvekan verkar befruktande på forskningsarbetet. Det paradoxala är dock nu att för den tvärvetenskaplige forskaren, vilken icke blott har behov av

kontakt med andra forskare för att få idéer och uppslag diskuterade, utan även för att få hjälp med lösningen av olika problem ofta av rent teknisk art som dyker upp under forskningsarbetet, saknas oftast denna möjlighet till s.a.s. alldaglig och nära kontakt med för honom relevanta vetenskapsmän. Jag tror icke, att man nog kan understryka vikten av detta problem. I åtskilliga andra länder finns ett institutionaliserat tvärvetenskapligt samarbete på universitetsplanet, som utan tvivel är av den allra största betydelse för den tvärvetenskapliga utvecklingen.

USA synes här vara föregångslandet.[10] Då det gäller forskningsinstitut av speciellt intresse för rättsvetenskapen bör särskilt nämnas Center for the Study of Law and Society, Univ. of California, Berkely. (Vid detta institut har sådana namnkunniga rättssociologiska forskare som Philip Selznick, Jerome Skolnick, Sheldon Messinger och Philippe Nonet utfört betydande insatser.)

I detta sammanhang må också nämnas de program för tvärvetenskaplig utbildning av såväl professorer som studenter både bland jurister och samhällsvetare som förekommer vid Univ. of Wisconsin, Madison under titeln: ”Russel Sage Foundation Program in Sociology and Law”; ett liknande program finns vid Northwestern Univ.

Vad gäller tvärvetenskapliga forskningsinstitut i Norden bör nämnas Institut for Samfunnsforskning (i lovprisande ordalag beskrivet av Hans Zetterberg i Sociologisk forskning 1966 s. 7 f.) och Institut for rettssosiologi og forvaltningslœre i Oslo. I Sverige finns det av Per Stjernquist ledda Rättssociologiska seminariet i Lund.

Då det torde vara mindre vanligt, att en rättsvetenskapsman som vill ge sig in på tvärvetenskaplig forskning har de kunskaper om andra vetenskaper som kan vara erforderliga för undersökningens genomförande, så har han att välja mellan att söka på egen hand skaffa sig dessa kunskaper eller att konsultera experter inom dessa andra vetenskaper (jag bortser i detta sammanhang från möjligheten till team-work arbete). Det förstnämnda alternativet medför oundgängligen – om undersökningen är av någon svårighetsgrad – en betydande tidsåtgång, något som jag pga. egna erfarenheter själv kan vittna om. Väljer han det sist-

[10] Se Friis a.a. s. 87 ff. samt särskilt betr. institut av rättssociologiskt intresse Hans Klette, Amerikansk rättssociologi. Rapport från en studieresa. (Stencilskrifter fra Institutt for rettssosiologi og forvaltningslœre. Nr 4 1967.)

nämnda alternativet, dvs. att konsultera experter (detta kan han även om han valt det förstnämnda alternativet icke blott behöva utan även böra göra i vissa fall) så uppstår också problem. Först bör nämnas att den tvärvetenskapligt orutinerade forskaren ej sällan kan antagas ha så svårt att klart definiera sina frågeställningar, att varken han eller någon annan egentligen vet vilken typ av expert som bör konsulteras. När vår forskare väl fått tag i en expert som är villig att på *allvar* hjälpa till med undersökningen (även detta kan vålla problem) så uppstår olika kommunikationssvårigheter mellan honom och experten. Det är icke endast så, att de kanske använder en för varandra främmande terminologi utan deras tankar går också ofta i skilda banor. Missförstånden blir lätt otaliga och det gäller att klara upp dessa, så att verkningarna för forskningsarbetet icke blir förödande. Ett annat problem är av mer praktisk art. Den som själv saknar de för forskningsarbetet nödvändiga kunskaperna om andra vetenskaper klarar sig sällan genom att konsultera experten (eller experterna) vid några enstaka tillfällen, t.ex. vid för ändamålet särskilt anordnade seminarier. Vad som fordras är ofta en mer eller mindre kontinuerlig hjälp under forskningsarbetets gång. (Vill det sig riktigt illa, kan forskningen helt få läggas åt sidan en längre tid i avbidan på att forskaren skall få hjälp med lösningen av ett problem av en ofta strängt upptagen och svåråtkomlig expert.) Man skall icke underskatta betydelsen av dessa problem även om de kanske för någon framstår som triviala.

Den på universitetsplanet outvecklade kontakten mellan olika vetenskapsgrenar upplever jag, som tvärvetenskapligt intresserad, som mycket besvärande. Vilka betydande forskningsresultat skulle inte kunna tänkas uppnås om de stora vetenskapliga resurserna i universitetsorterna kunde samordnas i större utsträckning än hittills? (Jag är dock naturligtvis icke omedveten om att graden av *faktisk* tvärvetenskaplig aktivitet växlar från område till område.)

Jag har i Uppsala gjort ett knappast nämnvärt, opretentiöst försök att få till stånd en bättre kontakt mellan de rättsvetenskapliga och sociologiska disciplinerna genom anordnandet av särskilda seminarier. Denna verksamhet ligger dock, måste jag tillstå, f.n. nere och härför kan ingen annan än jag själv lastas. Orsaken är icke endast tidspress (!) utan också det faktum, att jag börjat bli mindre övertygad om värdet av en form för samverkan som egentligen främst består i mer allmänna diskus-

sioner av tvärvetenskapligt intresse. Jag tror i stället, att det egentligen endast är på två vägar (varvid den ena ingalunda utesluter den andra) man kan uppnå verkliga resultat. Den ena, vilken dock icke torde vara framkomlig f.n. men möjligen i en framtid, innebär, att vetenskapsmän företrädande olika discipliner rent lokalmässigt placeras i en sådan närhet av varandra att en interaktion oundgängligen blir en följd härav. Utspridningen av vetenskapsmän på olika institutioner kan sannerligen icke antagas främja den tvärvetenskapliga utvecklingen utan måste i stället ur denna synpunkt djupt beklagas. – Den andra vägen kan genast beträdas och innebär realiserandet av tvärvetenskaplig forskning i form av team-work. Fördelen härmed är icke endast att *vissa* konkreta forskningsuppgifter bättre löses av forskare i ett team än av en enskild forskare utan samarbetet kan även antagas främja kontakten som sådan mellan olika vetenskaper. För befrämjandet av team-work arbetet vore det givetvis också av stort värde, om de olika i teamet ingående forskarna åtminstone tillfälligt kunde placeras på en och samma institution. Eftersom många forskare för sina utkomstmöjligheter är beroende av universitetskarriären uppkommer gärna frågan om den akademiska meritvärderingen av team-work arbeten.

Problemet synes mig av ett så betydande allmänt intresse att jag gärna vill göra en reflektion på denna punkt. Jag bör dock kanske först försäkra att jag i det här sammanhanget verkligen icke avser att tala i egen sak, något som möjligen skulle kunna misstänkas, eftersom jag deltagit i några tvärvetenskapliga forskningsprojekt på faderskapsrättens område.[11]

I det ”riktiga” team-work arbetet, om uttrycket tillåtes, står de olika forskarna icke endast för var sin lätt definierad del som i slutprodukten mer eller mindre behändigt ”saxats” ihop till något helt. Det är väl i stället så, att det under hela forskningsarbetet försiggått en intim sam-

[11] Eklund, G., Saldeen, T. & Saldeen, Å.: Värdet av graviditetslängdsuppgifter vid fastställande av faderskap, SvJT 1971 s. 538 ff., Saldeen, Å., Eklund, G. & Saldeen, T.: A method for follow-up studies of court judgments in serologically investigated paternity cases. Forens. Sci. 1972, Vol. 1, s. 118, Eklund, G., Saldeen, T., Saldeen, Å. & Vamosi M., Har antalet fall där faderskapstalan ogillats ökat efter införandet av den nya faderskapsregeln (FB 3:3)? (Stenc.) och Saldden, Å. & Saldeen, T., Om sannolikhetsbegreppet i regeln om fastställande av faderskap till barn utom äktenskap (FB 3:3). (Stenc.).

verkan i form av diskussioner och tankeutbyten betr. alla eller de flesta behandlade problemen. Det är ju detta som är den stora poängen och som gjort att en viss forskningsuppgift över huvud kunnat lösas eller i varje fall blivit bättre löst än om en forskare ensam gripit sig an uppgiften (ev. då med hjälp av experter på de områden som han ej själv behärskar). En bedömning av ett team-work arbete kan därför knappast böra ensidigt inriktas på att exakt söka fastställa vad den eller den författaren står för. Det största värdet med arbetet kan ligga i själva den samverkan som ägt rum och detta värde bör tillgodoräknas envar av författarna, oavsett vem av dem som i varje särskilt moment kan antagas ha s.a.s. hållit i pennan.

Innan jag lämnar frågan om team-work arbeten vill jag peka på en särskild möjlighet till sådan forskning. Inom ramen för ämnet tillämpade studier i jur. kand.-examen produceras årligen vid de juridiska fakulteterna ett ganska betydande antal uppsatser. Valet av ämnen antyder, tror jag man kan säga, ett visst intresse hos studenterna att få ägna sig åt andra frågor än av rent rättsdogmatisk typ. Det är sålunda t.ex. icke ovanligt, att fältundersökningar företages för att utröna vad som *faktiskt* sker på något område. De uppsatser jag tagit del av har ej sällan visat prov på stor ambition hos författarna och är ofta intresseväckande. P.g.a. främst tidsmässiga och ekonomiska skäl måste dock givetvis undersökningarna oftast utföras på sådant sätt att de får ett begränsat värde, vilket kanske gör att uppsatsarbete icke alltid upplevs som så meningsfullt.

Kunde man inte söka satsa på några större projekt gärna i samverkan med någon institution vid samhällsvetenskaplig fakultet, t.ex. den sociologiska och i dessa projekt engagera såväl juris studerande som studeranden vid samhällsvetenskaplig fakultet?[12] Det hela skulle kunna resultera i arbeten av betydande intresse och (arbetet) därför upplevas som mer meningsfullt, det skulle kunna medföra att de deltagande på ett tidigt stadium lär sig samarbetets nyttiga men ofta svåra konst och det skulle kunna ge deltagande inblickar av olika slag i en annan vetenskap, något som på sikt kanske skulle stimulera rekryteringen av tvärvetenskapligt intresserade forskare.

[12] Ett steg i rätt riktning då det gäller satsning på ett större forskningsprojekt inom ramen för tillämpade studier i jur. kand.-examen har tagits av prof. Stig Strömholm i Uppsala.

e) Kostnadsfaktorn

Jag har tidigare nämnt, att en anledning till att en forskare avstår från att ge sig in på tvärvetenskaplig empirisk forskning kan vara fruktan för de kostnader undersökningen kan väntas dra med sig. Problemet har, tror jag, bl.a. relevans för en rättsvetenskapsman, som överväger att företaga en rättssociologisk undersökning.

Det kan icke förnekas, att rättsociologiska empiriska undersökningar kostar pengar, varvid vanligen den principen gäller, att ju större undersökning, desto större kostnader för materialets insamling och bearbetning. Det kan dock vara värt att lägga på minnet att de dyraste undersökningarna ingalunda alltid är de bästa. Statistiker brukar gärna göra det viktiga påpekandet, att en stor och brett upplagd undersökning mycket väl kan tänkas vara vetenskapligt sett sämre än en mer begränsad undersökning.

Stort material är m.a.o. icke i och för sig någon garanti för undersökningens värde ens ur statistisk synpunkt. Det viktigaste torde i stället vara, att undersökningen är ordentligt planlagd, att urvalet (vid en stickprovsundersökning) skett med vedertagen metod, att insamlingsinstrumentet har hög validitet, dvs. att det är så konstruerat att det verkligen mäter vad som skall mätas etc. Jag tror alltså att man kan säga, att det går att komma ganska långt även med en mer begränsad undersökning blott den är riktigt utförd. Iakttagandet av vetenskapliga regler är väl ofta mer en ordnings- och ambitionsfråga än en kostnadsfråga.

Inom svensk sociologi har pågått en ganska intensiv debatt angående vad man kallar ”*hårddatasociologi*” och ”*mjukdatasociologi*”.[13] Debatten inleddes med en artikel i Sociologgisk forskning 1966, s. 1 ff. av Hans *Zetterberg* vilken då också införde nu nämnda beteckningar. Zetterberg ställde frågan om icke mjukdatasociologin kommit på undantag i svensk sociologisk forskning.

Denna debatt har väckt visst intresse inom rättsvetenskapen.[14] Om

[13] Se om debatten rörande ”hårddatasociologi” och ”mjukdatasociologi” Sociologisk forskning Nr 3 1966. En mycket klargörande diskussion ang. hårddata och mjukdata finnes hos Ingemar Lindblad, Om den politiska vetenskapens grunder (1972), s. 66 ff.

[14] Beteckningarna ”hårddatasociologi” och ”mjukdatasociologi” dyker numera ej sällan upp i rättsvetenskaplig debatt. Jag är icke alltid helt klar över vad som då närmare avses.

jag förstått saken rätt, har man undrat om den rena mjukdatasociologin kunde tänkas vara något för en rättsvetenskapsman som vill företaga en empirisk undersökning på något område.

Den sociologiska debatt som förts om hårddata resp. mjukdata synes icke ha syftat till att på något sätt misskreditera hårddatasociologin. Man har i stället endast velat undersöka eller diskutera möjligheten av andra kunskapsvägar än de som hårddatasociologin erbjuder. Vad menas då egentligen med dessa nu använda båda beteckningar?

Med *hårddatasociologi* avser man väl vanligen kvantitativa sociologiska undersökningar som följt vissa bestämda statistiska regler betr. urval, insamling och analys av data. Beteckningen *mjukdatasociologi* står för en friare insamling och analys av data. Det kan vara fråga om introspektion, personliga upplevelser och litterära belägg. Det slår mig att ett exempel på en mjukdataundersökning kunde vara länsåklagaren Klas *Lithners* undersökning ”Åklagararbete och åklagarroll” (1963).

I den förkortade version av detta arbete som återfinnes i Annales Internationales de Criminologie, 1967, s. 437ff. ”The Prosecutor’s Role” förklarar Lithner inledningsvis, att undersökningen ”is partly based on what is written about the art of prosecution in Sweden and to some small extent in other countries *and partly on my own experience of 15 years as a public prosecutor in different posts*” (min kurs.).

Ett annat förmodligen mer känt exempel på ett mjukdatasociologiskt arbete av rättssociologiskt intresse är Vilhelm *Aubert*, ”The Hidden Society”.

I inledningen till den svenska versionen av detta arbete (”Det dolda samhället”, 1968) uttalar Aubert: ”Tillvägagångssättet är ’fenomenologiskt’ i den meningen att de sociala strukturerna främst beskrivs med hjälp av sina motsvarigheter i kunskapens och varseblivningens inre värld. *Källmaterialet är spillror av social erfarenhet i författarens medvetande*. I någon mån har de disciplinerats genom hänvisningar till vad andra har tänkt om liknande problem, ibland genom hänvisning till något empiriskt verk” (min kurs.).

Kan mjukdatasociologin betecknas som vetenskaplig eller är det snarare fråga om ren journalistik? Frågan är icke lätt att besvara eftersom den sociologiska forskningstekniska utvecklingen och metoddiskussionen hittills främst avsett hårddataundersökningar och i blott obe-

tydlig utsträckning undersökningar av typ mjukdata. Man synes dock kunna göra gällande, att mjukdataundersökningar med låg reliabilitet (reliabilitet = den noggrannhet varmed mätningen eller observationen av verkligheten sker), liten precision och som dessutom icke baseras på någon teori[15] knappast förtjänar att benämnas vetenskapliga. (I detta sammanhang bör betonas det olämpliga i att genom användandet av beteckningen ”mjukdatasociologi” på undersökningar, som startat som hårddataundersökningar men som av olika skäl misslyckats söka få dessa att framstå som vetenskapliga.)

Däremot synes mjukdataundersökningar, som sker mot bakgrund av en teoribildning och som har god reliabilitet och precision ha sitt vetenskapliga värde i sammanhang, där man av någon anledning omöjligen kan gå fram hårddatavägen. Mjukdata kan också utgöra ett värdefullt komplement i hårddataundersökningar. Föreligger däremot icke några oöverstigliga hinder mot att använda hårddatatekniken på ett visst undersökningsområde synes denna teknik i första hand böra komma till användning med hänsyn till den större tillförlitlighet denna teknik erbjuder generellt sett. (Det bör framhållas, att en ”mjukare” analys av data i hårddataundersökningar har ett utomordentligt värde i ett visst fall. Jag avser då den kvalitativa analysen av fall som vid den kvantitativa analysen framstått som ”avvikande”. Det är ofta först efter en sådan kvalitativ analys av avvikande fall, som undersökningens resultat kan sammanfattas, diskuteras och värderas.)

Mot bakgrund av det ovanstående vill jag som min mening hävda, att om rättsvetenskapen anser sig böra företaga några forskningsmetodiska lån från samhällsvetenskapen så bör den då icke i första hand rikta sina blickar mot mjukdatasociologin. Vad rättsvetenskapen behöver kompletteras med är i stället hårddatasociologin, vilket konstaterande gör det naturligt att övergå till att diskutera jurimetrien.

[15] Enl. Johan Asplund i Sociologisk forskning 1966, s. 96 ff. bör man skilja mellan empirisk och teoretisk ”hårddatasociologi” resp. ”mjukdatasociologi”. Jfr Lindblad a.a. s. 68.

III Jurimetrien

a) År 1949 inflöt i Minnesota Law Review[16] en artikel som för några år sedan (1971) omtrycktes i Jurimetrics Journal, eftersom den ansågs vara lika ”exciting and timely today as when it was published over twenty years ago”.[17] Artikelns titel var: ”Jurimetrics – The Next Step Forward” och i denna gick författaren, Lee Loevinger till hårt angrepp mot juridikens ovetenskaplighet. Efter en ingående betraktelse rörande förhållandet mellan ”law and science” uttalade Loevinger:[18]

> The next step forward in the long path of man's progress must be from jurisprudence (which is mere speculation about law) to *jurimetrics* – which is the scientific investigation of legal problems. In the field of social control (which is law) we must at least begin to use the same approach and the same methods that have enabled us to progress toward greater knowledge and control in every other field. The greatest problem facing mankind at this midpoint of the twentieth century is the inadequacy of socio-legal methods inherited from primitive ancestors to control a society which, in all other aspects, is based upon the powerful techniques of a sophisticated science. The inescapable fact is that jurisprudence bears the same relation to a modern science of jurimetrics as astrology does to astronomy, alchemy to chemistry, or phrenology to psychology. It is based upon speculation, supposition and superstition; it is concerned with meaningless questions; and, after more than two thousand years, jurisprudence has not yet offered a useful answer to any question or a workable technique for attacking any problem.
> - - -

Beträffande valet av termen ”jurimetrics” som beteckning på den nya vetenskapen yttrade Loevinger:

> Of course it is not important what term is used to indicate the scientific disciplins suggested. It is important that it have a distinctive name, as well as a general program. The name suggested here seems, to the author, as good as any, since it seems to indicate the nature of the subject matter, and corresponds to other similar terms, such as biometrics and econometrics.

Jurimetriens problemområde valde Loevinger att ange genom en lång lista över tänkbara rättsliga frågor som kunde studeras med i vedertagen bemärkelse vetenskaplig (ofta statistisk) metod. – Vad jurimet-

[16] Minnesota Law Review. Vol. 33. 1949, s. 672 ff.
[17] Jurimetrics Journal, sept. 1971, s. 1.
[18] Jurimetrics Journal, sept. 1971, s. 3 ff.

rien i USA faktiskt kommit att syssla med åskådliggöres bra av de diskussionsämnen som förekom vid en jurimetrisk konferens (vid Yale Law School) 1963.[19] nämligen: quantitative and scientific methods, modern logic, decision theory, computer technology, programmed instruction and structural linguistics and semantics.

Den tidigare nämnda tidskriften Jurimetrics Journal avser att ge information om bl.a. följande: the uses of modern logic in law (tidskriftens namn var för övrigt tidigare Modern Uses of Logic in Law (M.U.L.L.), the uses of modern methods of information retrieval in law, the uses of quantitative methods for the analysis of legal decision making, and the relationship between (a) developments in science and technology and (b) Law.

Den väsentligaste skillnaden mellan ”jurisprudence” och ”jurimetrics” låg enligt Loevinger i följande:[20]

> First, the problems of jurisprudence are basically meaningless since they can only be debated but never decided nor even investigated; whereas the questions of jurimetrics are meaningful since they are capable of being investigated, and ultimately answered, even though we may not know the answers now. Second, the problems of jurisprudence are not truly significant problems, since even if they were 'solved', in the only sense in which they could be 'solved' – by the giving of authoritative definitions, the 'solutions' would have no practical consequences in our lives. On the other hand, all of the questions of jurimetrics are genuinely significant, since even a partial or tentative answer to anyone is likely to have far-reaching consequences for society and for the individual. In this sense, jurimetrics is eminently 'practical' in its approach, as contrasted with the philosophical speculations of jurisprudence.
>
> - - -
>
> Perhaps the greatest advantage of jurimetrics over jurisprudence ... is that it will establish within the law itself an institutional method for growth and change.
>
> [Jurimetrics] is, in sum, the doctrine that the methods of scientific inquiry should be extended to every phase of human activity which is of concern to society...
>
> - - -

[19] Se Allen, L.E. & Caldwell, M.E., ed., Communication Sciences and Law. Reflections from The Jurimetrics Conference (1965), s. 12.

[20] Jurimetrics Journal sept. 1971, s. 36f.

b) Det av Loevinger framställda kravet på att göra juridiken vetenskaplig utgör som bekant ingalunda det första i den riktningen inom amerikansk rättsvetenskap; sådana krav har vid upprepade tillfällen och av anhängare av skilda rättsvetenskapliga inriktningar framställts sedan långt tillbaka i tiden.[21]

Välkänt och ur jurimetrisk synpunkt intressant är ett uttalande av den amerikanska rättsrealismens fader, Justice O.W. Holmes redan år 1897 (i The Path of the Law): ”For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, *but the man of the future is the man of statistics* ...” (min kurs.).[22] Erinras kan också om B. Cardozos förhoppningar om att modern samhällsvetenskap genom kvantitativa analyser skulle i en framtid kunna bidraga till utforskandet av den judiciella processen samt om W.W. Cooks påpekande om att vissa grundprinciper ifråga om teoribyggande och verifikation borde vara gemensamma för alla vetenskaper.

Erinras kan vidare om de empiriska undersökningar som företogs i USA på rättslivets område i slutet av 1920- och början av 1930-talet; undersökningar som bl a i vissa fall omfattade rena frekvensstudier av underrättspraxis, men som i andra fall syftade till att klarlägga vilka faktorer som hade betydelse för domsutfallet.

c) Kunde krav om en mer vetenskaplig inriktning hos juridiken anses berättigade i äldre tider då samhälls- och naturvetenskaperna fortfarande var relativt outvecklade, så reser sig dessa krav med en oändligt större styrka i dag då utvecklingen inom dessa vetenskaper sker med en imponerande snabbhet. Inser icke rättsvetenskapen snart behovet av en orientering mot angränsande forskningsfält kommer tåget snart att rusa förbi och riskerar den att bli kvarlämnad i ett vakuum oförmögen att kommunicera med andra vetenskaper med de förödande effekter som härav kan bli följden. Vad nyorienteringen enligt min mening bör omfatta är icke endast att söka applicera samhällsvetenskaplig och naturvetenskaplig metod på juridiska problem utan att inom det juri-

[21] Jfr till det följande Torstein Eckhoff, Rettsvesen og Rettsvitenskap i U.S.A. (1953).
[22] Cit. här från Eckhoff a.a. s. 242.

diska området söka *utveckla en egen nutidsenlig metod uppbyggd på det bästa i såväl traditionell juridisk som samhälls- och naturvetenskaplig metodik med vilken rättsvetenskapen kan fördjupas.*

Självfallet kan juridiken icke någonsin bli helt vetenskaplig beroende på de i denna ingående värderingsproblemen; sådana problem löses icke på vetenskaplig väg. Vetenskapen kan emellertid förse juridiken med fakta på vilka värderingarna kan grundas. (Det sagda medför bl.a. att en eventuell farhåga om att utvecklingen inom ADB skulle kunna komma att i en framtid medföra att det mänskliga dömandet blir ersatt av någon ”jukebox-justice” torde vara obefogad.)

d) I exemplifierande syfte tar jag mig nu friheten att nämna något om mina egna jurimetriska forskningsförsök.

I undersökningen, ”Skadestånd vid äktenskapsskillnad. En rättssociologisk och jurimetrisk studie” (1973) var syftet att studera hur den omdiskuterade regeln om skadestånd vid äktenskapsskillnad *faktiskt* tillämpades och dess *faktiska* betydelse. Materialet utgjordes icke blott av publicerad överrättspraxis utan ingick även ett ganska betydande antal underrättsdomar. Underrättspraxis drogs in i undersökningen icke endast för att möjliggöra olika frekvensstudier. Anledningen var dessutom att jag menade, att man på detta område av olika skäl icke utan vidare kunde våga antaga, att vad som kunde utläsas av publicerad överrättspraxis gav en representativ och riktig bild av den faktiska rättstillämpningen i stort. I undersökningen kunde riktigheten av detta antagande bekräftas.

Frågan om hur underrätterna bedömde tvister på området studerades utifrån tre olika utgångspunkter. Först undersöktes i vilken grad det var möjligt, att med hjälp av Nils Beckman, Svensk Familjerättspraxis – en bok som innehåller en omfattande redogörelse av överrättspraxis (ofta även notisfall i NJA) ej sällan försedd med författarens egna synpunkter – predicera den faktiska utgången i de insamlade underrättsdomarna. Utgångspunkten var ett antagande om att nämnda publikation kunde betraktas som något av en ”normkälla” för domstolarna. Denna ”testning” gav ett dåligt resultat; det gick m.a.o. icke att på ett tillfredsställande sätt predicera utgången i underrättsfallen på grundval av informationen hos Beckman. Jag gick då vidare och undersökte

om den faktiska utgången i underrättsfallen kunde bättre prediceras med hjälp av ytterligare information om överrättspraxis än den som fanns hos Beckman. (Jag studerade själv ingående dels de av Beckman omnämnda, dels ock ytterligare ett antal överrättsfall.) Även denna gång gav prediktionen ett otillfredsställande resultat. I den sista och tredje fasen övergick jag så till en ingående kvantitativ analys av underrättsmaterialet i förhoppning om att därigenom kunna upptäcka samband mellan faktorer och utgång som inte kunde låta sig upptäckas vid en kvalitativ genomgång av materialet. Vid de olika analyserna bl.a. AID – (Automatic Interaction Detector) analys och multipel regressionsanalys, framkom också sådana (statistiskt säkerställda) samband.

Beträffande svårigheterna med studier av en typ som denna vill jag främst nämna mätnings- och kodningsproblematiken. Det relevanta innehållet i domar utgörs ju vanligen mestadels av olika kvalitativa data vilket för den statistiska bearbetningens och analysens genomförande kräver att materialet kategoriindelas och omformas till siffervärden. Denna problematik är ofta speciell för varje typ av undersökning och måste därför läsas av forskaren särskilt för varje fall vilket bl.a. förutsätter, att författaren skaffat sig en grundlig kännedom om sitt material.

Den jurimetriska forskningens huvudsyfte måste sägas vara att öka vår kunskap om olika företeelser av rättsligt intresse. Huruvida man därutöver bör ställa ett nyttokrav på jurimetrien, dvs. ett krav om att den jurimetriska forskningen skall tillfredsställa olika omedelbara praktiska behov är en fråga som torde kunna diskuteras. Jag tror mig dock pga. egen erfarenhet veta, att många betr. undersökningar, som icke är av traditionell rättsvetenskaplig art gärna frågar efter vilket praktiskt värde undersökningen har och därför bör kanske denna fråga här beröras.

Undersökningar av den typ jag ovan sökt redogöra något för kan bl.a. ge resultat som kan motivera ändringar i lagstiftning eller rättspraxis. De kan vidare vara av visst värde för advokater och rättssökande allmänhet. Innan man anställer rättegång vill man ju vanligen veta något om sannolikheten för framgång. Resultaten av kvantitativa undersökningar av rättspraxis kan ge säkrare underlag för en bedömning av denna sannolikhet, icke blott för en tvist i allmänhet av aktuellt slag, utan även, i viss utsträckning i det enskilda fallet.

Ett annat område där nya jurimetriska metoder utvecklats är på faderskapsrättens.[23] Jag skall här endast nämna en av dessa metoder.

Domstolens ställningstagande kan resultera antingen i ett ogillande (O) eller ett bifall (B) av faderskapstalan mot den utpekade mannen. Vid faderskapsfrågans avgörande skall domstolen ta hänsyn dels till den apriora faderskapssannolikheten (A) innan den medicinska bevisningen upptagits, dels till den medicinska bevisningen (M). En sammanställning av A och M kan sålunda resultera antingen i O eller B. Informationen i A kan objektiviseras och uppdelas i olika variabler (a1, a2, a3, o.s.v.). På samma sätt kan den medicinska informationen (resultat av blodundersökning, antropologiska data, graviditetstidens längd, förekomsten resp. icke-förekomsten av preventivmedel, etc.) uppdelas i olika variabler (m1, m2, m3, o.s.v.). Genom en statistisk analys kan dessa variabler tilldelas var sin vikt (konstant), vilken kan bestämmas med hjälp av t.ex. diskriminantanalys. De insamlade faderskapsmaterialen har därvid indelats i tre olika kategorier: 1) fall där den utpekade mannen medgivit faderskapstalan, 2) fall där den utpekade mannen uteslutits från faderskapet genom resultat av blodundersökning och 3) fall där mannen varken medgivit talan eller uteslutits från faderskapet genom resultatet av blodundersökningen. Genom användningen av diskriminantanalys på dessa tre kategorier av fall kan vikterna för de tidigare nämnda variablerna bestämmas. En väsentlig fördel är att man med hjälp av en annan jurimetrisk metod (som jag och mina medarbetare i faderskapsprojekten tidigare presenterat och som vi menar bör kunna användas för uppföljningsstudier av rättstillämpningen) kan uppskatta antalet icke-fäder i kategori 3. Den på detta sätt erhållna informationen används sedan för att *beräkna* huruvida faderskapstalan skall bifallas eller ogillas och resultaten jämförs därefter med domstolarnas *faktiska* ställningstaganden. Genom denna metodik kan man sålunda på ett objektivt sätt fastställa vilka faktorer som bör ha betydelse vid avgörandet av faderskapsfrågan och vilken vikt de enskilda faktorerna bör tillmätas, vilket i framtiden kan få betydelse för rättstillämpningen.

Undersökningar av ovan skisserade typ, där framsteg inom natur- och samhällsvetenskap kombineras med rättsvetenskaplig metod, kan

[23] Jfr not 11.

dessutom ha ett värde i sig genom att de kan bidraga till den senare metodens utveckling.

e) Den kvantitativa analysen av rättspraxis som ett komplement till den traditionella rättsfallsanalysen borde i framtiden kunna komma till användning inom civilrätten även på andra områden än de ovan beskrivna. En förutsättning härför är dock, att utgången i rättsfallen på undersökningsområdet icke måste antagas vara i avsevärd grad beroende av helt unika omständigheter eller faktorer i det särskilda fallet. En annan viktig förutsättning är givetvis, att det finns ett tillräckligt antal rättsfall på undersökningsområdet. Hur stort rättsfallsmaterialet måste vara för att en kvantitativ analys skall kunna genomföras är beroende av den enskilda undersökningen. Som en generell vägledning torde dock följande kunna anföras.

Man genomför först lämpligen en mindre ”pilot-study” omfattande, låt oss säga ca 20 fall. Kan man på grundval av de medtagna variablerna eller faktorerna förklara utgången i målen behöver det slutgiltiga materialet icke vara avsevärt större än i förundersökningen. Skulle det emellertid visa sig, att utgången i målen låter sig dåligt förklaras av de medtagna variablerna måste rättsfallsmaterialet utökas, eftersom studerade fall måste vara betydligt fler till antalet studerade variabler.

Som exempel på några områden inom civilrätten där det vore värt att göra nya försök med kvantitativa analyser av rättspraxis vill jag nämna dels andra områden inom familjerätten än de ovan beskrivna, t.ex. underhålls- och vårdnadspraxis, dels skadestånd vid personskada samt hyresnämndernas praxis. (Utanför civilrättens område torde straffrättspraxis och kanske framför allt administrativ praxis erbjuda många möjligheter till jurimetrisk forskning av denna typ.)

f) Slutligen skulle jag mot bakgrunden av en tioårig erfarenhet av jurimetrisk verksamhet vilja ge några högst personliga synpunkter på denna vetenskaps framtid inom rättsvetenskapen. Först och främst vill jag deklarera, att jag fullt och fast tror, att denna vetenskapsgren kommit för att stanna och att den inom några få år bör ha vuxit sig stark. Man skulle därför kunna tro, att jag varmt skulle vilja rekommendera den unge blivande rättsvetenskapsmannen att ägna sig åt denna typ av forskning. Tyvärr kan jag dock icke idag med gott samvete – hur gärna

jag än skulle vilja detta – ge en sådan rekommendation. Den jurimetriska verksamheten innebär nämligen ännu ett mycket tidskrävande arbete fyllt av praktiska problem. Vill man på relativt kort tid framställa en avhandling, bör man definitivt ej välja detta område. Jag hoppas och tror dock, att den dag inte skall vara avlägsen, då många av de praktiska problemen skall vara avlägsnade. Den unge blivande rättsvetenskapsman som kan tagas emot på en forskningsinstitution med intresse för och erfarenhet på detta område och kanske drivande ett större jurimetriskt projekt bör te sig avundsvärd. Jurimetrien utgör ett synnerligen intressant forskningsfält inom rättsvetenskapen!

Efterskrift

Efter det att denna rapport skrevs år 1973 har givetvis mycken litteratur av intresse för det behandlade ämnet tillkommit. Bl.a. kan här nämnas två forskningsarbeten, som kan betecknas som jurimetriska, nämligen Anders Agells arbete Underhåll och socialförmån, som finns redovisat bl.a. i en bilaga till prop. 1978/79:12 samt Lotta Dahlstrands doktorsavhandling, Barns deltagande i familjerättsliga processer, 2004. I det sistnämna arbetet ligger tyngdpunkten på en undersökning av underrättspraxis med statistisk eller kvantitativ metod. — När det gäller litteratur i övrigt av intresse i sammanhanget kan nämnas t.ex. Dag Victors doktorsavhandling Rättssystem och vetenskap, 1977, Claes Sandgren, Om empiri och rättsvetenskap, Del I, JT (Juridisk Tidskrift) 1995–1996, s. 726 ff. och Del II, JT, 1995–1996, s. 1035 ff., Lena Olsen, Rättsvetenskapliga perspektiv, SvJT 2004, s. 105 ff med omfattande hänvisningar till annan litteratur av intresse här samt Jan Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen. Studier i förmögenhetsrätt, 2001. – Se också t.ex. Den rättsvetenskapliga forskningens roll – anföranden vid ett rättssymposium den 22 och 23 november 2001 på Häringe slott, SvJT 2002, s. 217 ff.

Jurimetrics and the Ascertainment of Paternity

I Introduction[1]

In 1949 the American writer Loevinger introduced the term "jurimetrics" to denote "the scientific investigation of legal problems."[2] But it was not until 1973 that the first Swedish contribution to the science of jurimetrics was published, namely the work Divorce Damages. A Study in the Field of Sociology of Law and Jurimetrics.[3] This work contained, among other things, a study of first instance court decisions concerning claims for damages in divorce actions. By means of multiple regression and AID analyses, carried out with the aid of data technology, it was possible to demonstrate that the courts had been acting inconsistently in determining whether the conduct of either spouse amounted to a "grave offence" against the other – this was a prerequisite of an award of damages. Some time after the publication of the work just mentioned, the rule giving the court power to award divorce damages was abolished.

Unfortunately, the term "jurimetrics," which now forms part of the

[1] This essay is in the main based on my book Fastställande av faderskap, Stockholm 1980.

[2] Loevinger, "Jurimetrics. The Next Step Forward", 33 Minnesota Law Review 1949, p. 455. The article was reprinted in 12 Jurimetrics Journal 1971, pp. 3ff., since it was considered quite as "exciting and timely today as when it was published over twenty years ago."

[3] Saldeen, Skadestånd vid äktenskapsskillnad. En rättssociologisk och jurimetrisk studie (with a summary in English: "Divorce Damages. A Study in the Field of Sociology of Law and Jurimetrics"). Uppsala 1973.

Swedish legal vocabulary ("jurimetri"), has often been accorded precisely the narrow meaning just considered, namely "an analysis of decided cases with the aid of quantitative methods of analysis."[4] But jurimetrics in fact covers a much wider field, including (*a*) the use of quantitative methods of research for purposes other than the analysis of decided cages, (*b*) attempts to formalise and quantify the assessment of probability in the field of law and (*c*) the utilisation of statistical evidence in the courts.[5]

The aim of the present essay is to shed light on the possibilities of jurimetrics from the points of view just referred to and to do so against the background of some jurimetrical investigations in the area of paternity ascertainment.

The blood group statistical index (the paternity index) is of great importance for the assessment of probability in paternity suits in Sweden. On the basis of this index, and with the aid of Bayes's theorem, it is possible to assess the (*a posteriori*) paternity probability of the named man.[6] The *a posteriori* paternity probability with reference to the magnitude of the paternity index – a figure which is passed on to the court in the expert opinion submitted to it – is calculated on the basis of an

[4] Bergström et al., Juridikens termer, 4th ed. Stockholm 1975.

[5] Concerning jurimetrics, see, e.g., Baade (ed.), Jurimetrics, New York and London 1963, Allen & Caldwell (eds.), Communication Sciences and Law: Reflections from the Jurimetrics Conference (1965), New York 1965, and the Jurimetrics Journal (previously the Modern Uses of Logic in Law (M.U.L.L.)). The fields of inquiry which have attracted the greatest attention in jurimetrics in the U.S.A. may be gathered from the topics of discussion at a jurimetrical conference at the Yale Law School in 1963, namely: quantitative and scientific methods, modern logic, decision theory, computer technology, programmed instruction, and structural linguistics and semantics (see Allen & Caldwell, *op. cit.*, p. 12).

[6] Bayes's theorem is a proposition concerning so-called conditioned probabilities (the principle of inversion) formulated by Thomas Bayes, a clergyman living in England in the 18th century. Concerning the feasibility of using Bayes's theorem in assessing forensic evidence, see Finkelstein & Fairley, "A Bayesian Approach to Identification Evidence", 83 Harvard Law Review 1970, pp. 489ff. For criticisms, see Tribe, "Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process", 84 Harvard Law Review 1971, pp. 1329ff. See also Gerjuoy, "The Relevance of Probability Theory to Problems of Relevance", 18 (No. 1) Jurimetrics Journal 1977, pp. 1ff., and Finkelstein, Quantitative Methods in Law: Studies in the Application of Mathematical Probability and Statistics to Legal Problems, New York 1978.

a priori paternity probability of 0.50 (50 %). In one of my studies below an attempt is made to develop a modified method for assessing the paternity probability with reference to the paternity index by not postulating the *a priori* probability at 0.50 but by fixing it instead at a more realistic figure (section III). In another study an empirical and jurimetrical investigation is made as to the value of information about the length of pregnancy in ascertaining paternity (section IV). I then present and apply a jurimetrical method whereby the efficiency of the administration of justice in the sphere in question can be checked. This method makes it possible to calculate in how many instances out of a particular sample of paternity cases the paternity claim ought to have been dismissed (section V). Finally, I describe some instances of quantitative analysis of cases decided within the field in question (section VI). Since the reader cannot be expected to be familiar with the Swedish law on the ascertainment of paternity, a general survey will first be given of this branch of the law (section II).

II Ascertainment of Paternity – A Survey

1. Since 1977 a distinction is no longer made in Swedish law between children born in and out of lawful wedlock; the term "legitimate" and "illegitimate" children have been wholly discarded. Instead statute now only lays down that the husband is to be regarded as the father of a child if the mother was married to him at the time of its birth. The same rule applies where the mother is a widow and the child is born within such a period of time after the death of the husband that it could have been conceived before his death (ch. 1 sec. 1 of the Parent and Child Code). The rule *pater est quem nuptiae demonstrant* accordingly no longer applies when a child is born at such a time after a *divorce* that it might have been begotten by the former husband.[7]

Under current Swedish law paternity must therefore be ascertained in accordance with special procedures – namely by acknowledgement

[7] Discarding the terms "legitimate" and "illegitimate" children was considered as a step of some possible importance in the efforts to stamp out the prejudiced attitudes which children of unmarried mothers can still encounter. Cf. Agell, "The Swedish Legislation on Marriage and Cohabitation. A Journey without a Destination", 24 *Sc. St. L.,* pp. 9 ff. (1980).

or by judgment – unless the mother was married at the time of birth or had then recently become a widow. In those cases ch. 2 of Parent and Child Code requires the municipal child welfare committee to endeavour to determine the identity of the child's father and to have paternity established. But the committee has power to discontinue a paternity investigation in certain cases defined by the statute.[8]

2. At present the number of children born out of wedlock in Sweden is very large. In 1978, for instance, 35.9 % of all children born alive had unmarried mothers.[9] In 1979 the corresponding percentage was 37.5. The proportion of children whose parents are unmarried has increased significantly during the last fifteen years, and this increase seems largely to be due to the fact that cohabitation without marriage has been on the increase in present-day Sweden.[10] Consequently, many of the unmarried mothers are cohabiting with the father of the child in circumstances reminiscent of marriage. But in these cases, too, it is incumbent on the child welfare committee to investigate the paternity question and to take steps to have paternity established, although, of course, the investigation normally is fairly simple in such cases and usually leads up to an acknowledgement of paternity by the man in question.[11] Even in those cases where the mother neither is or has been cohabiting with the putative father, paternity will usually be established by means of an acknowledgement, but in some cases only after a blood test has been

[8] A paternity investigation may be discontinued when, for instance, it is found impossible to obtain the requisite information for deciding the question of paternity or there are special reasons for believing that the continuance of the investigation or trial would injure the child or subject the mother to a strain which might endanger her mental health. This may for instance be the case where the child was conceived in the course of rape.

[9] In 1978, the number of live births in Sweden was 93 248. The mothers of 33 512 of these children were unmarried.

[10] The number of couples cohabiting in circumstances reminiscent of matrimony now amounts to upwards of 300 000. Out of all cohabitees, some 15 % are unmarried and accordingly about 85 % married. Cf. Agell, op. cit., supra note 7.

[11] The acknowledgement must be in writing and must be accepted in writing by the mother (or by a guardian especially appointed for the child) as well as by the municipal child welfare committee.

carried out, indicating that the possibility of the man being the father cannot be excluded.[12]

3. If it is found impossible to ascertain paternity by means of an acknowledgement, the child welfare committee must institute court proceedings in order to establish paternity. For the purpose of establishing paternity by judgment, statute lays down a rebuttable presumption (*praesumptio juris*) which regulates the burden of proof as regards paternity. The presumption is now of the following tenor (ch. 1 sec. 5 of the Parent and Child Code):

> Where paternity is to be established by judgment, the court shall adjudge a man to be the father, if it is proved that the man has had sexual intercourse with the mother of the child at a time when the child can have been conceived and, having regard to all the circumstances, there is a probability that the child was begotten by him.

This rule accordingly means that if the plaintiff has been successful in proving that the mother and the defendant have had intercourse during the period of conception (*factum praesumens*), then paternity (*factum praesumendum*) need not be proved, but it is sufficient for success that paternity is made out as "probable" (a positive assessment of probability). By contrast, before January 1, 1970 the presumption, once intercourse had been proved, had the effect of shifting the burden of proof as regards the paternity from the plaintiff to the defendant. For if intercourse had been proved the paternity claim was then certain to succeed unless the defendant was able to prove that it was "improbable" that he was the father of the child (a negative assessment of probability).

[12] The child welfare committee has no legal power, however, to compel a blood test. Should any of those involved in the paternity matter refuse to undergo a blood test, an action for the establishment of paternity must accordingly be commenced. For pursuant to an Act of 1958 concerning Blood Tests etc. in Paternity Investigations the court, in the course of its inquiry into a paternity question, has power on penalty of a fine to order the mother, the child and any defendant as well as any other man who may be suspected of having had sexual intercourse with the mother during the period of conception to undergo a blood test. Concerning blood tests, cf. below in the text at pp. 174ff.

The transition at the turn of the year 1970–71 from a negative to a positive assessment of probability – which was simultaneous with the extension to all illegitimate children (or now "children of unmarried mothers") of full succession rights after the father – was aimed at creating more reliable decisions in paternity suits. This was also the aim of another rule then introduced to the effect that all those men who, upon the available evidence, could possibly be suspected of fatherhood as regards the child must be made defendants to the action. (Before 1970 only one man at a time could be sued.) A study of the *travaux préparatoires* of the amendment shows that, where several men have been sued, the paternity claims should be dismissed in respect of all the defendants if the evidence does not lead to any reasonably clear preponderance of probability against any one of the men.[13]

The evidence concerning the question whether or not intercourse took place between the mother and a putative father usually takes the form of oral testimony of the parties. Properly speaking, the requirement of intercourse involves two separate evidential problems, namely first, whether any intercourse at all has taken place between the mother and the defendant and secondly, whether the intercourse took place at a time when conception could have occurred. Since no legal period of gestation has been laid down by Swedish law, the court must in each case decide the question whether the child, considering its degree of development at the time of birth, could have been conceived at the alleged time of intercourse. As regards the requirement of intercourse, the wording "time when the child can have been conceived" is nowadays interpreted as meaning any time when, according to the current state of medical knowledge, it is at all possible that the child could have been conceived. The requirement of intercourse will accordingly be considered proved in a particular case even if the period of pregnancy appears extreme, but the latter fact may be given importance in connection with the assessment of probability, which is also to be made.

In assessing the probability, the credibility of the mother's testimony as to the number of men with whom she has had intercourse during the period of conception is, of course, of central importance. Using statistical methods I have tried to investigate the actual credibility of

[13] Government bill 1969:124, pp. 82 f.

the mothers in this respect in Swedish paternity suits.[14] For in cases where a blood test has been carried out, it is possible to estimate the frequency of undisclosed instances of fertilising intercourse with the aid of information regarding (*a*) the number of men excluded on account of the blood test and (*b*) the so-called mean probability of exclusion of non-fathers[15] applicable to the particular blood test. In two samples, which I have studied – one from the period 1960–1964 and the other from the year 1970 – the frequency of undisclosed instances of fertilising intercourse among the blood-tested one-man cases (i.e. cases where the mother had only named one man) could be estimated at approximately 12 % and 20 %, respectively. This indicates that the credibility is not particularly high.[16]

Other factors which may have significance in the assessment of probability in paternity actions are the result of the blood test, information concerning the length of pregnancy, the procreative power of the man, the timing of the intercourse within the menstrual cycle of the mother and sometimes (particularly in cases with more than one defendant) the use of contraceptives and the frequency of intercourse. Only the two first-mentioned factors, which generally speaking are the most important, will be the subject of detailed discussion in this essay.

[14] See Saldeen, Fastställande av faderskap, pp. 95 f. See, too, Malmer, "Synpunkter på faderskapsmålen", *SvJT* 1951, pp. 737 ff., Henkow, "Promiskuitet och felaktiga domar i faderskapsmål", *SvJT* 1952, pp. 382 ff., Jacobsson, "Förtegade faderskapsmöjligheter" in Festskrift till Per Olof Ekelöf, Stockholm 1972, pp. 396 ff., and Lind, Faderskap och arvsrätt, 2nd ed. Stockholm 1975, pp. 43 f.

[15] As to the mean probability of exclusion of non-fathers, cf. below in the text at p. 40 f.

[16] Concerning the question how the calculation was made, cf. below in the text at note 35. The frequency of cases where the mother has had sexual intercourse during the conception period with two or more men and yet admitted intercourse with the named man only, cannot be estimated unless an arbitrary assumption is made as to how often mothers, who in reality have had relations with two or more men, have managed to name the true father in the one-man cases.

III A Modified Method for Calculating the Probability of Paternity on the Basis of the Paternity Index

1. The discovery by the Austrian physiologist Karl Landsteiner around the year 1900 that all individuals can be classified in accordance with their various hereditary blood groups has, of course, been of extraordinary importance for the determination of paternity. Landsteiner found two different properties of the red blood cells (the erythrocytes) of man which he referred to as A and B; he also noted that a particular individual either had the characteristic A (blood group A) or B (blood group B) or neither of the two (blood group O). It was later found by other scientists, however, that certain individuals possess characteristic A as well as B (blood group AB) and that blood group A can be subdivided into two subgroups (A_1 and A_2). After the discovery of this blood group system – the so-called ABO system – a number of systems of blood groups, serum groups and isoenzyme groups have been successively detected and are still being detected.[17]

The main advantage of the blood test in the investigation of paternity is its faculty of excluding from the circle of possible fathers a man falsely named, and to do so with a high degree of certainty.[18] Such exclusion takes place when the man indicated lacks a blood factor which the child must have inherited from its father.

> By way of example of exclusion according to the ABO system may be mentioned the case where the mother has blood group B, the child blood group AB and the alleged father blood group O. In this case the child must have inherited the A blood factor from its father, and since a group O man lacks this factor the man in question cannot be the father of the child in this case.

[17] On blood investigations see, e.g., Boorman & Dodd, Blood Group Serology, London 1970, and Giblett, Genetic Markers in Human Blood, Oxford and Edinburgh 1969.

[18] Deviations from the expected pattern of descent are, admittedly, possible, but they are so rare that the biological certainty is very high. By way of example it may be mentioned that the certainty is 99.99 % in the case of the ABO system.

As regards exclusion by means of a blood test, the term ”mean probability of exclusion of non-fathers” is used and denotes the probability of a falsely named man being excluded by virtue of a blood test. In Sweden the cumulative mean probability of exclusion is at present about 87 % in routine blood tests comprising 12 different systems. (Each particular system which is investigated has its own mean probability of exclusion. That of the ABO system is about 15 % if the subgroups of blood group A are not taken into account.) This therefore means that out of 100 falsely accused men, some 87 can be excluded by means of blood tests. In the case of so-called extended serological investigations the average cumulative probability of exclusion reaches percentages of 95–99. These investigations, which are only carried out in special cases, comprise tests of further systems but cannot be used in routine testing on account of the high costs, complications with regard to the transportation of samples, the restricted availability of reagents (antisera) or for other reasons.[19]

When the State Institute for Blood Group Serology, where all blood investigations for the ascertainment of paternity are centralised in Sweden, made its first blood investigation in 1929, the mean probability of exclusion of non-fathers only amounted to some 15 % since the tests at that time comprised only the ABO system. Subsequently, the mean probability of exclusion has risen continuously as further systems were discovered and became available for investigation.

From the mean probability of exclusion there must be distinguished the actual probability of exclusion which indicates how often exclusions are actually forthcoming. Thus in 1972 the last-mentioned frequency in one-man cases in Sweden was about 20 %. The reason why the actual probability of exclusion was considerably lower than the mean probability is, of course, the fact that the mother has indicated the true man in most paternity matters where a blood investigation has been made.

If a named man has been excluded as a result of the blood test, the paternity investigation will normally be discontinued as far as he is con-

[19] If the extended serological investigation comprises the antigens of the HLA (Human Leukocyte Locus A) system, the probability of exclusion amounts to 99 %, otherwise to approximately 95 %.

cerned. Consequently, in those cases which are litigated the position in Sweden now is that blood tests have been duly made with the result that it has not been possible to exclude the defendant or defendants.[20] The fact that it has not been possible to exclude a defendant by means of the blood test constitutes some evidence of a circumstantial character that he has been truly named, since the probability of a falsely indicated man being excluded is on average as high as nearly 90 %.[21]

In assessing the probability of a non-excluded defendant being the father of the child, the court may in some cases be assisted by the *paternity index,* to which we will presently turn our attention. On the basis of this index, the paternity probability of the man whose blood has been tested can be estimated and will be expressed both as a percentage and verbally.[22]

2. In 1938 the Swedish medical scientist E. Essen-Möller was able to present a method or formula, according to which the *a posteriori* probability of a named man being the father can be calculated with the aid of Bayes's theorem and with the knowledge of both the frequency of men in the whole population who possess the hereditary characteristics of the indicated man (y) and the frequency in the same population of true fathers with these characteristics (x).[23] The *a posteriori* probability in this case indicates how the probability has changed, i.e. whether it has increased or decreased when the genetic evidence has been taken into account. In this formula Essen-Möller put the *a priori* probability at 0.50, which may be expressed by the proposition that the *a priori* probability of the named man being the father is the same as the probability of some other man being so.

[20] As to the power to compel a blood test under Swedish law, see note 12 above.

[21] It should be noted that the probability of exclusion *in casu,* i.e. with regard to the motherchild constellation in question, can differ considerably from the average one.

[22] The paternity index and the probability of paternity with reference thereto are nowaday always stated in the expert report on the blood test if it has not been possible to exclude the investigated man.

[23] See Essen-Möller, "Positiv faderskapsbevisning", Medicinsk Tidskrift 1938, pp. 161 ff., and Essen-Möller & Quensel, "Zur Theorie des Vaterschaftsnachweises auf Grund von Ähnlichkeitsbefunden", Deutsche Zeitschrift für die gesamte Gerichtliche Medizin 1939, pp. 70 ff.

In 1956 the Danish forensic anthropologist Gürtler suggested a modification of Essen-Möller's formula for purposes of blood group statistical evaluation.[24] In Essen-Möller's formula the quotient of y/x is formed, i.e. the ratio of the average frequency of the occurrence of a particular blood group constellation in cases where the man is not the father of the child (y) and the same frequency in cases where he is the father (x). Gürtler found that it was more convenient, for certain reasons, to form the quotient of x/y instead. Gürtler chose "paternity index" as a name for this quotient. The modified formula of Gürtler was accepted in Scandinavia and it is accordingly the said paternity index which forms the basis of the blood group statistical evaluation in Sweden.

It will follow from the exposition below that, assuming the *a priori* paternity probability of the named man being 0.50, his *a posteriori* probability with reference to the magnitude of the paternity index can be calculated simply as his index divided by the sum of the indices of all the men who can possibly be suspected in the actual case.[25]

Let us assume that the mother has indicated only one man. Let $p(T)$ be the *a priori* probability that the true man has been named,

$p(F)$ the *a priori* probability that another man is the father (so that obviously $p(F) = 1 - p(T)$),

$p(x|T)$ the probability of the occurrence of a particular blood group constellation x in families where the man is the father of the child and

$p(x|F)$ the probability of the same blood group constellation occurring in cases where the man is not the father of the child. The Bayesian method of calculating the *a posteriori* paternity probability $p(T|x)$ may then be said to result in the following equation (formula 1:1):

$$p(T|x) = \frac{p(T) \cdot p(x|T)}{p(T) \cdot p(x|T) + p(F) \cdot p(x|F)} \qquad (1{:}1)$$

[24] Gürtler, "Principles of Blood-group Statistical Evaluation of Paternity Cases at the University Institute of Forensic Medicine, Copenhagen", Acta Medicinae Legalis et Socialis, vol. IX, 1956, pp. 83ff.

[25] Cf. Valentin, "Statistisk bedömning i faderskapsärenden med hjälp av faderskapsindex", in Socialstyrelsen redovisar 1976:4, pp. 124ff.

Let us now introduce the simplification of assuming that the probability of the true man being named amounts to 0.50 only, implying that there exists an "unknown" man who might instead be the father of the child and that the *a priori* probability of this is equal to that applicable to the indicated man, i.e. 0.50. Then – since in that case $p(T) = p(F)$ – the above formula might be expressed in a more simplified fashion, namely as follows (formula 1:2):

$$p(T|x) = \frac{p(x|T)}{p(x|T) + p(x|F)} \tag{1:2}$$

The value of the fraction expressing the paternity probability will not, of course, be altered if the numerator and the denominator are both divided by the same quantity. If such a division is carried out, we arrive at the following (formula 1:3):

$$p(T|x) = \frac{\frac{p(x|T)}{p(x|F)}}{\frac{p(x|T)}{p(x|F)} + \frac{p(x|F)}{p(x|F)}} \tag{1:3}$$

Since $p(x|F)/p(x|F) = 1$, formula 1:3 may also be written as follows (formula 1:4):

$$p(T|x) = \frac{\frac{p(x|T)}{p(x|F)}}{\frac{p(x|T)}{p(x|F)} + 1} \tag{1:4}$$

Now the paternity index is precisely the quotient $p(x|T)/p(x|F)$. Formula 1:4 can therefore equally well be expressed as: index/(index + 1).

The above may be illustrated by means of the calculation of the paternity index and the paternity probability in a specific case where, for the sake of simplicity, the blood test is assumed to comprise only one system, say the *MN* system. We assume that the blood investigations show that the mother belongs to blood group *M*, the child to

group *MN* and the named man to group *N*. In this case the child must have inherited the *N* factor from its father, and this factor is found both in men belonging to blood group *N* and in men belonging to blood group *MN*. (A man belonging to blood group *M* lacks the *N* factor and can accordingly be excluded in the present instance.) Concerning the distribution of blood groups in the Scandinavian population, given the mother-child constellation in question (i.e. mother *M* and child *MN),* it is known that the true father belongs to blood group *N* in 44.5 % of all cases and to blood group *MN* in 55.5 % of all cases. However, if we disregard the mother-child constellation, the frequency of men possessing blood groups *N* and *MN,* respectively, in the Scandinavian population differs from those just mentioned. Thus group *N* occurs with a frequency of 20 % and *MN* with a frequency of 50 % in the entire Scandinavian population. Since the named man in the example above has blood group *N,* his paternity probability – applying formula 1:1 above and assuming that there exists an unknown man who might be father and whose *a priori* probability is equal to that of the indicated man, i.e. 0.50 – will be as follows:

$$p(T|x) = \frac{0.50 \times 44.5}{0.50 \times 44.5 + 0.50 \times 20} = 0.69\,(=69\,\%)$$

Since the paternity index in the present case is precisely the quotient 44.5/20, i.e. 2.2, it follows from formulae 1:2–1:4 above that the paternity probability in this case also may be calculated as 2.2/(2.2+1) =0.69(=69 %).

In the specific example above we assumed that the blood test only comprised one blood group system. In reality several different systems will, of course, be investigated. The overall paternity index of the blood-tested man will be obtained by multiplying the various index values.

The paternity index, which may assume values from 0 (i.e. the index for excluded men) to infinity, discriminates between fathers and non-fathers by conferring on fathers, on average, higher paternity indices than on non-fathers. Index 1 represents the neutral value (the mean paternity index for non-fathers) and thus implies, as far as the investigated characteristics are concerned, that the child and the named

man resemble each other exactly as much as one might expect the child to resemble a man indicated at random. It should be emphasized that the paternity index implies that the resemblance between the child and the named man is related to the expected degree of similarity between the child and a man chosen at random from an *average* population of Swedish men. If the indicated man belongs to a population whose genetical composition differs from that of the Swedish average, then the paternity probability might become drastically distorted. Kinship, too, distorts the paternity probability.

If the mother has named only one man and the latter has been given a paternity index of 19 and there is reason to reckon with only one unknown man, then the paternity probability of the indicated man is 95 % (given an *a priori* probability of 0.50). For 19/(19+1)=0.95 (=95 %). (If there are grounds for taking into account more than one unknown paternity possibility, an index of 19 will not produce a paternity probability of 95 % Where for instance there are two unknown men, the paternity probability of the indicated man will be only 90 % (19/(19+1+1)=0.90).) If instead the paternity index of the named man only amounts to 0.053 but the assumptions otherwise are as in the preceding example, the paternity probability will be only 5 % (0.053/ (0.053+1)=0.05). As only values of 95 % or above are considered statistically significant (so-called significance at the 5 % level), it follows that only a paternity index of at least 19 can, standing by itself, be regarded as proof of paternity, provided that there is only one unknown man and the *a priori* probability of his being the father of the child is the same as for the indicated man. (An *a posteriori* paternity probability of 95 % means that if the court allows the paternity claim to succeed, the risk of an error, i.e. the risk that the claim is erroneously accepted (type I error), does not exceed 5 %.)

In the same circumstances only an index as low as 0.053 (paternity probability 5 %) can in itself be regarded as evidence against paternity. The general view is that significance can hardly be attached to a paternity index in itself if it amounts to anything between 19 and 0.053. If there are two known (blood-tested) possibilities of paternity, only a ratio of the indices of the two men exceeding 19 to 1, i.e. 95 % to 5 %, is in itself regarded as indicative of the paternity of one man rather than the other. (Thus, if, for instance, A's index is 8, B's index must

amount to 152 (19×8) in order to make the difference between the men's indices sufficiently significant (152/(152+8)=0.95).) In a case where there are more than two blood-tested paternity possibilities, the ratios of the paternity probabilities of the various men to each other may be calculated in a corresponding way.

As explained above paternity indices which may be regarded as decisive evidence are not, however, often encountered. Should the court then disregard the paternity index in other cases? The answer must be "no", since this can hardly be the intention of the legislation. The exposition above of the method for calculating the paternity probability on the basis of the paternity index demonstrates that the answer to the question, "Which paternity index results in a sufficiently significant paternity probability?" is dependent on the *a priori* probability of the defendant being the father differs from 0.50, then obviously an *a posteriori* probability of 95 % and 5 %, respectively, may be obtained by indices other than 19 and 0.053. And further, where there are several defendants, a ratio of the indices of the men falling below 19 to 1 might be relevant on the assumption that the *a priori* probabilities of the men are different. The paternity probability with reference to the magnitude of the paternity index set out in the expert opinion will naturally be calculated on the basis of an *a priori* probability of 0.50 (50 %), since the expert has not had access to any information of significance for assessing the paternity question other than the result of the blood test.

The court, however, may be informed of circumstances other than the result of the blood test and must then take them into consideration so that it may arrive at a more realistic *a priori* probability than 0.50 in the particular case. If the court were then to act in a strictly formal way, the value of this estimated *a priori* probability should be inserted in the formula for calculating the *a posteriori* probability. Suppose, for instance, that a sole defendant has a paternity index of 6.5. This will result in an *a posteriori* probability of only 87 % (0.866), assuming an *a priori* probability of 0.50. But if the court puts the *a priori* probability of the defendant being the father at, say, 0.75 (75 %), then the same index produces an *a posteriori* probability of 95 % in accordance with the following calculation:

$$p(T|x) = \frac{0.75 \times 6.5}{0.75 \times 6.5 + 0.25 \times 1} = 0.95$$

Unfortunately, however, the court's chances of making a realistic assessment of the defendant's *a priori* probability on the basis of the particular circumstances of the case must be regarded as limited.[26] It is sufficient to refer to the difficulties of estimating the mother's credibility correctly, of deciding the exact importance to be assigned to other circumstances and the resulting intricacies of collectively evaluating the cogency of the various proofs. The difficulty of assessing the *a priori* probability by means of an individual estimate is the reason why an attempt is made below to develop a modified method of calculating the *a posteriori* paternity probability in defended paternity actions with one defendant. The method involves an attempt to calculate a realistic collective *a priori* probability for a specific sample of paternity cases and to do so with the aid, *inter alia*, of the mean probability of exclusion applicable at the time of the particular blood test.[27]

3. An a priori probability of 0.50 for a defendant in a one-man case can be explained thus: in a sample consisting of N paternity matters

[26] The term "a priori probability" here refers to the probability of paternity for a defendant assessed on the basis of circumstances other than the paternity index, such as the credibility of the mother, the length of the period of pregnancy, the use of contraceptives and the frequency of intercourse. The words "a priori" are not entirely appropriate in this connection, however, among other things because the court normally possesses information as to the paternity index already at the time when it evaluates the probability of paternity with regard to the other evidence. There is a risk which cannot be disregarded that the last-mentioned probability in reality will be influenced by the knowledge of the size of the paternity index.

[27] As to earlier attempts to modify the methods for assessing the *a priori* probability, see e.g. Hummel, Die medizinische Vaterschaftsbegutachtung mit biostatistischem Beweis, Stuttgart 1961. Cf., e.g., Grumbrecht, Der Bewies der "offenbaren Unmöglichkeit" der Vaterschaft, Cologne-Berlin-Bonn-Munich 1967, pp. 56ff.

I am greatly indebted to the statisticians Professor Gunnar Eklund and Dr. Olivier Guilbaud for discussions and valuable points of view when the investigation was carried out resulting in the method described below in the text.

the defendant will be truly named in one half of the cases and consequently falsely named in the other half. If the proportions of fathers and non-fathers in the sample are different, the a priori probability of 0.50 is obviously not warranted. Knowing the mean probability of exclusion applicable at the time of the blood test and the proportion of actually excluded men in the sample, an approximate calculation can be made of the proportions of fathers and non-fathers in the material.

In the model for calculating the *a posteriori* paternity probability which will be suggested in this essay, the starting point is a population of N paternity matters with only one indicated man (one-man matters). We assume that a blood investigation is made in all cases and that all the men deny paternity before the blood test. This population of N cases can be split into two subpopulations, one consisting of N_T fathers and the other of N_F non-fathers.

Let the mean probability of exclusion for non-fathers be designated "e". The number of men who will be excluded through the blood test we will designate as "E". This number E is a random variable with an expected value of eN_F (i.e. e multiplied by N_F). If N_F is not too small, E will tend to approximate this expected value. We can therefore formulate the approximate equality

$$eN_F = E$$

The number of men who have not been excluded by means of the blood test (i.e. $N–E$) may be expected to amount to $N_T + (1–e)N_F$. In expectation the following therefore applies (formula 2);

$$N - E = N_T + (1 - e)N_F \qquad (2)$$

When the result of the blood test is available, it may be expected that some of the named men who have not been excluded, will admit paternity. As regards those men who have been excluded in consequence of the blood test, we assume that the paternity investigation is discontinued. With regard to those cases where a law suit is contemplated, there is reason to suppose that a falsely named man who has not been excluded by the blood test is more likely to deny the allegation of paternity than is a truly indicated man. We designate the first-mentioned

probability as "k_F" and the last-mentioned probability as "k_T". It is reasonable to expect that the following holds good:

$$k_F \geq k_T$$

The number of defended paternity actions will now be designated "D". In expectation the following will then apply (formula 3):

$$D = k_T N_T + k_F(1-e)N_F \qquad (3)$$

In the defended paternity actions the defendant will in some cases be the true father and in some cases falsely accused. That portion of the cases where the defendant is the father is designated "Q_1". The portion where the man is falsely indicated will then be $1-Q_1$. Q_1, which may be regarded as an *a priori* probability of paternity in defended paternity suits, may accordingly be expressed as follows:

$$Q_1 = \frac{k_T N_T}{k_T N_T + k_F(1-e)\,N_F};$$

or as follows:

$$Q_1 = \frac{k_T f}{k_T f + k_F(1-e)(1-f)},$$

where

$$f = \frac{N_T}{N_T + N_F} = \frac{N_T}{N}.$$

The conditional probability of finding the blood group constellation "x" with a non-father, provided that he has not been excluded as a possible father by the blood test, may be expressed as $p(x|F)/(1-e)$. It now follows from Bayes's formula (formula l above) that the *a posteriori* probability in defended paternity actions is contained in the expression (formula 4):

$$p(T|x) = \frac{Q_1 \cdot p(x|T)}{Q_1 \cdot p(x|T) + (1-Q_1) \cdot p(x|F)/(1-e)}. \qquad (4)$$

If we define Q as follows (formula 5):

$$Q = \frac{k_T f}{k_T f + k_F (1-f)}, \qquad (5)$$

and take advantage of the characteristic of $L(x)$ (which we define as the paternity index) that $L(x) = p(x|T)/p(x|F)$ – see section III:2 above – then it will be seen that the *a posteriori* paternity probability in defended paternity suits may be formulated as follows (formula 6):

$$p(T|x) = \frac{Q \cdot p(x|T)}{Q \cdot p(x|T) + (1-Q) \cdot p(x|F)} = \frac{Q \cdot L(x)}{Q \cdot L(x) + (1-Q)} \qquad (6)$$

The true value of Q (in formula 5) will be unknown in practice but it follows from the reasoning above that it is possible to obtain an approximate value of Q with the assistance of suitable data. On the basis of data concerning the following variables, Q can in fact be calculated:

N = the total number of cases where the named man has undergone a blood test;
E = the number of men excluded by reason of the blood test;
e = the mean probability of exclusion at the time of the investigation;
D = the number of defended paternity actions and
$L(x)$ = the paternity index.

A comparison with Bayes's formula (formula 1) demonstrates that Q, consequently, can be regarded as an a priori probability of paternity, i.e. in this connection the paternity probability which applies before the blood group statistical evidence (the paternity index) is taken advantage of.

If it is desired to utilize the *a posteriori* probability $p(T|x)$ in calculating the probability in paternity suits of the one-man type, formula 6 above can be used as a guideline. With the aid of the example below I shall try to render the reasoning above more specific.

Suppose that we possess a sample consisting of 1 100 named men who had been blood-tested in respect of the hapto-globin system (the Hp system). As a result altogether 18 men were excluded. As regards the index possibilities, the 1 100 men are distributed in the manner set out on Table I below.[28]

TABLE I. *Index distribution for 1 100 blood-tested men as regards the Hp system and the* a posteriori *paternity probability*.

T = number of true fathers, F = number of non-fathers, $p(T|x)$ = the *a posteriori* paternity probability (according to formula 6).

Possible indices	T	F	$T+F$	$p(T\|x)$	$\frac{T}{T+F}$
0.000[a]	0	18	18	0	0
0.8078	180	22	202	0.89	0.89
1.000	236	24	260	0.91	0.91
1.312	180	14	194	0.93	0.93
1.616	293	18	311	0.942	0.942
2.625	111	4	115	0.964	0.965
Total:	1 000	100	1 100		

[a] *Excluded men.*

If we assume that $k_T = k_F$, i.e. that all those men who have not been excluded by the blood test deny paternity, then $Q = 10/11$ which, of course, corresponds to the occurrence of fathers and non-fathers in the sample. Thus the *a priori* probability would here be equivalent to the probability of a man indicated at random among the 1 100 men being father, i.e. 1 000/1 100.

[28] The information concerning the index distribution as regards the Hp system has been taken from a doctoral thesis by Kataja, Simulation in Paternity Analysis, Helsinki 1975.

In order to calculate the *a posteriori* probability we now form the following quotient (formula 7):

$$p(T|x) = \frac{QL}{QL + 1 - Q} \tag{7}$$

Applications of this expression will be found in the penultimate column of Table I. Consequently, the *a posteriori* probability calculated in this way corresponds – apart from rounding-off errors – with the ratio of the number of true fathers to the sum of alleged fathers in the last column of Table I. As is demonstrated by these last two columns, the value rises with increasing index values.

The above example is, of course, hypothetical, since we must know the proportion of true fathers among the accused men in the sample in order to be able to calculate Q in formula 7. In the example above, $N = 1\,100$, $N_T = 1\,000$, $N_F = 100$, $e = 0.18$, $E = 18$, $D = 1\,082$, $k_F = k_T = 1$ and $Q = f = 10/11$.

In a practical situation we will only have access to values for N, e, E and D. As regards k_F and k_T, it may be most convenient to make use of the following alternative assumptions – though other alternatives are conceivable – namely $k_F = k_T$, i.e. the tendency to deny paternity is the same among true fathers as among non-fathers (alternative I), and $k_F = 1$, i.e. all non-fathers deny paternity (alternative II).

Employing formulae 2 and 3, we arrive at the following values for Q on the basis of the alternative assumptions just mentioned:

Alternative I, i.e. $k_F = k_T$ (formula 8):

$$Q_{\mathrm{I}} = 1 - \frac{E}{eN} \quad \text{and} \tag{8}$$

Alternative II, i.e. $k_F = 1$ (formula 9):

$$Q_{\mathrm{II}} = 1 - \frac{E}{e(D+E)}\,. \tag{9}$$

If we again consider the material presented in table I and make the assumption that we only know that $N = 1\ 100$, $e = 0.18$, $E = 18$ and $D = 1\ 082$, we arrive at the following estimates as regards Q according to alternatives I and II:

$$Q_{\mathrm{I}} = 1 - \frac{18}{0.18 \times 1\ 100} = \frac{10}{11} \quad \text{and}$$

$$Q_{\mathrm{II}} = 1 - \frac{18}{0.18 \times (1\ 082 + 18)} = \frac{10}{11}.$$

In this made-up example Q_{I} and Q_{II} thus happen to coincide with the true (though unknown) value of Q, namely 10/11. In other samples the values of Q_{I} and Q_{II} may well differ from each other (cf. below).

Q_{I} accordingly represents the *a priori* probability of an accused man being a true father when fathers and non-fathers have the same tendency to deny the paternity claim and Q_{II} is the *a priori* probability of an accused man being a true father when all non-fathers deny paternity. However, the last alternative is probably less realistic, since the accused man usually cannot be assumed to have any definite notion as to the true facts in regard to the paternity question.

Let us now apply the suggested model to a sample of first instance court cases. It consists of 354 one-man matters in which blood specimens were received by the State Institute for Blood Group Serology in the year 1970. In 61 of these matters the named man could be excluded by means of the blood test. When the remaining 293 paternity cases were followed up, it was found that the paternity question had been tried by a court in 95 cases, out of which some 60 were defended. The mean probability of exclusion amounted to 87 % in 1970. The relevant variables will accordingly receive the following values: $N = 354$, $E = 61$, $D = 60$ and $e = 0.87$. It follows from formula 2 that the number of non-fathers in the material may be estimated at 70.11 (with a confidence at the 95 % level, the true value lies somewhere between 66 and 75), out of whom 61 had accordingly been excluded, and that we may expect the number of true fathers in the material to be 283.9. The proportion of true fathers in the material can accordingly be estimated at $283.9/354 = 0.80$ or 80 %.

If the tendency to deny the paternity claim was the same among true fathers as among non-fathers (alternative I), then the proportion of true fathers in the defended paternity cases should be 0.80. This means that where alternative Q_I is selected even a paternity index of 4.70 gives rise to an *a posteriori* probability of paternity of 95 %; an index of 0.013 gives an *a posteriori* probability of 5 %. If instead true fathers and non-fathers have different inclinations to deny the paternity claim, the proportion of true fathers in the defended paternity actions should be different. According to formula 9 (alternative II) Q_{II} will be 0.42, implying that the paternity index instead must amount to 26.18 in order to produce an *a posteriori* probability of 95 %; an index of 0.073 creates a probability of 5 %. But, as already stated, alternative II is probably less realistic than alternative I.

The application of the model here presented for calculating the *a posteriori* probability of paternity on the bases of the paternity index in a particular sample of paternity cases presupposes, *inter alia*, that a blood investigation has been made and that it has been possible to calculate the proportion of true fathers and non-fathers in the material, with the assistance of the mean probability of exclusion and other factors. In order to enable the courts to make use of the model, it is desirable that some public authority – in Sweden the State Institute for Blood Group Serology would be the appropriate one – calculates the proportions referred to and that the courts do not determine the question of paternity in any of the cases belonging to the investigated material until they have been informed thereof. For various reasons, it would be difficult to meet these requirements in practice. But if it were possible, by means of investigations carried out intermittently, to demonstrate that the proportions of true fathers and non-fathers in paternity cases is tolerably constant, and if it were also possible to replace the assumptions made here concerning the tendency of true fathers and non-fathers to deny paternity with more certain knowledge as to these particulars, then it would be comparatively easy to calculate the value of Q. which is necessary for the use of the model, and the latter could then be of immediate importance in the administration of justice.

In the above study I have considered only blood test results and have disregarded other items which may be of importance in calculating the probability of paternity. I have done so since it is not clear

what weight should be accorded to them and how the relative importance of the various factors is to be estimated. But in principle it is, of course, quite possible to adjust the *a priori* probability – collectively calculated with the aid of the model – with reference to the special circumstances of the case in hand.

IV The Value of Duration of Pregnancy Information in Ascertaining Paternity

1. As has already been pointed out, the circumstance that the period of gestation is extreme may assume importance in the assessment of probability in paternity cases. In Sweden the courts (or the municipal child welfare committees) often request the National Board of Health and Welfare to give an expert opinion as to the probability of a child being conceived at a certain point of time, having regard to its development at the time of birth (i.e. its length and weight). For the purposes of this assessment there is nowadays used in Sweden a statistical material, collected in the mid-fifties and processed by Engström and Falconer, concerning the birth length and weight of some 59 000 children born in lawful wedlock and with known gestation periods.[29] The earliest and latest points of time at which the child can possibly have been conceived are then estimated by correlating the child's weight and length at birth with the stated time of conception. The outcome will be probabilities (in the form of percentages) that a child selected at random and having at birth the length and weight in question was conceived before or after the stated point of time. Properly speaking, however, such a computation should only be used provided that the totality of cases going to court exhibits a distribution which differs from that of the material used for reference or comparison, namely the Engström-Falconer tables, by comprising a considerably greater number of cases at the outer limits of the scale.

The principal aim of the jurimetrical investigation to be presented below was, by studying a number of first instance judgments in paternity matters, to obtain a more reliable notion of the value of probability assessments of the kind described above in cases where the blood

[29] The Engström-Falconer tables are set out in *SOU* 1965:17.

test has not excluded the named man. Another aim was, if possible, to arrive at a practicable percentage limit for the calculation of probabilities.[30] It may be mentioned that at the time of the investigation the Royal Board of Medicine (now the National Board of Health and Welfare) considered that the level of "non-probability" should be fixed at 10 %. According to a pronouncement legal writing in 1970, the paternity claim should be dismissed if the percentage pursuant to the Engström-Falconer tables did not exceed 5, unless other circumstances in the case indicated some other conclusion.[31]

2. The sample consists of first instance judgments pronounced during the period 1960—1964. 511 cases make up the sample. In 295 of these the defendant denied the paternity claim, and acknowledgements were accordingly recorded in the remaining 216 cases.

Blood-testing was performed in a total of 373 cases where the mother had named only one man. The accused man could be excluded in 28 these cases. The 28 cases are, of course, without interest in an investigation on exclusion from paternity based on evidence concerning the duration of pregnancy. The cumulative mean probability of exclusion (cf. section III:1 above) was about 64 %. This means that among the 373 blood-tested cases the number of cases where the paternity claim ought to have been dismissed can be approximately calculated by forming the quotient 28/0.64, i.e. 44 cases. This implies that the named man was falsely accused in some 16 cases in addition to the 28 where he was excluded by means of the blood test.[32] These 16 cases only constitute some 5 % of the 345 cases remaining after the exclusion of the 28 cases. This is a remarkably low figure and indicates that the paternity claim would have succeeded in 95 % of the remaining blood-tested cases if the truth had been known. This therefore demonstrates that the paternity claim should be dismissed only in a small number of cases by reference to an extreme period of gestations.

On the basis of the recorded information concerning the length

[30] This investigation was carried out in co-operation with Professor G. Eklund and Professor T. Saldeen. Cf. Eklund *et al.* in *SvJT* 1971, pp. 538 ff., and in Zeitschrift für Rechtsmedizin 1971, pp. 252 ff.

[31] Lind, Faderskap och arvsrätt, 1st ed. Stockholm 1970, p. 52.

[32] Cf. below under V.

and weight of the children at birth, probabilities – referred to below as "percentages" – of the pregnancy period being as stated or shorter/longer were calculated with the aid of the Engström-Falconer tables. Using the length and weight information it was possible, with the assistance of the said tables, to establish within which percentage ranges the observed pregnancy periods occur. The cases of short periods of pregnancy were then found to occur within the percentage range of 0–10 (very short periods within the interval of 0–0.5 %) and the long ones in the interval 90–100 % (very long ones in the interval 99.5–100 %).

Table II shows the result of the blood tests in those cases in the sample of court cases studied where the conception date was known. The percentages were here calculated on the basis of weight and the table includes cases both where the defendant denied the paternity claim and cases where he admitted the claim in the course of the trial of the matter. It follows from the table that the proportion of cases where the defendant was excluded by means of the blood test was larger in the case of extreme periods of pregnancy than in the case of less extreme ones. This means that the cases where the paternity claim ought to have been dismissed should mainly be found among the cases exhibiting an extreme gestation period.

In 119 of the 295 defended cases information was available concerning the date of conception and the weight and length at birth, while in seven cases the two first-mentioned data were known but the length was not known. The investigation described immediately below was accordingly concerned with in all 126 cases.

TABLE II. *The number of defendants excluded on account of the blood test in per cent of the total number of blood-tested defendants in cases where the date of conception was known.*

Percentage range	*Defendants excluded through blood test, numbers*	*Blood-tested defendants, totals*	*Excluded men, percentages*
10–90	7	124	6
0–10	5	19	26
90–100	7	31	23

With the aid of the Engström-Falconer tables percentages based on the length and weight at birth were calculated in respect of all the 126

cases. If the cases had been representative of the material analysed by Engström and Falconer, they would have been evenly distributed (i.e. they would have exhibited a rectangular distribution between 0 and 100). If, however, the child was not conceived at the stated act of intercourse, there would be an accumulation of cases towards the outer limits of the scale, especially if the actual time of conception differed considerably form the one alleged.

TABLE III. *Expected and observed number of cases, and the quotient expected/observed number of cases, where paternity was denied and the conception date was known.*

	Birth length (total 119 cases)			*Birth weight (total 126 cases)*		
Percentage range	*Expected*	*Observed*	*Exp./Obsd.*	*Expected*	*Observed*	*Exp./Obsd.*
10–90	95.2	82	1.16	100.8	94	1.07
0–10	11.9	17	0.70	12.6	15	0.84
90–100	11.9	20	0.60	12.6	17	0.74
0–5	5.95	13	0.46	6.3	10	0.63
95–100	5.95	14	0.43	6.3	15	0.42
0–2.5	2.98	2	(1.49)	3.15	5	0.63
97.5–100	2.98	10	0.30	3.15	11	0.29
0–1	1.19	1	(1.19)	1.26	0	(~)
99–100	1.19	8	0.15	1.26	8	0.16
0–0.5	0.60	0	(~)	0.63	0	(~)
99.5–100	0.60	6	0.10	0.63	6	0.11

Table III shows the observed and the expected number of cases where the defendant denied paternity and where the date of conception appeared from the available material. On the basis of the information concerning length and weight and with the aid of the Engström-Falconer tables it was possible to establish to which percentage ranges the observed pregnancy periods were to be allocated. In the birth weight column we find, for instance, that in 94 cases the pregnancy period was to be fond in the 10–90 percentage range while in six cases it was located in the 99.5–100 percentage range, i.e. the region of very long periods of gestation. The table indicates that 15 of the 126 observed children belong to the 0–10 percentage range (short periods of gestation). This is more than might be expected judging from the rectangular distribu-

tion. According to the latter, one-tenth of the material, i.e. 12.6 children, should be located in this range.

If the principle had been applied of always dismissing a paternity claim in cases where the child in question was to be found in the 0–10 percentage range, then the claim would have been dismissed in 15 of the 126 cases, i.e. in about 12 % of the cases. If the same rule were applied to a normal sample consisting of children born in lawful wedlock (and where paternity is not disputed), 10 % of the cases would be found within the range in question. It is therefore clear that the number of cases of disputed paternity is not greatly in excess of that to be found in an average material in this percentage range; the difference is, in fact, approximately 2 % only. This means that if the above-mentioned rule were to be applied and the paternity claim dismissed in all the 15 cases, a comparison between the observed and the expected percentages would demonstrate that a correct decision was certain to be made in only 16 % of those cases ((15–12.6)/15) and accordingly that there was a risk of an incorrect decision in (up to) 84 % of the cases (12.6/15). The argument presupposes that indications other than the time of conception and the birth weight are disregarded. We also pass over the possibility that the extreme period of gestation may have been the reason for denying paternity, w hich seems rarely to be the case.

A more favourable comparison by far between expected and observed cases will be attained by confining the rule of dismissing all paternity claims to the 99.5–100 % range (the range corresponding to the very longest periods of pregnancy, considering the weights at birth). Then the quotient of the expected number of cases divided by the observed number will be (0.63/6=)0.11 and an incorrect decision might be apprehended in (up to) 11 % of the cases where the paternity claim has been dismissed on the strength of the rule in question.

Similar conditions seem to prevail whether the percentage calculations are based on lengths at birth or weights. Moreover, the risk of arriving at incorrect decisions appears throughout to be smaller with regard to long pregnancies (e.g. the 90–100 % range) than where short ones are concerned (e.g. in the 0–10 % range).

The probability of a paternity claim being unjustly dismissed has been summed up on table IV below. This probability may be estimated in two different ways:

(1) By forming the quotient of the expected number of cases divided by the observed number (columns *A* and *B*). (This method will, however, result in slightly too high a value.)

(2) By forming the ratio of (*a*) the number of cases where the defendant has been excluded by the blood test divided by 0.64 (the appropriate mean probability of exclusion) to (*b*) the total number of blood-tested cases. Provided that the judgment is based on the relevant percentage ranges only, the difference between 1 and the quotient referred to constitutes an estimate of the relative number of cases where the judgment would in fact be wrong if the paternity claim were dismissed in all cases in the percentage range in question (columns *C* and *D*).

TABLE IV. *Comparison between the estimated probability of an unjust dismissal of a paternity claim using* (1) *the ratio of the expected number of cases to the observed number (columns A and B) and* (2) *the ratio of (a) the number of cases excluded through the blood test divided by 0.64 to (b) the total number of blood-tested cases (columns C and D).*

(*A* and *B* include only disputed cases, *C* and *D* both admitted and disputed ones. *A* and *C* have reference to the date of conception, *B* and *D* to the first day of the last menstrual period.

The table records cases where the weight at birth was known. The figures in brackets were based on too small a number of cases to admit of any firm conclusions.)

Percentage ranges	*A*	*B*	*C*	*D*
0–10[a]	0.84	0.97	0.59	0.71
90–100[b]	0.74	0.38	0.65	0.88
0–10,[a] 90–100[b]	0.70	0.55	0.62	0.83
0–5[a]	0.63	0.61	0.44	0.73
95–100[b]	0.42	0.29	0.69	0.91
0–5,[a] 95–100[b]	0.50	0.38	0.60	0.85
0–2.5[a]	0.63	0.40	(0.13)	0.71
97.5–100[b]	0.29	0.21	0.67	0.91
0–2.5,[a] 97.5–100[b]	0.39	0.27	0.50	0.84
0–1[a]	(~)	0.45	(0.22)	0.53
99–100[b]	0.16	0.11	0.69	0.93
0–1,[a] 99–100[b]	0.32	0.18	0.55	0.80
0–0.5[a]	(~)	0.28	(0.22)	(0.48)
99.5–100[b]	0.11	0.09	(0.61)	0.90
0–0.5,[a] 99.5–100[b]	0.21	0.13	0.53	0.78

[a] Short periods of pregnancy.
[b] Long periods of pregnancy.

Columns *A* (cf. table III) and *B* show that the frequency of incorrect judgments decreases with the increasing extremity of the period of pregnancy. This tendency cannot be found in columns *C* and *D,* which may be due to the fact that the latter (unlike *A* and *B)* comprise cases where the named man has been excluded on account of the blood test. These cases are distributed among various percentage ranges. Column *C* demonstrates that the paternity claim would have been unjustly dismissed in more than one half of the cases if dismissal had taken place in all cases of extreme periods of pregnancy.

Since *A* and *B* do not comprise those cases which have been excluded on account of the blood test, these columns contain one piece of additional information beyond that appearing in columns *C* and *D*, namely that there are grounds in certain cases for dismissing a paternity claim on account of the extreme length of the pregnancy. The quotients are high, however, and therefore paternity should hardly be excluded until the period of pregnancy is so extreme as to correspond to 99.5 % (very long pregnancies). For the short periods of gestation the quotients are higher still, as shown by columns *A* and *B*, and it is doubtful if, on the basis of the material discussed here, any percentage limit can be suggested at all in the present connection. Only pregnancies of an extremely short duration should call for dismissal of the paternity claim.

To sum up, the study has demonstrated that, after a blood test, there only remain a small number of cases where a paternity claim should be dismissed on account of the pregnancy period being extremely long or short, and that only very extreme percentages should occasion a dismissal if a great risk of error is to be avoided. As far as short periods of pregnancy are concerned, it is doubtful if any percentage or permillage limit can be indicated at all that would justify excluding paternity. Some pregnancy periods of an extreme shortness might, however, be regarded as absurd. In the case of long pregnancies the 0.5 % limit (a percentage of 99.5) produces a risk of error of only 10 %, which can probably be regarded as acceptable.[33]

[33] It seems to be a fact that the importance of information concerning pregnancy periods in assessing whether a named man can be the father or not has decreased in pace with the increased possibilities of excluding an erroneously named man through a blood investigation.

V A Jurimetrical Method for Checking the Efficiency of the Administration of Justice as Regards the Ascertainment of Paternity

1. It is a consequence of the considerable problems of proof in paternity cases that the possibility of erroneous judgments cannot be disregarded, so that claims have been allowed to succeed or to fail contrary to the true facts. As far as Swedish conditions are concerned, it may be expected that the first-mentioned type of erroneous judgment was more common before 1970 when the statutory rule on ascertainment of paternity prescribed a negative assessment of probability (cf. II:3 above). The transition from a negative to a positive assessment of probability, applicable after 1969, may indicate that the latter type of erroneous judgment, i.e. an unjust dismissal of the claim, has instead become more frequent.

Against this background it may be of interest to note that it is possible, if a blood test has been carried out, to calculate (approximately) in how many cases out of a particular sample of paternity matters the claim ought to have been dismissed (or allowed to succeed). The computation has reference to the totality of the material analysed, but does not allow any pronouncement as to the correctness of the judgment in any particular case.[34]

2. The method thus presupposes blood-testing and is based on the principle that if, in a particular sample of paternity cases, we know the number of men excluded on account of the blood test as well as the mean probability of exclusion, we can calculate the number of men in relation to whom the paternity claim should be dismissed.

The *total* number of men in the sample who ought to be excluded from the paternity allegation can be calculated approximately with the aid of the following formula (formula 10):

$$(k-1)\,N_k + \frac{E_k}{e^k} \qquad (10)$$

[34] With reference to the text below, cf. – apart from Saldeen, Fastställande av faderskap – Saldeen, "En jurimetrisk metod för en rättssociologisk analys" in Festskrift till Per Stjernquist, Lund 1978, pp. 55 ff.

where k = the number of blood-tested men in each case,

N_k = the total number of cases in each of which the number of blood-tested men was k,

E_k = the number of cases where k men were excluded through the blood test and

e = the mean probability of exclusion of non-fathers when the blood test was performed.

As regards those cases in the sample where the number of blood-tested men was k, the number of men who should be excluded from the paternity allegation for some reason other than the result of the blood test can be approximately calculated in accordance with the following formula (formula 11):

$$\frac{E_k}{e^k} + \sum_{i=1}^{k+1} (k-i)\, E_{i-1} \qquad (11)$$

where i can be any whole number from 0 to k, inclusively, and E_{i-1} = the number of cases in which the precise number of $(i-1)$ – no more and no less – men have been excluded by virtue of the blood test.

Applying formula 11 to *one-man cases* (i.e. k=1), we arrive at the result that the number of men not excluded by means of the blood test yet falsely named and accordingly deserving acquittal on the paternity charge, amounts to (formula 12):

$$\frac{E_1}{e} - E_1 \qquad (12)$$

where E_1 = the number of cases where one man was excluded by virtue of the blood test. (And since no more than one man can be excluded in each one-man case, this also represents the total number of excluded men.)

In respect of the *two-men cases* (i.e. k=2), the corresponding formula is (formula 13):

$$\mathrm{E}_0 + \frac{E_2}{e^2} - E_2 \qquad (13)$$

where e is the expected value of the mean probability of exclusion in respect of the N_2 two-men cases,

E_0 = the number of cases in which neither of the two men could be excluded through the blood test and

E_2 = the number of cases where both men could similarly be excluded. (The formula will not be affected by the number of cases (E_1) where one man but not the other has been excluded.)

If it is impossible to separate the one-man cases from those with several defendants but the total number of cases (N) and the total number of excluded men (E) are known, then the total number of men who should be excluded from paternity can be estimated at (formula 14):

$$\frac{E}{e} \qquad (14)$$

3. The aim of the following investigation is to ascertain to what extent the actual number of dismissed paternity claims corresponds to the approximate expected number of such dismissals in respect of two different samples of first-instance cases.

One sample, comprising 373 first-instance cases decided in the period 1960–1964, was drawn directly from a number of chosen courts of first instance. In 28 of the 373 cases the defendant had been excluded from paternity through the blood test. The mean probability of exclusion of non-fathers amounted to 64 %. From this follows, applying formula 14 above, that the number of cases where the paternity claim ought to have been dismissed among the 373 cases may be calculated at approximately (28/0.64=)44. (The reason for using formula 14 in this instance is that no information is available as to whether any man apart from the defendant had been blood-tested.) A survey of the results recorded in the 373 cases discloses that the paternity claim was, in fact, dismissed in 40 cases; in 28 of these because the defendant was excluded on account of the blood test and in 12 for other reasons. The correlation between the approximate estimate of the number of cases where the paternity claim ought to have been dismissed (44 cases) and the number where the claim was in fact dismissed (40) must accordingly be considered as good.

The other sample, comprising first instance judgments pronounced in 1970 or later, was drawn from the 500 paternity matters which were the first to be received for testing by the State Institute for Blood Group Serology in the year 1970. For various reasons of a practical nature 50 of those matters were not further studied. Of the remaining 450 matters, 354 involved one man, 86 two men, 8 three men and 2 four men. This means that 558 blood-tested men were included in the material. Out of these, 158 were excluded on account of the blood test, namely 61 in the one-man cases and 77 in the two-men, 17 in the three-men and 3 in the four-men cases.[35]

With the aid of the formulae above it may be calculated that, out of those men not excluded by reason of the blood test, approximately 29 were nevertheless falsely named. Hence the paternity claim, if all the 400 non-excluded men had been made defendants, ought to have been dismissed as regards some 29 men. A follow-up of the paternity matters in question carried out by me at the end of 1977 showed, however, that the paternity claim had been dismissed only with regard to 13 men. But it must be taken into consideration both that the paternity question had not then been determined in the case of 10 men, and that the child welfare committee had discontinued the investigations as regards 17 men. In some of the matters which were closed, the paternity claim, if suit had been brought, would probably have been dismissed. On account of observations made by me concerning the reasons for discontinuing the investigation in the closed matters, I have estimated that the paternity claim, if brought to court, would have been

[35] It was mentioned on p. 39 above in the text that the writer had been able to calculate the frequency of undisclosed fertilising acts of intercourse in two different samples of one-man cases at 12 and 20 % respectively. It should be clear by now how the calculation was made. One sample comprised 373 one-man cases out of which the named man could be excluded, thanks to the blood test, in 28 cases. Since the mean probability of exclusion of non-fathers amounted to 64 %, 28 excluded men should correspond to approximately (28/0.64=)44 erroneously named men, i.e. 12 % of the 373 cases. The other sample comprised 354 one-man cases out of which the named man could be excluded in 61 cases. The mean probability of exclusion amounted to 87 %; hence 61 excluded men should correspond to approximately (61/0.87=)70 falsely accused men should correspond to approximately (61/0.87=)70 falsely accused men, i.e. about 20 % of the 354 cases.

dismissed in, at any rate, some six of these cases. If this figure is accepted, then, depending on the number of claims since dismissed among those still pending at the time of the follow-up, the number of dismissed claims (or claims likely to have been dismissed if the investigation had not been discontinued) would amount to between 19 and 29. As regards this material, too, the correspondence is surprisingly good between the number of dismissed paternity claims and the number of those where the claim should have been dismissed according to calculations based on blood-test results.

Even if, consequently, the courts have been fairly successful in dismissing the paternity claims in approximately the correct *number* of cases, the possibility of an erroneous decision in a particular case cannot, of course, be excluded. In an attempt to obtain a clearer idea of the realities in this respect, the investigations described above will be supplemented with a quantitative analysis in the next section concerning the question which factors may actually have influenced the decisions.

VI A Quantitative Analysis of Decided Cases Concerning the Ascertainment of Paternity

1. The quantitative analysis to be presented below is a so-called AID (Automatic Interaction Detector) analysis.[36] This constitutes an unprejudiced investigation of statistical correlations between, on the one hand the result of the case (success or failure of the paternity claim) as the dependent variable, and on the other, as independent variables or predictors, a number of factors and circumstances registered while the collected material was being studied. Such a method of investigation may reveal some "unarticulated" grounds for the decision, namely if, through the investigation, significant correlations are shown to exist between the results of the cases and factors whose importance in this re-

[36] On AID analysis, see in particular Sonquist & Morgan, The Detection of Interaction Effects, 7th printing, Ann Arbor 1970.

spect cannot be detected by means of ordinary methods of case law analysis.[37]

An AID analysis is performed by successive or stepwise divisions of the population (the sample investigated) into two mutually exclusive subgroups (classes) according to the values of one or more of the predictors. The dichotomous splitting of the sample is determined by reference to those predictors which give the highest prediction value and would then justify the assumption that an actual correlation exists between the dependent variable and the predictors in question.

2. In order to render possible a comparison of the conditions before 1970 with those obtaining since that year, when the new rule as to the ascertainment of paternity came into force (cf. section II:3 above), the investigation covers two samples one of which – the "old sample" – consists of first instance court decisions from the period 1960–1964 and the other – the "new sample" – is made up of first instance judgments pronounced in 1970 or later.[38]

The old sample has been weighted on account of the method of selection. The new material only comprises cases where the requirement of sexual intercourse was considered proved and it has therefore been possible to concentrate the analysis if this sample on probability calculation. When the cases belonging to the old sample were decided, the negative assessment of probability was the rule in paternity suits (see section II:3); hence a frequent ground for dismissing the claim was the fact that sexual intercourse between the mother and the defendant at the time of conception was not considered proved. Cases where intercourse was not considered proved have therefore also been included in the old sample.

A few more than 25 different predictors have been used in the ana-

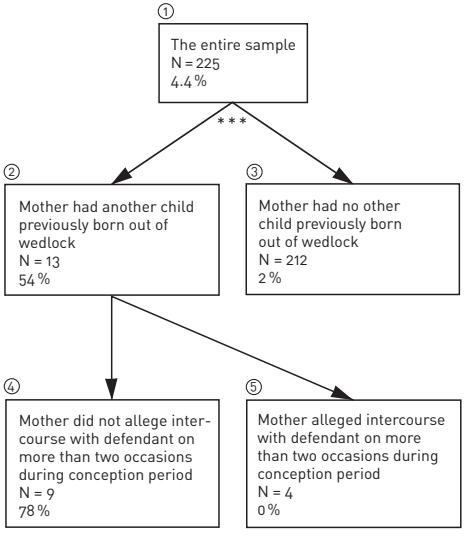
[37] As to the feasibility of using the AID analysis for the study of legal proceedings, see for instance Nagel, The Legal Process from a Behavioral Perspective, Georgetown 1969, Saldeen, Skadestånd vid äktenskapsskillnad (supra, note 3) and Grönvall, Straffmätning (Slutrapport. Samarbetsorganet för rättsväsendets informationssystem (SARI), published by the Ministry of Justice (DsJu 1980:9), Stockholm 1980.

[38] The new samples comprises cases where two or more men have been sued in the same action. The number of "cases" in this material therefore equals the number of defendants and is consequently somewhat larger than the number of judgments studied.

lyses, such as: the number of men with whom the mother has had intercourse during the period of conception, the number of defendants in a particular case (used only as regards the new sample, cf. section II:3), whether or not the mother already had a child born out of wedlock, whether the relation between the mother and the defendant was permanent or temporary, the frequency of intercourse, the use of contraceptives, the probability (according to the Engström-Falconer tables, see section IV:1) of the child being conceived at the stated time having regard to its length and weight at birth, and the paternity index (used only with regard to the new sample).

The result of the analyses is displayed below in diagrams A and B in the form of so-called AID trees.

DIAGRAM A. *AID analysis of the old sample, the results of the paternity suits functioning as dependent variable (successful claim = 0, dismissed claim = 1).*



Each box represents a group of cases.

N = the *weighted* number of cases within each group.

The percentage indicates the extent of *dismissed* paternity claims.

The level of significance has been indicated according to the system whereby a significance (between the percentages of the groups) on the 5, 1 and 0.1 % level is denoted by one, two or three asterisks respectively.

NS = no significant difference.

R^2 (the prediction value) = 48 %

Diagram A shows that the first split of the sample was made with regard to the question whether the mother already had a child born out of wedlock or not. It will be seen that the paternity claim was dismissed in 54 % of the cases where the child in question in the suit was not the mother's first child out of wedlock (group 2). Where neither the judgment nor the material in the file showed that the mother already had an illegitimate child, the frequency of dismissed claims only amounted to 2 % (group 3).

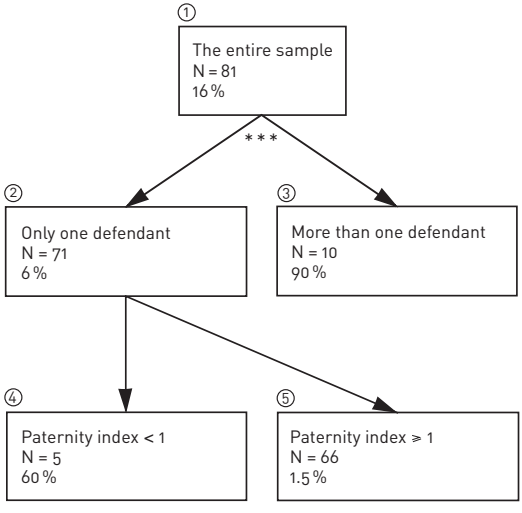
The cases in group 2 have then been partitioned with reference to the frequency of sexual intercourse. In the cases where the mother alleged intercourse with the defendant on many occasions (three or more), the paternity claim was not dismissed in a single case while the frequency of dismissed claims amounted to no less than 78 % among the cases where the mother did not allege intercourse on more than two occasions with the defendant during the conception period (group 4).[39]

The prediction value (R^2) in this analysis is 0.48. In other words this obviously means that an attempt made before 1970 to predict the outcome of a number of paternity suits would have been fairly successful with the sole aid of information as to whether or not the mother already had an illegitimate child.

[39] A significance analysis has been carried out whereby the probability was treated in accordance with the hypergeometric distribution (Fisher's exact test). It shows that there is a highly significant difference between groups 2 and 3 as regards the frequency of dismissed claims even after taking account of the possibility of an entirely arbitrary division of the sample into two groups in accordance with some predictor (the so-called problems of significance *en masse*).

It is true that the difference as regards the frequency of dismissed claims between groups 4 and 5 is significant according to conventional methods of evaluation, but it is not significant if the problem if significance *en masse* is taken into account.

DIAGRAM B. *AID analysis of the new sample, the results of the paternity suits functioning as dependent variable (successful claim = 0, dismissed claim = 1).*



Each box represents a group of cases.

N = the number of cases within each group.

The percentage indicates the extent of *dismissed* paternity claims.

The level of significance has been indicated according to the system whereby a significance (between the percentages of the groups) on the 5, 1 and 0.1 % levels is denoted by one, two or three asterisk respectively.

R^2 (the prediction value) = 72 %.

Diagram B shows that the first split in the analysis of the new sample was made, as is natural, with reference to the question whether only one or several men had been sued. Where there was only one defendant, the frequency of dismissed claims amounted to a mere 6 % as against 90 % in the cases with several defendants. The difference between the percentages is highly significant.

Otherwise only one significant correlation was obtained in the course of the analysis, namely between the outcome in one-man cases and the paternity index. If the paternity index of the defendant was less than 1, the frequency of dismissed claims amounted to 60 % as against only 1.5 % where the paternity index of the defendant was 1 or more.

Do the results presented above warrant the conclusion that judg-

ments which are in fact erroneous are pronounced in this field?[40] Yes, possibly, as far as the old sample is concerned. The factor which, in the analysis of this material, revealed itself as having the strongest correlation with the outcome of the case was the mother's previous fertility out of wedlock. If this factor actually was of importance in the determination of the cases, it probably was so by influencing the assessment of the mother's credibility. That this factor should have any part to play in discriminating between fathers and non-fathers is not obvious. It may be mentioned that I have myself made an attempt, with the aid of a discriminative analysis, to study the question how various factors discriminate between fathers and non-fathers.[41] According to this analysis the factor in question had no such capacity at all. If, in fact, the question whether or not the mother already had illegitimate children was of immediate importance for the result of the action in some of the cases belonging to the old sample, then there is a risk that the decisions were not always correct. Further support for such suspicions is provided by an investigation of the paternity indices of the defendants carried out by me. When deciding the cases that form part of the sample in question, the courts did not have access to information concerning paternity indices. For my account the State Institute for Blood Group Serology has, however, afterwards calculated the paternity index in each of the various cases. If the indices are compared with the outcome of the suits, the low paternity indices will by no means be found to be concentrated among the cases of dismissed paternity claims. On the contrary, the indices are distributed over the entire scale. It may be of special interest to mention both that the paternity claim was successful in all the cases where the index was under 1 and that

[40] The possibility cannot, of course, be excluded that factors other than those which, in these analyses, have affected the results of the cases may, in practice, have been of importance in determining the paternity question and yet were not noticed because of the limited sizes of the samples studied.

[41] No very firm conclusions can, however, be drawn from the discrimination analysis on account, *inter alia*, of the difficulty of defining the group of *fathers* in the analysis. A defendant was regarded as father in cases where he had admitted the paternity claim (no information of the paternity index was then given) and men excluded on account of the blood test were regarded as non-fathers.

there was a paternity index of no less than 891 in one case where the claim was dismissed.[42]

VII Concluding Remarks

Intensified interdisciplinary research involving the legal sciences is in my opinion urgently needed. If traditional academic research is allowed to retain its dominating position as far as the legal disciplines are concerned, important fields of research will be left uncharted.

In this essay I have endeavoured to give an outline of the work so far carried out in Sweden in the field of jurimetrics. I also hope in some measure to have succeeded in demonstrating that in certain cases a jurimetrical method may constitute an important complement to the traditional types of legal research.[43]

It is true that, so far, the number of completed jurimetrical research projects is not very large in Sweden. There is no doubt, however, that jurimetrics is a science which has come to stay and that it will steadily grow stronger. Generally, the development towards an increased element of interdisciplinary research cannot be said to have taken place at a particularly fast rate in Sweden as far as the legal disciplines are concerned. But this is hardly due to a lack of interest in such research. Instead, a probable reason of some importance is the fact that legal scientists rarely possess the necessary knowledge of other sciences, such as statistics. When this obstacle has been removed, e.g. through the arrangement of suitable instruction in interdisciplinary methods of

[42] No criticism of the courts is implied even if it may be assumed, accordingly, that the judgments in some cases are erroneous in fact. The courts may nevertheless have acted in full accordance with the legislation then in force.

[43] In addition to the examples of Swedish jurimetrical research referred to above in this essay, mention may be made of a large research project carried out under the leadership of Professor Anders Agell of the University of Uppsala under the title of "Maintenance and Social Benefits." In this project statistical analysis was used to determine, for instance, to what extent maintenance under family law was actually paid and what factors of a social and economic nature in reality influenced the extent of payment. On this, see Agell, "Underhåll och socalförmån. En forskningsrapport" in Government bill 1978/79:12 concerning "Maintenance Payments to Children and Divorced Spouses, etc.", pp. 312 f.

investigation, jurimetrical research is bound to gather speed;[44] I am confident that the recruitment of creative young legal graduates for studies of this type will then be no problem.

Efterskrift
Se om läget idag när det gäller fastställande av faderskap nedan min rättsfallskommentar ”DNA-teknik och fastställande av faderskap”. Se också om jurimetri ovan min rapport ”Synpunkter på tvärvetenskap och jurimetri” (inkl. efterskriften).

[44] On jurimetrics in the education in the U.S.A. see, for instance, 16 Jurimetrics Journal 1975, pp. 71 ff.

Några frågor om ”ofödda barns” rättsskydd

I. Inledning

Med ”ofödda barn” avses här det i moderlivet växande livet oavsett stadium i utvecklingsprocessen även om detta, måste det medges, kan synas diskutabelt eftersom man ju egentligen knappast kan tala om ”barn” hur tidigt som helst i denna process. Här avses dock alltså med ”ofödda barn” t.ex. inte endast foster som är minst 28 veckor gamla (gränsen för när dödfödd enligt den svenska folkbokföringslagstiftningen (numera Folkbokföringslag (1991:481) skall folkbokföras innebärande bl.a. krav på begravning) eller är så gamla att de är livsdugliga, dvs. kan överleva utanför moderns/kvinnans kropp (den i svensk rätt i princip i praxis yttersta gränsen för abortillstånd (22 veckor));[1] som ”ofödda barn” räknas i stället här även yngre foster, ja även embryon och t.o.m. redan det befruktade ägget.

Regler som direkt eller indirekt berör det ofödda barnet har i svensk

[1] Krav har från olika håll framförts om en sänkning av gränsen för när dödfödd enligt folkbokföringslagen skall folkbokföras med hänsyn till att för tidigt födda barn kan räddas allt tidigare. Uppgifter förekommer att t.o.m. barn som fötts redan efter 22 havandeskapsveckor har kunnat räddas till livet. Detta gör också att det diskuterats om inte den av Socialstyrelsen f.n. i princip tillämpade yttersta gränsen för tillåtande av abort, dvs. 22 havandeskapsveckor, bör sänkas. – Statens medicinsk-etiska råd (SMER) har i ett yttrande till Socialdepartementet 2000–06–19, Dnr 30/00, rekommenderat en ändring av definitionen av barn enligt folkbokföringslagen från 28:e till 22:a havandeskapsveckan. En sådan ändring står enligt rådet inte i konflikt med abortlagen och påverkar inte heller hur den tillämpas.

rätt funnits sedan lång tid tillbaka i viss civilrättslig lagstiftning (bl.a. i ärvdabalken (SFS 1958:637, senast omtryckt i SFS 1981:359)), i abortlagstiftningen och tidigare även i strafflagstiftningen. Av yngre datum är regler som rör en del av de nedan nämnda omständigheter som under senare år aktualiserat frågan om det ofödda barnets situation och dess behov av rättsskydd. Det bör dock anmärkas att det i Regeringsformen, dvs. den svenska grundlag som innehåller bestämmelser bl.a. om grundläggande medborgerliga fri- och rättigheter, inte finns några regler som avser det ofödda barnet utan denna grundlag avser alltså endast födda, levande personer. Detsamma torde för övrigt gälla vissa internationella konventioner som Sverige anslutit sig till såsom 1950 års europeiska konvention angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna ("Europakonventionen"), som sedan ett antal år tillbaka utgör svensk lag (lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, omtryckt i SFS 1998:712), och FN:s internationella konvention om medborgerliga och politiska rättigheter från 1966. Ingen av dessa konventioner ger dock i och för sig något klart besked i frågan och inte heller föreligger några avgöranden från t.ex. Europadomstolen, som klargör rättsläget på denna punkt. Inte heller någon av artiklarna i 1989 års FN-konvention om barnets rättigheter ("Barnkonventionen") berör särskilt frågan om det ofödda barnets rätt, vilket är avsiktligt då de länder som deltog i konventionsarbetet på grund av olikartad syn på rätten till abort inte kunde enas i frågan om huruvida konventionen skulle avse inte endast födda utan även ofödda barn. Europarådets konvention om mänskliga rättigheter och biomedicin från 1997, som trädde i kraft den 1 december 1999 och som Sverige undertecknat men ännu ej ratificerat, innehåller däremot vissa bestämmelser om skydd för det ofödda barnet (jfr nedan).

En av de tidigaste orsakerna till aktualiserandet av frågor om det ofödda barnets behov av rättsskydd var det under 1970-talet konstaterade sambandet mellan å ena sidan *fosterskador* och å andra sidan *moderns arbetsmiljö* eller hennes *missbruk* under graviditeten av *alkohol* eller *andra droger* (även tobaksrökning). Här skall först denna problematik behandlas (II). Frågan om ofödda barns rättsskydd har dock också, som därefter här diskuteras, aktualiserats genom den alltmera avancerade *fosterdiagnostiken* som kan göras allt tidigare under graviditeten

och som kan leda till beslut om s.k. *selektiv abort* (dvs. abort sker för att just det aktuella väntade barnet av någon anledning är oönskat, t.ex. för att det är missbildat).[2] Härtill kommer i detta sammanhang möjligheten till s.k. *preimplantatorisk (genetisk) diagnostik (PGD)*, som kan resultera i *kasserandet av utanför kroppen befruktade ägg* (III). Sedan en kortare tid tillbaka har bl.a. särskilt frågorna om *genterapi*, *stamcellsforskning och kloning* tilldragit sig den största uppmärksamhet, inte minst i massmedia. Bl.a. dessa frågor berörs slutligen i ett avsnitt om ofödda barn i den medicinska forskningens och behandlingens tjänst (IV). Jag håller mig huvudsakligen till svenska förhållanden men berör dock på några punkter bl.a. även norsk rätt.

II. Arbetsmiljö, missbruk – fosterskador

Arbetsmiljö

Frågan om orsakerna till fosterskador, i form av t.ex. inre eller yttre missbildningar, har man sökt förklara på olika sätt under historiens gång.[3] Långt tillbaka i tiden fanns en föreställning om att det var fråga om ett Guds straff för begångna synder eller om att t.ex. skrämsel av något slag av modern under graviditeten var s.a.s. ”boven i dramat”. Genom ärftlighetsforskningens utveckling under senare delen av 1800-talet och början av 1900-talet kom den dominerande förklaringen till fosterskador att bli genetiska eller ärftliga faktorer; att fosterskador kunde uppkomma genom påverkan av olika miljöfaktorer var ingen tanke som låg nära tillhands, eftersom man ansåg att fostret låg så väl skyddat inne i modern. Sedan det under 1940-talet visats hur Rubellavirus (”Röda hund”) kan orsaka svåra fosterskador (hjärta och ögon) fick man dock upp ögonen för miljöns betydelse som orsak till fosterskador. Under 1960-talet inträffade så den s.k. ”Thalidomid- eller ”Neurosedynkatastrofen”, som innebar att gravida kvinnor som intagit lugnande medel eller sömnmedel innehållande läkemedlet Thalidomid kunde föda svårt missbildade barn.[4]

[2] Vid s.k. generell abort sker aborten för att kvinnan/paret över huvud taget inte önskar något barn, i varje fall inte för tillfället.

[3] Se till det närmast följande Westerholm, P. & Arbetarskyddsnämnden, utg., Graviditet och arbetsmiljö, 1993, s. 9 f.

[4] Neurosedyn var namnet på det speciella läkemedel det var fråga om.

När det nu gäller det svenska rättsläget först i fråga om arbetsmiljön i det aktuella sammanhanget skall här i korthet konstateras att arbetsmiljölagen (1977:1160) (och så även strålskyddslagen (1988:220)) ger lagligt stöd för att förbjuda arbetsgivare att anlita gravida kvinnor vid arbeten där risken för fosterskador är stor. Arbetarskyddsstyrelsen, som givits rätt att utfärda sådant förbud, har tidigare utfärdat sådant för gravida kvinnor att arbeta med bly och under övertryck, t.ex. i dykeriarbete. Fr.o.m. den 1 januari 1995 gäller emellertid ett av Arbetarskyddsstyrelsen utfärdat mera generellt förbud för gravida (och även ammande) kvinnor att sysselsättas i arbete som medför skaderisker. Utfärdandet av detta nya förbud har sin grund i att man sökt genomföra ett EG-direktiv från 1992 (se närmare nedan). Om ett förbud gäller för en gravid kvinna att sysselsättas i visst arbete har denna enligt föräldraledighetslagen (1995:584) rätt att bli omplacerad till ett annat arbete med bibehållna anställningsförmåner (18 §). Samma rätt har enligt samma lag kvinna som på grund av sitt havandeskap inte kan utföra fysiskt påfrestande arbetsuppgifter (19 §). I sistnämnda fall gäller dock rätten till omplacering endast fr.o.m. den sextionde dagen före den beräknade tidpunkten för nedkomsten. Omplaceringsrätten gäller dock vidare i båda fallen endast om det skäligen kan krävas av arbetsgivaren att denne ordnar annat arbete åt kvinnan i sin verksamhet (20 §). Kan omplacering inte komma till stånd har emellertid kvinnan i princip rätt till havandeskapspenning enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring (3 kap. 9 §).

Det ovan åberopade EG-direktivet (Council Directive 92/85/EEC), som antogs den 19 oktober 1992, gäller skydd av kvinnliga anställda som är gravida, nyligen fött barn eller ammar. Enligt detta är arbetsgivare skyldig att göra en bedömning av risken för fosterskador på arbetsplatsen och därefter utarbeta en skyddsstrategi grundad på denna riskbedömning. Går det ej att undanröja risken för fosterskada på den aktuella arbetsplatsen kan det bli fråga om omplaceringsåtgärder och i sista hand om betald ledighet under den tid den kvinnliga arbetstagaren på grund av skaderisken bör avhålla sig från arbetet.

Missbruk

Den mycket viktiga frågan om det ofödda barnets rättsskydd i sådana fall där den gravida kvinnan missbrukar alkohol eller andra droger

och då alltså risk föreligger för ibland mycket allvarliga fosterskador (tillväxthämning, kroppsliga avvikelser samt skador på centrala nervsystemet (CNS)) togs upp i flera riksdagsmotioner redan för flera decennier sedan. Fosterskador på grund av den gravida kvinnans alkoholmissbruk har för övrigt betecknats som ”den tredje stora fosterskadetragedin i modern tid” (som den första anses då fosterskador orsakade av sjukdomen röda hund och som den andra 1960-talets Neurosedyn- eller Thalidomidkatastrof, se närmare ovan).[5] Det kom dock att dröja ända till 1987 innan ett utredningsbetänkande (Skydd för det väntade barnet. 1. Åtgärder vid missbruk m m under graviditet (SOU 1987:11)) kunde presenteras och ända till 1990 innan någon ny lagstiftning av betydelse för frågan kom till.

Vid utarbetandet av ovannämnda utredningsbetänkande fanns liksom f.n. möjlighet till tvångsingripande mot missbrukande gravid kvinna jämlikt bl.a. en särskild lag om vård av missbrukare i vissa fall (LVM) (SFS 1988:870). Denna tvångslagstiftning förutsatte dock, liksom fortfarande är fallet, ett behov av vård för kvinnans egen del (s.k. ”eget vårdbehov”). Det räckte alltså inte för ett tvångsingripande med att ett sådant kunde anses behövligt för att förhindra fosterskada om den gravida kvinnan saknade ett eget vårdbehov och detsamma gäller alltså fortfarande. I praktiken kan det givetvis ofta förhålla sig så att om den gravida kvinnans missbruk är sådant att ett tvångsingripande mot henne kan anses motiverat med hänsyn till risken för fosterskada och att det samtidigt föreligger ett eget vårdbehov vad avser den blivande modern.[6] Men så behöver inte alltid vara fallet. I nämnda utredningsbetänkande diskuterades frågan om man inte borde införa en sådan lagstiftning som skulle göra ett tvångsingripande möjligt även i fall moderns egna

[5] Se Drogmissbruk och föräldraskap, i Socialstyrelsens skriftserie Socialstyrelsen följer upp och utvärderar 1993:6, s. 12.

[6] När det gäller frågan om moderns eget vårdbehov bör nämnas att enligt ett uttalande av socialutskottet (se SOU 1987:11, s. 66) så bör man kunna anse att det föreligger en sådan fara för moderns psykiska hälsa om det väntade barnet skadas genom hennes missbruk att tillräckliga förutsättningar för tvångsingripande på grund av moderns eget vårdbehov föreligger. Jfr Allmänna råd från socialstyrelsen 1989:3, s. 20. Detta synes dock inte vara någon allmänt vedertagen tolkning i rättspraxis. Se härom Hallberg, A., Åtgärder till skydd för det ofödda barnet vid missbruk under graviditet, Examensarbete vid Juridiska institutionen, Uppsala universitet, 1998, s. 36.

behov av vård inte motiverade ett tvångsingripande men där ett sådant kunde anses motiverat för att skydda det ofödda barnet. Utredningen fann dock att eftersom forskningen inte kunnat klart fastställa när ett missbruk av t.ex. alkohol är sådant att risk för fosterskada föreligger skulle en sådan tvångslagstiftning riskera leda till rättsosäkerhet och rädsla för oberättigade ingripanden. Vidare skulle det med en sådan lagstiftning oftast bli mödravårdscentralerna som skulle ha att initiera frågan om tvångsomhändertagande. Detta skulle, menade utredningen, kunna skrämma kvinnor i riskzonen från att vända sig till mödravårdscentralerna och därigenom minska möjligheterna för dessa att med frivilliga åtgärder hjälpa missbrukande kvinnor. Främst av dessa skäl kom utredningen att inte föreslå någon ny tvångslagstiftning på området och någon sådan har ej heller införts. Däremot kom år 1990 på utredningens förslag en ändring att ske i sekretesslagen (1980:100) (14 kap. 2 § in fine) innebärande möjlighet för myndigheter inom hälso- och sjukvård samt socialtjänst att utan hinder av sekretess lämna varandra uppgifter, om detta behövs för insatser till skydd för det ofödda barnet. Denna lagändring motiverades av utredningen med att det var angeläget att samhällets samlade resurser togs i anspråk för att skydda det väntade barnet i missbruksfall. Att döma av resultaten av en begränsad empirisk undersökning kan dock denna lagändrings faktiska betydelse när det gäller det ofödda barnets situation ifrågasättas. Enligt denna undersökning var det nämligen inte endast så att kunskapen bland berörda myndighetspersoner om sekretesslättnaden i fråga var bristfällig utan även så att denna utnyttjades endast i liten utsträckning även i de fall man kände till den.[7]

I doktrinen har ställts frågan om de barn som föds med skador (t.ex. skador på det centrala nervsystemet) på grund av moderns missbruk under havandeskapstiden skulle kunna tänkas nå framgång med en mot modern väckt skadeståndstalan.[8] Svaret på den frågan, som inte synes ha prövats i svensk rättspraxis, torde vara nekande.[9]

[7] Hallberg a.a. s. 57 ff. Undersökningen utfördes år 1998 och eftersom det alltså nu gått några år sedan dess kan givetvis situationen förhoppningsvis ha förändrats till det bättre.

[8] Andersson, H., Trepartsrelationer i skadeståndsrätten, 1997.

[9] Se Andersson a.a. s. 294.

III. Fosterdiagnostik och preimplantatorisk genetisk diagnostik (PGD)

Fosterdiagnostik

Då möjligheten till fosterdiagnostik måste ses och diskuteras mot bakgrund av *abortlagstiftningen* skall här först sägas något om denna.

Före ikraftträdandet av den svenska fortfarande gällande abortlagen (1974:595) gällde i svensk rätt på grund av det kyrkliga inflytandet allt sedan 1734 års lag att det mänskliga livet åtnjöt rättsligt skydd redan från och med konceptionen genom regler i strafflagstiftningen om straff för fosterfördrivning. Före 1800-talet straffades fosterfördrivning ofta med döden men under nämnda sekel då straffen allmänt mildrades för brott mildrades även straffen för bl.a. fosterfördrivning. Sedan det under senare delen av 1800-talet blivit allt vanligare att gravida kvinnor underkastade sig illegala aborter kom debatten om kollisionen mellan kvinnans och fostrets intressen att bli allt intensivare varvid allt större hänsyn ansågs böra tillmätas kvinnans intressen. Detta ledde år 1921 till en ytterligare sänkning av straffen för fosterfördrivning och till att år 1934 en utredning (”1934 års abortkommitté”) tillsattes för att utreda frågan om abort. Abortkommitténs arbete kom att leda fram till antagandet år 1938 av en lag om avbrytande av havandeskap (”1938 års abortlag”). Huvudprincipen i svensk rätt var även efter denna lags ikraftträdande fortfarande att det ofödda barnet genom regler om straff för fosterfördrivning åtnjöt skydd redan från och med konceptionen. Härifrån gjordes dock i abortlagen undantag på så sätt att abort medgavs om någon i lagen särskilt angiven indikation var uppfylld. Som exempel på sådana indikationer kan här nämnas den s.k. ”medicinska”, den s.k. ”humanitära” samt den år 1963 tillkomna s.k. ”fosterskadeindikationen”. Enligt den sistnämnda indikationen kunde abort medges om det väntade barnet led av svårartad sjukdom eller svårt lyte. Abort i andra fall än de i lagen angivna uppfattades som ett brott mot principen om livets okränkbarhet och fostrets rätt till liv.

Samhällsutvecklingen efter 1938, innebärande bl.a. en förändrad syn på kvinnan och hennes roll i samhället och en däri allmänt erkänd rätt till planerat föräldraskap, kom så att medföra behov av en ändrad abortlagstiftning. En sådan tillkom genom 1974 års abortlag i vilken infördes synsättet att fostret är en del av kvinnans kropp, som hon i

aborthänseende i princip fritt kan bestämma över under en del av havandeskapstiden. Numera gäller (abortlagens 1 §) att om en gravid kvinna begär abort så får denna ”utföras om åtgärden vidtas före utgången av artonde havandeskapsveckan och den inte på grund av sjukdom hos kvinnan kan antas medföra allvarlig fara för hennes liv eller hälsa”. Därefter får abort utföras endast efter tillstånd av Socialstyrelsen (3 §). Tillstånd får endast lämnas om synnerliga skäl föreligger och får i princip inte lämnas om det kan antas att fostret är livsdugligt; livsdugligt foster åtnjuter alltså skydd även enligt gällande abortlagstiftning. Enligt den medicinska vetenskapen kan i varje fall foster som är minst 23–24 veckor gamla fås att överleva utanför kvinnans kropp.[10] För att man skall vara s.a.s. på den säkra sidan lämnar Socialstyrelsen i praktiken inte tillstånd till abort efter utgången av den 22:a havandeskapsveckan, såvida inte fostret lider av så allvarlig skada att det inte kan antas vara livsdugligt eller situationen är den att kvinnans liv eller hälsa är i allvarlig fara vid fortsatt graviditet.

Vad gäller fosterskador och fosterdiagnostik framkom bl.a. följande vid en svensk s.k. konsensuskonferens (”Tidig fosterdiagnostik”) anordnad i oktober månad 2001 i samverkan mellan (det nyinrättade) Vetenskapsrådet, Landstingsförbundet och Socialstyrelsen.[11]

I Sverige lär årligen ca 350 graviditeter, motsvarande 3–4 av 1 000 födda barn eller ca 1 procent av alla legala aborter, sluta med s.k. *selektiv abort* (jfr ovan) på grund av genom fosterdiagnostik konstaterad allvarlig fosterskada (i ca 9 procent av fallen har fostret därvid mer än en missbildning).[12] Därtill kan läggas att 10–20 procent av samtliga kända graviditeter slutar med missfall i ett tidigt skede (före 14 veckors graviditet). Av dessa missfall har fostren i ca 10–20 procent av fallen en strukturell och i 60–70 procent av fallen en kromosomavvikelse (t.ex. Downs syndrom).

Missbildningar hos foster upptäcks i praktiken oftast vid *den rutinmässiga ultraljudsundersökning* som i Sverige erbjuds alla gravida kvinnor

[10] Jfr dock ovan vid not 1.

[11] Se Vetenskapsrådet, utg., Tidig fosterdiagnostik. Konsensusuttalande, 2002.

[12] I Sverige har ca 3 procent av alla nyfödda någon form av missbildning eller kromosomavvikelse. Hos ca 1,5 procent av samtliga nyfödda är missbildningarna av allvarligare art. Till de vanligaste avvikelserna hör bl.a. hjärtfel och Downs syndrom. Se i not 11 a.a. s. 8.

och som utförs i 97 procent av alla graviditeter och därvid i perioden 16–20 graviditetsveckor.[13] När det gäller gravida kvinnor som tillhör någon särskild riskgrupp, t.ex. gravida kvinnor som är 35 år eller äldre eller som tidigare fött ett missbildat barn, utförs s.k. *invasiv fosterdiagnostik* vanligtvis innebärande fostervatten- eller moderkaksprov (chorionvillibiopsi) i omkring 8 procent av alla graviditeter.[14] Familjer med ärftliga sjukdomar erbjuds DNA-baserad diagnostik och biokemisk analys, vanligen på prov från moderkakan. Det totala antalet sådana analyser uppgår årligen i Sverige till ca 200.[15] Det kan tilläggas att den här tidigare nämnda konsensuskonferensen om fosterdiagnostiken i samverkan mellan Vetenskapsrådet, Landstingsförbundet och Socialstyrelsen inte förordade någon mera avgörande ändring av den fosterdiagnostiska verksamhetens inriktning.

Då den fosterdiagnostiska verksamheten i vissa fall antagits kunna leda till en minskad respekt för människovärdet och till en nedvärdering av handikappade och då det förhållandet att information om fostret genom fosterdiagnostik kan erhållas allt tidigare under fosterutvecklingen och därför i vissa fall kan tänkas leda till ur medicinsk synpunkt omotiverade och ur etisk synpunkt diskutabla abortbeslut kom med tiden och vid upprepade tillfällen krav att resas i riksdagen om en lagreglering av den fosterdiagnostiska verksamheten och om en inskränkning av gällande tidsgränser för den ”fria” aborträtten. Dessa krav ledde till att regeringen år 1984 beslöt att dessa frågor skulle bli föremål för behandling av en statlig utredning, nämligen ”Utredningen om det

[13] Det bör tilläggas att den rutinmässiga ultraljudsundersökningen inte sker i första hand för att diagnostisera eventuella fosterskador (s.k. ”abortinriktad fosterdiagnostik”) utan i andra syften, t.ex. för att fastställa graviditetslängden och antal foster samt för att kontrollera fostrets utveckling (s.k. ”fosterinriktad fosterdiagnostik”).

[14] Provtagningen i fråga är inte helt riskfri utan förenad med bl.a. en ökad risk för missfall. Se i not 11 a.a. s. 11. År 1998 utfördes i Sverige enligt vissa beräkningar ca 7 000 fostervatten- eller moderkaksprov till en kostnad av ca 42 miljoner kr. Se i not 11 a.a. s. 25. – Om metoden att finna fosterceller i den gravida kvinnans blod utvecklas lär det kunna bli möjligt att utföra fosterdiagnostik på ett enkelt blodprov från denna. Se i not 11 a.a. s. 12.

[15] F.n. pågår en studie i bl.a. Sverige där man försöker att studera om man genom en ultraljudsundersökning som utförs tidigare (11 – 14 graviditetsveckor) under graviditeten än vad som idag är fallet (dvs. 16 – 20 graviditetsveckor) kan förbättra möjligheterna att upptäcka fostermissbildningar. Se i not 11 a.a. s. 11.

ofödda barnet". Denna utredning avlämnade år 1989 sitt slutbetänkande "*Den gravida kvinnan och fostret. – Två individer. Om fosterdiagnostik. Om sena aborter*" (SOU 1989:51). Som betänkandets titel antyder ansåg utredningen att man numera måste betrakta kvinnan och fostret som två skilda individer som båda är skyddsvärda och att man alltså inte längre, som fallet var vid tillkomsten av 1974 års abortlag, kan betrakta fostret endast som en del av kvinnans kropp. Utredningen ansåg likväl inte att det av etiska, medicinska eller psykologiska skäl fanns anledning att föreslå någon sänkning av tidsgränsen (18 veckor) för fri abort, dvs. abort utan tillstånd av Socialstyrelsen, och någon lagändring på denna punkt kom ej heller att genomföras; inte heller har på annat sätt rätten till abort inskränkts.

Man kan givetvis fråga sig hur det överhuvudtaget är möjligt att godta en rätt till "fri" abort om man nu anser att kvinnan och fostret är två självständiga individer som båda är skyddsvärda. Utredningen anförde i denna fråga bl.a. att om den gravida kvinnan "befinner sig i en pressad situation och saknar den psykiska beredskapen att föda sitt barn kan eventuella krav att fullfölja graviditeten upplevas som en kränkning av hennes personliga integritet. Humanitära skäl talar för att hennes intresse i detta fall av att få abortera fostret skall få väga tyngre än det i för sig berättigade intresset hos det spirande människolivet av att få fortsätta att utvecklas till människa".[16]

På grundval av ovan nämnda betänkande framlade regeringen vid 1994/95 års riksdag en proposition ang. fosterdiagnostiken (prop. 1994/95:142). Propositionen resulterade dock inte i någon lagstiftning utan i stället endast i av riksdagen antagna riktlinjer för fosterdiagnostiken.[17] Enligt dessa gäller bl.a. att alla gravida kvinnor har rätt till viss information om fosterdiagnostikens möjligheter, begränsningar och risker. Litet äldre sådana (kvinnor över 35 år) och kvinnor som tidigare fött ett handikappat barn eller som bär på anlag för någon svårare genetiskt eller ärftligt orsakad sjukdom bör erbjudas en mera ingående information, vägledning och rådgivning om fosterdiagnostiken. Efter det att information lämnats får den gravida kvinnan (för-

[16] SOU 1989:51, s. 78.

[17] Socialstyrelsen har utfärdat s.k. allmänna råd ang. innehållet i och utformningen av fosterdiagnostikinformationen, se SOSFS 1997:20. Vägledning på området ges också i Socialstyrelsens SoS-rapport Genetik och genteknik i hälso- och sjukvården.

äldraparet) bestämma om fosterdiagnostik skall äga rum eller ej. Det bör dock tilläggas att eftersom fosterdiagnostiken hör till hälso- och sjukvården gäller dock, som allmänt inom denna, att det är läkaren som har att avgöra om undersökningen är medicinskt motiverad och som därmed i sista hand avgör om denna skall komma till stånd eller ej. Slutligen kan ang. de av riksdagen antagna riktlinjerna för fosterdiagnostiken nämnas att screeningundersökningar bör i princip undvikas.[18]

En kontroversiell fråga har varit om kvinnan alltid skall ha rätt att få information även om s.k. *bifynd*, dvs. om sådana egenskaper hos fostret som inte direkt efterforskats genom diagnostiken, t.ex. om fostrets kön när information härom i det särskilda fallet saknar medicinsk betydelse. De av riksdagen antagna riktlinjerna innebär på denna punkt att den gravida kvinnan bör utan särskild begäran härom få kunskap om allt som genom fosterdiagnostiken framkommit om fostrets hälsotillstånd, dvs. även om sådant som man inte direkt sökt efter. Om uppgift om fostrets kön saknar medicinsk betydelse i det särskilda fallet bör dock denna enligt riktlinjerna endast lämnas ut om kvinnan särskilt begär detta.

Fosterdiagnostiken som sådan är alltså idag *inte* lagreglerad i svensk rätt. Den i oktober 1997 tillsatta Bioteknikkommittén anför i sitt i december 2000 avlämnade slutbetänkande Att spränga gränser, bioteknikens möjligheter och risker (SOU 2000:103) att vid samtal kommittén haft med företrädare för olika patient- och handikapporganisationer framkommit att många av dessa hade ”farhågor när det gällde fosterdiagnostik och preimplantatorisk genetisk diagnostik (PGD)”. De ansåg nämligen att ökade diagnosmöjligheter medför ”risk för att kraven höjs när det gäller vilka som skall tillåtas att födas och att det i sin tur kan påverka synen på handikappade människor negativt”. Det krävdes därför ”ett starkt regelverk som garanterar respekten för alla människors lika värde”. Kommittén anser dock för sin del att det kan ifrågasättas huruvida några allmänna bestämmelser om fosterdiagnostik bör införas i lag. Kommittén menar att det även fortsättningsvis är lämpligast att de närmare reglerna om information om fosterdiagnostik ges i form av allmänna råd från Socialstyrelsen. Emellertid tar kommittén ändock upp fosterdiagnostiken i ett särskilt kapitel (kap. 4)

[18] Jfr not 21 nedan.

i den ”skiss” till en lag om användning av bioteknik på människor som kommittén lägger fram.[19] I denna ”lagskiss” menas med fosterdiagnostik undersökningar av fosterceller eller ultraljudsundersökning av foster (1 §). Genetisk analys vid fosterdiagnostik får enligt förslaget användas endast om testet och testmetoden har godkänts av Socialstyrelsen (2 §). I 11 kap. i ”lagskissen”, om information, vägledning och samtycke, sägs bl.a. att fosterdiagnostik skall föregås av genetisk vägledning och information till kvinnan/ paret om vad undersökningen kan avslöja och om vilka konsekvenser detta kan få för barnet, kvinnan, paret och familjen.

Efter det att Bioteknikkommittén avlämnade sitt ovan åberopade betänkande ”Att spränga gränser, …” (SOU 2000:103) har regeringen, nämligen i mars 2001, tillkallat en parlamentariskt sammansatt kommitté med uppgift att se över ett antal frågeställningar rörande genetisk diagnostik, genterapi och kloning. Enligt kommittédirektiven bör utredningen, som har att redovisa sitt uppdrag senast den 28 februari 2003, ”leda till bl.a. ett samlat förslag till hur det på alla samhällsområden skall kunna garanteras att ingen i [Sverige] skall kunna diskrimineras på grund av sitt genetiska arv. Avsikten är också att kommitténs arbete skall kunna utgöra underlag för en ratificering av Europarådets konvention om mänskliga rättigheter och biomedicin”.[20] Det framhålls vidare i kommittédirektiven bl.a. att den biotekniska utvecklingen ”väcker stora förväntningar samtidigt som svåra etiska frågor aktualiseras. Utvecklingen väcker ibland oro och undran hos människor i allmänhet. Oron för hur forskningsresultat kan komma att användas måste mötas med öppenhet och offentlig debatt liksom med information och kunskap. De etiska frågeställningarna som är förknippade med användningen av den genetiska kunskapen måste hanteras på ett ansvarsfullt sätt så att fundamentala värden inte äventyras. Kommitténs arbete skall mot denna bakgrund bedrivas

[19] Det ingick inte i kommitténs uppdrag att lägga fram förslag till sådan lagstiftning och detta var för övrigt av tidsskäl ej heller möjligt att göra. Kommittén lägger dock fram en ”skiss” till lagstiftning på det aktuella området, som enligt kommitténs mening förhoppningsvis ”skall kunna utgöra underlag för en bred och fördjupad diskussion och därigenom påskynda en lagstiftning på området”. Se SOU 2000:103, s. 299.

[20] Kommittédirektiv, Genetiska undersökningar m.m., Dir 2001:20, s. 2 f.

utåtriktat och främja debatt och diskussion kring dessa frågor. Utvecklingen inom biotekniken sker i stor utsträckning på ett internationellt plan. En viktig utgångspunkt för kommitténs arbete skall vara Europarådets konvention angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, särskilt art. 8. En annan viktig utgångspunkt skall vara Europarådets konvention om mänskliga rättigheter och biomedicin som Sverige undertecknat men ännu inte ratificerat. Kommittén skall också belysa den internationella debatten samt beakta erfarenheter från andra länder". Om speciellt fosterdiagnostiken sägs i kommittédirektiven, sedan det konstaterats att de hittills mest använda metoderna när det gäller sådan diagnostik är fostervatten- och moderkaksprov samt undersökning med ultraljud, att "[k]unskapen om genernas betydelse kommer i tilltagande utsträckning att göra det möjligt att redan på fosterstadiet identifiera individer som riskerar att drabbas av ärftliga sjukdomar. Med hjälp av molekylärgenetiska tekniker kommer analysen eventuellt att kunna göras utifrån ett blodprov från modern där celler från fostret finns. Om en missbildning eller sjukdom upptäcks kan detta i vissa fall leda till att graviditeten avbryts".[21] Slutligen erinras i direktiven om att riksdagen ställt sig bakom de i prop. 1994/95:142 om fosterdiagnostik och abort (jfr ovan) förslagna riktlinjerna för den fosterdiagnostiska verksamheten men att kommittén skall göra en översyn av dessa riktlinjer och överväga om behov av ändring av dessa behövs, eftersom "[u]tvecklingen kan komma att leda till att de etiska frågorna i samband med fosterdiagnostik accentueras".[22]

[21] Dir 2001:20, s, 5. – Det kan nämnas att bl.a. också frågan om genetisk screening tas upp i kommittédirektiven i fråga. Med genetisk screening förstås att man hos en större grupp individer fria från sjukdomssymptom undersöker om de faktiskt har en sjukdom eller senare i livet kommer att utveckla en sådan. Dylika undersökningar kan ske t.ex. under pågående graviditet i form av fosterdiagnostik. I Sverige krävs enligt lagen (1991:114) om användning av viss genteknik vid allmänna hälsoundersökningar Socialstyrelsens tillstånd för genomförande av sådan undersökning. Enligt kommittédirektiven aktualiseras flera etiska frågeställningar i samband med screening och med hänsyn till den snabba gentekniska utvecklingen skall därför kommittén utvärdera nu gällande lagstiftning och överväga om kompletteringar eller förändringar är påkallade. Se Kommittédirektiv, Genetiska undersökningar m.m., Dir 2001:20, s. 9 f.

[22] Se Kommittédirektiv, Genetiska undersökningar m.m., Dir 2001:20, s. 5.

I Norge har man, till skillnad mot vad alltså fallet är i t.ex. Sverige, valt att lagstifta om genetisk fosterdiagnostik och preimplantatorisk genetisk diagnostik (PGD).[23] Sålunda förutsätts, när det gäller genetisk fosterdiagnostik, enligt lagen om medicinsk användning av bioteknologi, att analysen, metoden härför samt att den institution som utför analysen har Sosial- och helsedepartementets godkännande. Vidare gäller bl.a. att PGD endast får äga rum i fall där man har anledning att misstänka allvarlig, ärftlig, sjukdom utan möjligheter till behandling. Analys av embryon syftande till att välja ut det blivande barnets kön tillåts endast när det rör sig om obotlig, könsbunden, ärftlig sjukdom (jfr vad ovan sagts om de svenska riktlinjerna).

När det gäller fosterdiagnostiken kan här avslutningsvis ställas frågan om hur det förhåller sig med ett barns skadeståndsmöjligheter i sådana fall då fosterdiagnostik underlåtits och barnet fötts med handikapp.[24] Man brukar här med en engelsk term tala om skadestånd för ”a wrongful life”. Skadan består alltså i att den underlåtna fosterdiagnostiken lett till att barnet fötts och tvingas leva med ett handikapp. Tanken är att barnet sluppit detta om fosterdiagnostik ägt rum eftersom denna då följts av ett beslut om abort. Hur en svensk domstol skulle bedöma en av ett barn väckt skadeståndstalan grundad på ”a wrongful life” är svårt att ge något alldeles bestämt svar på. Det mest sannolika torde dock vara att domstolen i överensstämmelse med den förhärskande rättsuppfattningen på vissa andra håll utanför för vårt land, såsom t.ex. i USA och England, ogillar talan; en motsatt utgång skulle nämligen riskera att bidra till den icke godtagbara uppfattningen att handikappades liv förtjänar att värderas lägre än friskas.

Preimplantatorisk genetisk diagnostik (PGD)

Preimplantatorisk genetisk diagnostik (PGD) innebär att utanför kroppen, dvs. i provrör, befruktade ägg undersöks genetiskt vad avser förekomst av ärftliga sjukdomar och kromosomskador. Detta innebär alltså att embryon kan undersökas medicinskt innan implanteringen i kvinnans livmoder sker. Det hela går så till att man, efter det att det

[23] Se härtill och till det närmast följande Rynning, E., i Att spränga gränser. Bioteknikens möjligheter och risker, SOU 2000:103, s. 427 f.

[24] Se till det följande Andersson, H. a.a. s. 307 ff.

befruktade ägget börjat dela sig, tar en cell från varje embryo för analys med DNA-teknik. Endast sådana embryon som visat sig sakna den eller de sjukdomsframkallande gener man letat efter, eller som ej uppvisar några kromosomskador, implanteras så i kvinnan.

Den preimplantatoriska diagnostiken, som kan leda till beslut om kasserandet av befruktade ägg, kan tänkas upplevas som något mindre problematisk ur etisk synpunkt än fosterdiagnostiken, som alltså kan leda till beslut om s.k. selektiv abort.[25] Men även vid PGD handlar det dock, som det sagts, ”att ta ställning för eller emot ett begynnande liv. Att befruktade ägg kasseras, kan uppfattas som ett lika stort hot mot människans värde som selektiv abort av foster. Konsekvensen av en ökad användning av PGD kan också bli att allt fler sjukdomar och handikapp börjar betraktas som en godtagbar anledning till att inte låta ett embryo utvecklas. Ett sätt att förhindra missbruk kan vara att ange vilka diagnoser (sjukdomar, skall det nog vara, förf:s anm.) som är tillräckligt allvarliga för att PGD skall få användas, men detta kan i sin tur uppfattas som ett ställningstagande för att barn med sådana sjukdomar eller skador inte bör födas och därmed i praktiken bli en ’dödslista’. Möjligheterna att utföra diagnostik på embryon och foster kan således leda till att förstärka fördomar och få konsekvenser för samhällets syn på sjukdomar och andra avvikelser. Om det blir möjligt att välja barn så att allt fler blir utan fysiska avvikelser eller defekter, kan det på sikt finnas risk för att det krävs allt mindre för att bli betraktad som ’onormal’. Det kan innebära att de som ändå föds med sjukdom eller handikapp känner sig – och också blir – diskriminerade och icke önskade i samhället. Redan att söka efter obotliga skador och sjukdomar hos foster kan leda till en förändrad människosyn. Den prenatala diagnostiken kräver ett ställningstagande till när livet börjar och vilka rättigheter embryot och fostret har. Fosterutvecklingen är en kontinuerlig process och det finns alternativa gränser. Några alternativ är att det mänskliga livet börjar vid befruktningen, vid implantationen av ägget i livmodern, vid

[25] I framtiden lär det eventuellt kunna bli möjligt att utföra den genetiska analysen direkt på spermier och ägg. En sådan diagnostik kan givetvis tänkas bli lättare att acceptera ur etisk synpunkt, eftersom analysresultatet då inte behöver leda till ett beslut om avslutande av ett redan påbörjat liv.

anläggningen av nervsystemet, det vill säga när tankar och känslor kan finnas eller när fostret skulle kunna överleva utanför livmodern."[26]

Den preimplantatoriska diagnostiken är i Sverige liksom fosterdiagnostiken ännu oreglerad i lagstiftningen. Riksdagen har dock i samband med behandlingen av den här tidigare nämnda propositionen 1994/95:42 (Fosterdiagnostik och abort) antagit vissa av regeringen i propositionen uttalade riktlinjer för verksamheten med PGD. Enligt dessa riktlinjer bör metoden i fråga användas med största restriktivitet och endast "för diagnostik av allvarliga, progressiva, ärftliga sjukdomar som leder till tidig död och där ingen bot eller behandling finns. Könsbestämning bör endast få göras om det sker som ett led i diagnostik av en könsbunden ärftlig sjukdom för vilken bot eller behandling saknas." (Jfr ovan om norsk rätt i fråga om PGD.)

I Sverige utfördes PGD-undersökning för första gången år 1994 och därefter har hittills endast ett tiotal PGD-undersökningar utförts årligen och då endast i fall där det funnits stark misstanke om obotliga eller dödliga sjukdomar.

Bioteknikkommittén anför i sitt slutbetänkande "Att spränga gränser, …" (SOU 2000:103) att PGD, som gör det möjligt att välja bort sådana befruktade ägg där följden för barnet om ägget implanterades i livmodern skulle bli skador eller missbildningar, kan "leda till ett samhälle som strävar efter att skapa den 'perfekta' människan. Det kan i sin tur leda till diskriminering av sjuka personer och ett förakt för svaghet".[27] Enligt kommitténs mening måste lagstiftning med det snaraste ske på området.[28] I kommitténs "skiss" till lag om användning av bioteknik på människor (jfr ovan) handlar 4 kap. om PGD. I 1 § definieras därvid vad som i lagen avses med sådan diagnostik, nämligen "genetisk undersökning av ett befruktat ägg innan det sätts in i livmodern". I 2 § i "lagskissens" 4 kap. heter det så att ett "befruktat ägg får undersökas genetiskt endast vid grundad misstanke om en allvarlig sjukdom hos det blivande barnet och som beror på genetiska faktorer". Regeln i lagförslaget om att PGD skall få användas endast vid grundad misstanke om allvarlig sjukdom som beror på genetiska

[26] Bioteknikkommittén i SOU 2000:103, s. 204 f.

[27] Se SOU 2000:103, s. 22.

[28] Bioteknikkommittén anser också att det är mycket viktigt att Socialstyrelsen utfärdar allmänna råd på området i fråga. Se SOU 2000:103, s. 304.

faktorer innebär ”att man vid undersökningen får leta efter endast sådant som är relevant för att finna spår av en sådan sjukdom. Det bör således inte vara tillåtet att leta efter anlag som påverkar utseende, intelligens eller kön, om det inte finns misstanke om en allvarlig, könsbunden sjukdom”. (Jfr ovan om norsk rätt.) Kravet på ”grundad misstanke” innebär att det måste genom undersökning av paret eller på annat sätt ha dokumenterats en sådan misstanke in casu.

Efter det att Bioteknikkommittén avlämnade sitt slutbetänkande (”Att spränga gränser, …” (SOU 2000:103)) har som här tidigare nämnts regeringen tillkallat en parlamentariskt sammansatt kommitté med uppgift att se över ett antal frågeställningar rörande bl.a. genetisk diagnostik.[29] Där talas dock inte om att kommittén skall ha att lägga fram förslag till lagstiftning när det gäller PGD men däremot att kommittén skall göra en översyn av ovan nämnda riktlinjer för denna verksamhet, eftersom det från medicinskt håll hävdats att riktlinjerna är oklara på flera punkter och därmed svårtillämpade.

Avslutningsvis kan när det gäller PGD nämnas att man i svensk press under förra året (2001) kunde läsa om hur ett svenskt par med en cancersjuk (leukemi) son väntade ett barn med en sådan genuppsättning att det kan passa som donator eller givare av benmärgceller till den sjuke sonen (/blivande syskonet). Befruktning utanför kroppen med kvinnans ägg och mannens spermier hade skett i USA. Sedan elva befruktade ägg blivit föremål för preimplantatorisk genetisk diagnostik implanterades i kvinnan två sådana som hade sådan genuppsättning (vävnadstyp eller HLA-gener) att en kommande benmärgstransplantation inte skulle behöva riskera resultera i avstötning av immunologiska skäl. Ett av dessa två ägg kom så att leda till en graviditet. Oavsett hur man etiskt ser på detta och liknande fall (någon kan mena att vad det här är fråga om är att skaffa barn som medel för ett annat barns överlevnad) kan nog konstateras att förfarandet i fråga inte är förenligt med gällande svenska riktlinjer för preimplantatorisk diagnostik (se ovan om dessa riktlinjer). Av stort intresse blir givetvis att ta del av om och i så fall hur den under 2001 tillkallade, här tidigare nämnda, parlamentariska kommittén med uppgift att se över ett antal frågeställningar rörande bl.a. genetisk diagnostik kommer att behandla denna fråga.

[29] Kommittédirektiv, Genetiska undersökningar m.m., Dir 2001:20.

IV. Ofödda barn i den medicinska forskningens och sjukdomsbehandlingens tjänst

Som rubriken till detta avsnitt antyder kan ”ofödda barn”, t.ex. utanför kroppen befruktade ägg eller aborterade foster, användas för medicinsk forskning eller behandling, något som givetvis kan ge upphov till betydande etiska problem.

Vid befruktning utanför kroppen i provrör gäller vanligen, sedan kvinnan hormonbehandlats för att öka äggproduktionen, att fler ägg befruktas än som sedan kommer att implanteras i kvinnan. Sådana, s.a.s. överblivna ägg, kan sålunda komma till användning för försök i forsknings- eller behandlingssyfte. Denna användning är i Sverige sedan 1991 reglerad genom lagen (1991:115) om åtgärder i forsknings- eller behandlingssyfte med befruktade ägg från människa. Enligt denna lag får försök i forsknings- eller behandlingssyfte med utanför kroppen befruktade ägg, som kräver samtycke av den kvinna som lämnat äggen och av den man som lämnat sperman, inte göras senare än 14 dagar efter konceptionen. Genom denna tidsgräns, som dock inte är okontroversiell, har man ansett sig inte behöva komma i konflikt med människovärdesprincipens krav. (Valet av tidsgräns synes ha motiverats med att det ofödda barnet i varje fall efter neuralrörets anläggande som inträffar ca 14 dagar efter befruktningen utvecklat ett medvetande och då också kan känna smärta.)

Nämnas bör särskilt att försök på utanför kroppen befruktade ägg får av etiska skäl inte syfta till att utveckla metoder för åstadkommande av sådana effekter som kan gå i arv, något som innebär att det är i svensk rätt förbjudet att utveckla metoder för genterapi på könsceller.[30] Det har dock hävdats att ”vad som ibland uppgivits vara en allmänt vedertagen uppfattning, nämligen att genetisk modifiering av könsceller skulle vara förbjuden i Sverige inte överensstämmer med innebörden av den gällande lagtexten. Vad som förbjuds i lagen (lagen (1991:115), förf:s anm.) är försök med *befruktade ägg* i syfte att utveckla metoder för att åstadkomma ärftliga genetiska effekter, liksom implantation av ett

[30] Det förhållandet att lagen inte begränsar sig till att förbjuda själva tillämpningen av genterapi på könsceller utan alltså förbjuder redan forskningen när det gäller sådan terapi har från medicinskt håll kritiserats för vara att gå för långt och dessutom för att vara en unik åtgärd på forskningens område.

befruktat ägg efter det att ägget eller spermierna varit föremål för försök. Det torde alltså inte vara förbjudet att genetiskt modifiera spermier eller ett obefruktat ägg in vitro. Mera tveksamt får det kanske vara om lagen omfattar befruktning med användande av ägg eller spermier som varit föremål för sådana försök. Kan en sådan åtgärd anses utgöra ett försök *med* ett *befruktat* ägg? Det framstår i vart fall som sannolikt att studiet av ett på detta sätt tillkommet befruktat ägg skulle anses falla under lagen, och därmed också vara förbjudet."[31] Medan lagstiftningen i Sverige när det gäller genterapi alltså är inriktad på befruktade ägg så gäller i stället i t.ex. Norge att all genterapi på könsceller är i lagen klart förbjuden.[32] (I detta land är för övrigt all forskning på embryon förbjuden.) I Bioteknikkommitténs slutbetänkande "Att spränga gränser, . . ." konstateras att enligt gällande lagtext är det inte förbjudet att använda *spermier* som har varit föremål för genterapeutisk behandling. Därför har kommittén i sitt förslag till skiss till lag om användning av bioteknik på människor valt att ta upp ett generellt förbud för genterapi på könsceller (8 kap. 1 § i lagskissen). Bioteknikkommittén tillägger att det dock kan ifrågasättas "huruvida genterapi på könsceller bör vara förbjudet i framtiden. Det är tänkbart", förklarar kommittén, "att man med sådan terapi skulle kunna utradera en allvarlig, ärftlig sjukdom i en familj. Blivande föräldrar skulle troligen anse en sådan behandling vara adekvat och rimlig. Mot detta kan sägas bland annat att man genom att förändra könsceller på ett otillbörligt sätt griper in i naturen, att man därigenom kan tänkas påverka barns utseende, intelligens m.m. och att en sådan terapi kan förändra synen på människor som i dag har de sjukdomar som genom terapin omöjliggörs".[33] Slutligen kan här nämnas att

[31] Rynning, E., i Att spränga gränser. Bioteknikens möjligheter och risker, SOU 2000:103, s. 432.

[32] Se till detta och till det närmast följande Rynning a.a. s. 434 f. – I Finland tillåts däremot genterapi på såväl könsceller som embryon om syftet är att söka bota svår ärftlig sjukdom. Se Rynning a.a. s. 435.

[33] SOU 2000:103, s. 308 f. – På ett annat ställe i betänkandet förklarar kommittén att genterapi som påverkar könsceller är mera problematisk ut etisk synvinkel än genterapi på kroppsceller, som alltså är tillåten i svensk rätt. "Förändringen ärvs av kommande generationer, vilket gör att konsekvenserna av felbedömningar blir allvarligare. Dessutom kan det diskuteras om människan har rätt till en oförändrad arvsmassa och om rätten i så fall kränks om de blivande föräldrarna får påverka arvsmassan. Omvänt kan det ses som en kränkning av barnets rättigheter att inte ingripa mot svåra sjukdomar trots kunskap om möjligheten." Se SOU 2000:103, s. 205.

den i mars 2001 tillkallade parlamentariska kommittén med uppgift att se över ett antal frågeställningar rörande genetisk diagnostik, genterapi och kloning enligt sina direktiv har att utvärdera den nuvarande lagstiftning som rör frågan om genterapi och överväga om kompletteringar eller förändringar behöver göras.[34]

Enligt lagen (1991:115) om åtgärder i forsknings- och behandlingssyfte med befruktade ägg från människa gäller vidare att ett utanför kroppen befruktat ägg inte får utan Socialstyrelsens tillstånd förvaras i fryst tillstånd under mer än fem år (denna tidsgräns var från början endast ett år). Ett ägg som varit föremål för sådan användning som här är aktuell får aldrig implanteras i en kvinna utan skall på grund av risken för att ägget skadats vid användningen förstöras efter denna (jfr nedan om s.k. reproduktiv kloning).

Stamceller kan sägas utgöra ett slags ursprungsceller, som har en unik förmåga att föröka sig och ge upphov till specialiserade celltyper av olika slag, såsom t.ex. hud, hjärt- eller hjärnceller. Detta torde ge vid handen, att en framgångsrik stamcellsforskning kan innebära möjligheter att för medicinsk behandling ”framställa” fungerande ersättningsceller för patienter vars specialiserade celler, t.ex. hjärnceller, är skadade. Man skiljer mellan å ena sidan *embryonala* och å andra sidan *adulta* stamceller. Av störst intresse för den medicinska forskningen är de embryonala stamcellerna, eftersom dessa är vad man kallar ”pluripotenta” (”kapacitet till det mesta”), dvs. de har förmågan att utvecklas till i stort sett vilka som helst typer av specialiserade celler i kroppen. De adulta stamcellerna, dvs. stamceller från en vuxen individ, har en mera begränsad förmåga (”multipotenta”, ”kapacitet till mycket”) än de embryonala stamcellerna att utvecklas till andra typer av celler. Det bör tilläggas att multipotenta stamceller också kan erhållas ur navelsträngsblod efter en förlossning. Sådana celler kan vidare erhållas från i ett tidigt skede av havandeskapstiden aborterade foster, något som torde falla under regleringen i 11 § lagen (1995:831) om transplantation m.m. (Se nedan om denna regel.)

Det är särskilt frågan om användandet av s.k. embryonala stamceller, som orsakat de svåra etiska problemen och som i varje fall i Sverige särskilt under det förra året (2001) föranlett en omfattande debatt i bl.a.

[34] Se Kommittédirektiv, Genetiska undersökningar m.m., Dir 2001:20, s. 11.

massmedia. Som framhålles av Bioteknikkommittén i slutbetänkandet ”Att spränga gränser, . . .” har frågan om huruvida utnyttjandet av embryonala stamceller skall betraktas som ett etiskt problem eller ej bl.a. ”att göra med hur man ser på ett mänskligt embryo och dess moraliska ställning. Man kan hävda att det är fel att utnyttja ett embryo enbart som ett medel. Detta förutsätter dock”, menar kommittén, ”att man betraktar även ett mycket tidigt embryo som en mänsklig individ. Eftersom endast enskilda celler, och inte hela embryon, odlas kan man hävda att odlingen snarast skall jämföras med en biopsi eller blodprov. Eventuella etiska invändningar mot att använda sådana celler för att tillverka vävnad för transplantation bör också vägas dels mot möjligheterna att bota patienter, dels mot det faktum att överblivna embryon efter provrörsbefruktning annars förstörs”.[35]

I juni 2001 överlämnade Nämnden för forskningsetik vid det numera nedlagda Medicinska forskningsrådet (MFR) till Ämnesrådet för medicin vid Vetenskapsrådet (som ersatt MFR) ett förslag till riktlinjer för svensk stamcellsforskning.[36] I korthet innebar förslaget till riktlinjer att det är etiskt försvarbart att använda embryon som blivit över vid befruktning utanför kroppen (IVF) och som ej behövs för detta syfte under förutsättning att informerat samtycke både från ägg- och spermadonatorer erhålles, att det ej är etiskt godtagbart att skapa embryon

[35] Se SOU 2000:103, s. 206 f. I november 2001 röstade EU-parlamentet nej till ett förslag om att förbjuda finansiering av forskning på mänskliga embryon. Förslaget syftade bl.a. till att stoppa forskning på, och handel med, embryonala stamceller. Se Dagens Nyheter den 30 november 2001, A 11.

[36] I Sverige gäller att medicinska forskningsprojekt med deltagande av människor skall granskas av någon av de tio regionala forskningskommittéer, som är knutna till landets universitet och till Karolinska Institutet i Stockholm. Dessa forskningskommittéer och deras verksamhet är inte lagreglerad men Bioteknikkommittén föreslår i sitt slutbetänkande Att spränga gränser, . . . (SOU 2000:103) att så blir fallet. Frågan har så behandlats i en departementspromemoria, Ds 2001:62 (Etikprövning av forskning som avser människor) och en lagrådsremiss lär vara att vänta i slutet av februari månad 2002.) Sedan 1960-talets slut har det vid det numera nedlagda Medicinska forskningsrådet (MFR) funnits en etisk nämnd, Nämnden för forskningsetik, med uppgift bl.a. att göra uttalanden i forskningsetiska policyfrågor. Sedan forskare vid ett sjukhus (Huddinge sjukhus) ansökt om att få odla stamceller från fem dagar gamla embryon som blivit över vid befruktning utanför kroppen (in vitro fertilisering (IVF)) påbörjade Nämnden för forskningsetik ett arbete med att lägga fram ett förslag till riktlinjer för svensk stamcellsforskning.

enbart för forskningssyfte samt att det inte är etiskt acceptabelt att skapa embryon genom somatisk kärnöverföring för forskning som syftar till stamcellsbehandling (s.k. terapeutisk kloning").

Vetenskapsrådet konstaterade så för sin del att den intensiva debatt i media som följt efter rådets pressmeddelande under sommaren 2001 om nämnda förslag visade att stamcellsforskningen berör de flesta människor och att förslaget i fråga därför borde analyseras och diskuteras så brett som möjligt innan Vetenskapsrådet självt fattade beslut i frågan. På Vetenskapsrådets uppdrag kom därför Ämnesråden för naturvetenskap resp. för humaniora och samhällsvetenskap inom Vetenskapsrådet att också diskutera förslaget till riktlinjer om stamcellsforskning.

I december 2001 kom så Vetenskapsrådet att fatta sitt beslut i frågan. Av rådets redogörelse för bakgrunden till beslutet framgår att den rättsliga regleringen på det aktuella området är enligt rådets mening eftersatt i en internationell jämförelse.[37] Lagstiftning – inte endast när det gäller etikprövningen utan även i fråga om förutsättningarna och villkoren för embryonal stamcellsforskning – bör därför komma till stånd inför en svensk ratificering av Europarådskonventionen om mänskliga rättigheter och biomedicin.[38] Fram till dess sådan lagstiftning kommit till stånd blir enligt Vetenskapsrådet dess ställningstagande – vid sidan av 1964 års Helsingforsdeklaration ("Riktlinjer för biomedicinsk forskning innefattande försök på människa") – grund för de här tidigare nämnda regionala forskningskommittéernas ställningstagande i frågor om stamcellsforskning.

Enligt Vetenskaprådets riktlinjer för forskningsetisk prövning av human stamcellsforskning är tagande av adulta stamceller för forskningsändamål att anse som vävnadsdonation, något som innebär att lagen (1995:831) om transplantation m. m. och hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) är tillämpliga. Användande av navelsträngsblod utgör s.k. tillvaratagande av biologiskt material, vilket innebär att även här gäller hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) samt att godkännande från barnets vårdnadshavare krävs. I fråga om forskning på stamceller

[37] Vetenskapsrådets riktlinjer för forskningsetisk prövning av human stamcellsforskning, 2001–12–04.

[38] Konventionen, som antogs av Europarådets ministerkommitté år 1997, trädde i kraft den 1 december 1999 och har undertecknats, men ännu ej ratificerats, av Sverige.

från aborterade foster gäller, förutom hälso- och sjukvårdslagen, 11 § i 1995 års transplantationslag. Därav följer bl.a. att forskning på stamceller från aborterade foster får endast ske vid synnerliga skäl och efter tillstånd av såväl kvinnan som av Socialstyrelsen.

När det så gäller den i sammanhanget mest kontroversiella frågan, dvs. användning av stamceller från embryon som s.a.s. blivit över vid befruktning utanför kroppen (IVF), så innebär Vetenskapsrådets ställningstagande att sådan användning kan tillåtas om det saknas godtagbara alternativ för att uppnå motsvarande resultat och forskningsprojektet in casu bedöms som nödvändigt för att föra stamcellsforskningen framåt. Frysta embryon som inte längre skall bevaras för behandling i reproduktionssyfte får i enlighet med lagen (1991:115) om åtgärder i forsknings- och behandlingssyfte med befruktade ägg från människa användas för stamcellsforskning om informerat samtycke föreligger från kvinnan som bidragit med ägget och mannen som bidragit med spermierna. Färska embryon får användas om dessa bedömts inte kunna användas för IVF-behandling och om informerat samtycke lämnats av den kvinna och den man av vilkas ägg resp. sperma embryot framställts. Stamceller för forskning får i enlighet med lagen (1991:115) om åtgärder i forsknings- och behandlingssyfte med befruktade ägg från människa tas från ett embryo längst t.o.m. fjortonde dagen efter befruktningen (frystid ej inräknad). Som bioteknikkommittén påpekar i sitt slutbetänkande ”Att spränga gränser, …” torde dock den nämnda lagen inte gälla individuella celler, vilket alltså skulle innebära att lagen ifråga inte hindrar en längre tids odling av stamceller.[39] Det bör tilläggas att regeringen i direktiven för den i mars 2001 tillkallade parlamentariska kommittén med uppgift att se över ett antal frågeställningar rörande genetisk diagnostik, genterapi och kloning även uppdragit till denna kommitté att överväga behovet av och lämna förslag till etiska riktlinjer för användningen av stamceller.[40]

I Sverige gäller bl.a. att *aborterade foster* kan användas för olika medicinska ändamål, såsom t.ex. som givare av organ och vävnader vid transplantationer. Foster från sena aborter är därvid av särskilt in-

[39] Se SOU 2000:103, s. 207.
[40] Se Kommittédirektiv, Genetiska undersökningar m.m., Dir 2001:20, s. 12.

tresse, eftersom dessa innehåller samtliga organ som finns hos människan från födelsen. Om frågan om användning av aborterade foster, som i Sverige tidigare reglerades endast genom av Svenska Läkaresällskapets delegation för medicinsk etik utfärdade etiska regler, finns nu sedan några år tillbaka en lagbestämmelse, nämligen 11 § i lagen (1995:831) om transplantation m.m. Lagstiftningen baseras på den principiella uppfattningen att det kan anses etiskt försvarbart att för medicinska ändamål använda vävnad från aborterade foster, om detta sker på ett pietetsfullt sätt. Därför stadgas att vävnad från aborterade foster får användas endast för medicinska ändamål och alltså inte också för andra sådana, t.ex. för framställning av kosmetika. Vidare krävs att det medicinska ändamålet verkligen är mycket angeläget samt att det i det enskilda fallet har väsentlig betydelse för livskvaliteten hos den sjuka människa som skall behandlas. Kan man uppnå samma behandlingsresultat genom annan metod bör den enligt lagförarbetena i första hand väljas. Slutligen kan nämnas att det av lagmotiven framgår att användningen i fråga, som kräver tillstånd av Socialstyrelsen och samtycke av den kvinna som burit fostret, måste vara neutral i förhållande till abortverksamheten på så sätt att frågan om behovet av aborterade foster för medicinska ändamål inte får på något som helst sätt påverka abortfrågan, t.ex. frågan om tidpunkten för aborten.[41]

Ett problem vid bl.a. transplantation av celler eller vävnad från aborterade foster, liksom vid sådan transplantation från en levande person till en annan, sjuk, person är risken för att de transplanterade cellerna eller den transplanterade vävnaden av immunologiska skäl stöts bort. Det är i detta sammanhang som frågan om den somatiska kärnöverföringens, eller den s.k. terapeutiska kloningens, framtida betydelse är av största intresse.

Kärnöverföring eller *terapeutisk kloning* innebär att cellkärnan i en kvinnas äggcell tas ut, dvs. töms på sin arvsmassa, och ersätts med en ny cellkärna från en annan individ. Vanligen tänker man sig då att denne är en sjuk person som är i behov av nya, friska celler. När ägget så börjat dela sig och utvecklats till ett embryo kommer de stamceller som kan tas ifrån detta att ha samma genuppsättning som patienten i

[41] Se t.ex. SOU 1991:42, s. 11.

fråga, vilket innebär ett eliminerande av risken för avstötning vid en celltransplantation till denne.

Medan, som framgått ovan, Nämnden för forskningsetik i sitt förslag till riktlinjer för den svenska stamcellsforskningen ansåg att forskning rörande terapeutisk kloning inte kan för närvarande anses vara etiskt acceptabel och därför inte tillåtas så kan sägas att Vetenskapsrådets ställningstagande i denna fråga innebär ett försiktigt ja till sådan forskning. Visserligen finner Vetenskapsrådet att metoden med terapeutisk kloning inte kan tillåtas i rådande rättsläge. Då emellertid de behandlingsmässiga vinsterna med denna metod kan på sikt vara stora kan det enligt rådet vara etiskt försvarbart att bedriva grundvetenskaplig forskning ”med sådan inriktning där målsättningen är att etablera stamceller med samma DNA som patienter som behöver celltransplantationer. Sådan verksamhet bör dock villkoras med att en statlig myndighet kan ge licens och kontrollera verksamheten”. Vidare måste enligt Vetenskapsrådet verksamheten i fråga föregås av ett förbud i lag mot att implantera på här aktuellt sätt skapade embryon i en kvinnas livmoder, s.k. reproduktiv kloning (se om sådan närmare nedan). Under dessa förutsättningar kan enligt rådet en forskningsetisk prövning ske på normalt sätt. Då tillåtande av terapeutisk kloning inte är förenligt med Europarådets, av Sverige undertecknade, konvention om mänskliga rättigheter och biomedicin måste Sverige antingen avstå från att ratificera denna konvention eller också på något sätt reservera sig när det gäller denna fråga.

Meddelandet om Vetenskapsrådets ställningstagande i fråga om stamcellsforskning och terapeutisk kloning mottogs överlag positivt i svensk massmedia. Vetenskapsrådets inställning i de aktuella frågorna vann också regeringens starka gillande.[42] Det har aviserats att denna kommer att genom tilläggsdirektiv uppdra till den i mars 2001 tillkallade parlamentariska kommittén med uppgift att se över ett antal frågeställningar rörande genetisk diagnostik, genterapi och kloning att

[42] En något mera försiktig inställning i frågan intar dock Statens medicinsk-etiska råd (SMER), som anser ”att det finns en rad viktiga medicinsk-etiska och juridiska frågor kring cellkärnöverföring som kräver ytterligare belysning och analys”. Se Statens medicinsk-etiska råds yttrande till Socialdepartementet 2002–01–17, Dnr 03/2002.

ge förslag till sådan ändrad lagstiftning som anses nödvändig för en verksamhet med terapeutisk kloning.

Som framgått ovan menar Vetenskapsrådet bl.a. att ett tillåtande av en verksamhet med terapeutisk kloning måste föregås av ett lagstadgat förbud mot s.k. reproduktiv kloning, dvs. kloning i syfte att framställa eller skapa en ny individ utan föregående sammansmältning av ägg och spermie.[43] *Reproduktiv kloning*, som skulle kunna vara av intresse t.ex. för den som önskar föra sina gener vidare till nästa generation trots avsaknad av egna funktionsdugliga könsceller, har allmänt fördömts i olika sammanhang.[44] Sålunda har t.ex. UNESCO, Europarådet och WHO uttalat sig mot tekniken i fråga, eftersom ett sådant experimenterande med människor får anses strida mot människovärdesprincipen och för att en människa inte får betraktas som endast ett medel utan är ett mål i sig.[45] I flera länder finns också uttryckligt förbud i lag mot reproduktiv kloning, så t.ex. i Norge.[46] Frågan om huruvida gällande svensk lagstiftning innehåller ett förbud mot reproduktiv kloning är inte alldeles klar. Enligt den lag som är aktuell på området i fråga, nämligen lagen (1991:115) om åtgärder i forsknings- eller behandlingssyfte med befruktade ägg från människa, är det förbjudet

[43] Det bör observeras att den individ som lämnat den cellkärna som ersatt en äggcells ursprungliga cellkärna (”givarindividen”) och den på så sätt skapade nya individen inte blir helt identiska när det gäller arvsmassan, eftersom de skiljer sig åt i fråga om sådant DNA, som finns utanför cellkärnan. Se SOU 2000:103, s. 111 f.

[44] Enligt Vetenskapsrådet är reproduktiv kloning ”ett missbruk av metoden somatisk kärnöverföring, en metod som, om den används i terapeutiskt syfte, kanske kan leda till stora förbättringar i behandlingen av sjukdomar.” Vetenskapsrådet framhåller vidare att frågan ”om man vid den etiska bedömningen av forskning som syftar till utveckla en viss teknik skall eller inte skall beakta möjligheterna att använda denna teknik på ett skadegörande sätt är ju inte på något sätt unik för denna forskning”. Se Vetenskapsrådets riktlinjer för forskningsetisk prövning av human stamcellsforskning, 2001–12–04, s. 12.

[45] Att enligt UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization) reproduktiv kloning inte skall tillåtas framgår av dess 1997 antagna ”Allmänna deklaration om den mänskliga arvsmassan och de mänskliga rättigheterna”. Detsamma framgår av ett tilläggsprotokoll år 1998 till Europarådets konvention om skydd för de mänskliga rättigheterna och biomedicinen och av WHO:s (World Health Organisation) i maj 1998 antagna resolution om kloning av människor i vilken kloning anses inte vara etiskt acceptabelt och strida mot människans värdighet och integritet, se SOU 2000:103, s. 196 f.

[46] Se SOU 2000:103, s. 434.

att i en kvinna implantera ett *befruktat ägg*, som varit föremål för försök. Vid reproduktiv kloning är det dock rätteligen inte fråga om något befruktat ägg varför man kan ifrågasätta om lagens förbud mot implantation verkligen gäller här. Den eventuella oklarheten på denna punkt kan givetvis undanröjas genom införande av ett uttryckligt förbud i lagstiftningen mot reproduktiv kloning.[47] Nämnas kan att Bioteknikkommittén i sitt slutbetänkande ”Att spränga gränser, …” föreslår ett sådant förbud i sin här tidigare i olika sammanhang åberopade skiss till lag om användning av genteknik på människor (9 kap. 1 §).

Kommittén anför att mot ”ett förbud talar att det inte är uteslutet att det inom en nära framtid kan visa sig att sådan kloning är viktig för forskningen och utvecklingen. Det kan också hävdas att ett förbud mot framställning av genetiskt lika människor skulle kunna påverka synen på enäggstvillingar. Att naturen själv framställer genetiskt lika människor vid ett och samma tillfälle är emellertid inte detsamma som att på konstgjord väg skapa sådana människor, som dessutom kan födas med lång tid emellan. Kommittén har valt att här skriva in ett förbud mot reproduktiv kloning av människor, men menar att frågan bör bevakas för att inte hindra viktig forskning och utveckling”.[48]

Den i mars 2001 tillkallade parlamentariska kommittén med uppgift att se över ett antal frågeställningar rörande genetisk diagnostik, genterapi och kloning har också uppdraget att se över lagstiftningen på den här aktuella punkten.[49]

V. Avslutande synpunkter

Här har huvudsakligen med utgångspunkt från svenska förhållanden behandlats en del olika frågor som kan sägas röra frågan om ofödda barns rättsskydd. Framställningen har förmodligen givit läsaren

[47] I regeringens direktiv till den i mars 2001 tillkallade parlamentariska kommittén med uppgift att se över ett antal frågeställningar rörande genetisk diagnostik, genterapi och kloning sägs dock att då 1991 års lag förbjuder implantation av ett befruktat ägg som varit föremål för försök och då detsamma gäller om försöket skett redan före befruktningen innebär lagen ett förbud mot kloning. Men även om alltså lagstiftningen tekniskt sett förbjuder kloning av människa skall kommittén överväga och lämna förslag till ett förtydligande på denna punkt. Se Kommittédirektiv, Genetiska undersökningar m.m., Dir 2001:20, s. 12.

[48] Se SOU 2000:103, s. 309 f.

[49] Jfr not 47 ovan.

intrycket av en icke alldeles konsekvent ordning när det gäller synen på et ofödda barnet och dess skydd. Det kan här som exempel räcka med att erinra om att medan den gravida kvinnan enligt gällande abortlag kan fritt begära abort intill utgången av den 18:e havandeskapsveckan så stadgar en annan lag (lagen (1991:115) om åtgärder i forsknings- och behandlingssyfte med befruktade ägg från människa) att försök i t.ex. forskningssyfte på utanför kroppen befruktade ägg inte får ske senare än 14 dagar efter befruktningen.

I uppsatsen har först redogjorts för hur man i Sverige sökt att genom lagstiftning begränsa risken för det ofödda barnet att drabbas av skador orsakade av moderns arbetsmiljö. Något mera fullständigt skydd mot denna risk kan man dock knappast utgå från att den gällande lagstiftningen förmår att ge. Denna uppfattning kan grundas på bl.a. det förhållandet att det i vissa fall för förhindrande av fosterskada inte räcker med att kvinnan upphör med det riskfyllda arbetet när hon vet sig vara gravid dels eftersom t.ex. för fostret skadliga främmande kroppsämnen kan ha lagrats upp i kvinnan under lång tid eller för att kvinnans könsceller skadats, dels därför att det i praktiken givetvis kan gå en tid efter konceptionen innan kvinnan vet att hon är gravid. Till detta skall nämligen läggas att den känsligaste tiden för ett foster är just graviditetens början. Detta kunde sägas tala för införande av ett förbud för alla kvinnor i fertil ålder mot visst arbete eller uppställandet av uttryckliga krav på vidtagande av speciella skyddsåtgärder. En sådan ordning skulle dock riskera att medföra en diskriminering av kvinnorna på arbetsmarknaden och man har därför i stället valt vidtagande av generella åtgärder vid tillämpningen av arbetsmiljölagen (och även strålskyddslagen), såsom t.ex. fastställande av på arbetsplatser högsta tillåtna lufthalter av vissa kemiska ämnen.[50]

När det så gäller fosterskador på grund av moderns missbruk av alkohol under graviditeten kan här nämnas att i varje fall för ca tio år sedan lär läget ha varit det i Sverige att av de ca 100 000 årligen födda barnen föddes mellan 50 och 100 med så allvarliga skador att man kan tala om fullständigt fetalt alkoholsyndrom (FAS), dvs. tillväxthämning,

[50] Jfr Westerholm, P. & Arbetarskyddsnämnden, utg. a.a. s. 49 f.

kroppsliga avvikelser och skador på de centrala nervsystemet.[51] Till detta kom ca 200–300 barn som föddes med mindre allvarliga skador till följd av moderns alkoholmissbruk under graviditeten. Tyvärr har förf. inte tillgång till några färskare data när det gäller den aktuella frågan. Man kan dock inte bortse från möjligheten av att en ökad medvetenhet hos blivande mödrar om risken för fosterskador kan ha gjort situationen något bättre. Det må dock vara hur som helst därmed; varje enskilt fall av fosterskada på grund av moderns missbruk måste betraktas som en så stor tragedi att man kan ställa frågan om inte ytterligare preventiva åtgärder från samhällets sida är starkt påkallade. När det gäller rättsliga sådana åtgärder kan man t.ex. ställa frågan om inte på nytt borde övervägas att utvidga tvångslagstiftningen på sådant sätt att det blev möjligt att tvångsomhänderta en missbrukande gravid kvinna om detta kan anses nödvändigt för att tillvarata det ofödda barnets intresse trots att kvinnan in casu själv kanske inte kan sägas ha något eget vårdbehov. Det har för övrigt hävdats att oviljan mot att införa en sådan tvångslagstiftning innebär ”en häpnadsväckande likgiltighet inför de individer som kommer att födas med skador som egentligen är möjliga att förebygga men omöjliga att reparera”.[52]

Medan man på nu berörda områden söker bl.a. genom lagstiftning skydda det ofödda barnet mot att drabbas av fosterskador kan den s.k. abortinriktade fosterdiagnostiken och den preimplantatoriska genetiska diagnostiken (PGD) leda till beslut som fråntar det ofödda barnet rätten att födas. Varken fosterdiagnostiken eller den preimplantatoriska diagnostiken är lagreglerad i Sverige utan regleras endast av riktlinjer som antagits av riksdagen. Då man bl.a. inte kan bortse från risken att beslut om abort efter genomförd fosterdiagnostik, eller beslut om kasserandet av utanför kroppen befruktade ägg efter PGD, stundom sker på grunder som måste anses som etiskt mycket diskutabla synes det på olika håll framställda kravet på lagstiftning på området ha fog för sig. Det kan vidare med hänsyn till möjligheten av fosterdiagnostik allt tidigare under graviditeten ifrågasättas om inte tiden är mogen att ompröva abortlagens gällande regler vad avser tidsgränsen (18:e havandeskapsveckan) för s.k. fri abort.

[51] Se Drogmissbruk och föräldraskap, i Socialstyrelsens skriftserie Socialstyrelsen följer upp och utvärderar 1993:6, s. 11.

[52] Appelberg, G. i Förvaltningsrättslig Tidskrift 1983, s. 274.

Även om alltså det ofödda barnets ställning måste anses svag genom bl.a. fosterdiagnostik och gällande abortlagstiftning så är dock den officiella svenska inställningen den att det aborterade fostret skall behandlas med respekt vilket får betydelse för bl.a. frågan om möjligheten att för olika ändamål använda vävnad från aborterade foster. Denna fråga regleras, som här tidigare konstaterats, i en bestämmelse i transplantationslagen (11 §) som bl.a. innebär att sådan användning tillåts endast för mycket angelägna medicinska ändamål (och alltså inte för andra ändamål, t.ex. för framställning av kosmetika) samt under förutsättning av att fostret kan tas till vara i ur pietetssynpunkt godtagbara former. Dessutom gäller bl.a. att det för användandet i fråga krävs tillstånd dels av Socialstyrelsen, dels ock av denna kvinna som burit fostret. Även om genom vad nu sagts det aborterade fostret måste anses vara garanterat visst rättsskydd när det gäller den här aktuella frågan kan diskuteras om inte detta rättsskydd kunde ha varit ännu starkare om användandet av detsamma enligt lagen även krävt även faderns samtycke. Här har man dock menat att liksom mannens uppfattning får stå tillbaka för kvinnans när det gäller själva abortbeslutet så bör mannens uppfattning också få stå tillbaka när fråga uppkommer att använda fostret efter aborten.[53] Så har det t.ex. sagts, att det inte bör ”få komma i fråga att mannen inlägger veto mot användningen av fostervävnad därför att han har en uppfattning om fostrets status som står i strid med den kvinnan lagt till grund för beslutet att genomgå abort”.[54] Man kan möjligen tycka att det knappast kan anses vara alldeles självklart att principen om kvinnans exklusiva beslutanderätt beträffande själva aborten nödvändigtvis måste få som konsekvens en ensidig beslutanderätt för henne även när det gäller frågan om användning av vävnad från det aborterade fostret.[55]

Med hänsyn till vad nu sagts kan det vara av intresse att jämföra med vad som gäller i fråga om bl.a. samtycke till användande av utanför

[53] Jfr härtill och till det närmast följande Saldeen, Å., Något om faderns ställning i svensk rätt (i Festskrift till Anders Agell, 1994, s. 556 f.). Jfr not 55 nedan.

[54] Transplantationsutredningen i SOU 1991:42.

[55] I den i november 2001 avlämnade propositionen 2001/02:44, ”Biobanker inom hälso- och sjukvården” sägs i 3 kap. 3 § i den däri föreslagna lagen om biobanker i hälso- och sjukvården att ”[v]ävnadsprover från foster får inte samlas in och beva-

kroppen befruktade ägg för t.ex. forskning och försök. Som här tidigare redogjorts för krävs för sådan användning, som alltså inte får ske senare än 14 dagar efter befruktningen, samtycke av såväl den kvinna som ägget härrör från som från den man som lämnat sperman och efter användningen i fråga skall ägget förstöras. Denna jämförelse kan sägas ge vid handen att det blott 14 dagar gamla, utanför kroppen befruktade, ägget tillerkännes ett starkare rättsskydd än ett foster som i det enskilda fallet kan befinna sig på ett sent stadium i utvecklingsprocessen.

Av de frågor som behandlats i denna uppsats måste de som gällt stamcellsforskning, kloning och genterapi sägas vara de mest aktuella och kanske också de mest spännande. Det är därför inte ägnat att förvåna att dessa frågor, i varje fall de två förstnämnda, varit föremål för ett synnerligen omfattande massmedialt intresse, inte minst under föregående år (2001). På grund härav anser jag mig här kunna fatta mig ganska kort.

När det då först gäller stamcellsforskningen så är det, som här framgått, sådan forskning med användande av embryonala stamceller som diskussionen framför allt gällt dels därför att dessa celler anses mest intressanta ur forskningens synpunkt, dels för att det är denna typ av stamcellsforskning som vållar de etiska problemen. Sådan forskning har redan pågått i Sverige sedan en tid tillbaka och Vetenskapsrådets i slutet av 2001 intagna och här redovisade hållning i frågan innebär i realiteten att de etiska problemen inte ansetts större än att denna forskning, som i framtiden väntas kunna få en synnerligen stor betydelse då det gäller framgångsrik behandling av en rad svåra sjukdomar och handikapp, kan fortsätta. Att denna forskning bör få fortsätta råder det också numera politisk enighet om i Sverige. För den

---

ras i en biobank utan att den kvinna som bär eller har burit fostret informerats om avsikten och om det eller de ändamål för vilka biobanken får användas och därefter lämnat sitt samtycke. Har kvinnan avlidit, gäller vad nu sagts i stället hennes närmaste anhöriga". Av motivet till denna regel framgår att Forskningsetiska kommittén vid Karolinska institutet vid remissbehandlingen påtalat, att ett samtycke från fadern borde övervägas beträffande forskning på foster. Regeringen, som erinrar om att det av 11 § transplantationslagen (se ovan) framgår att den kvinna som burit fostret skall lämna sitt informerade samtycke för att material från aborterade foster skall få tas och användas. "Regeringen anser inte att det i dessa situationer finns skäl att även inhämta samtycke från fadern för att kunna inhämta och bevara vävnadsprover. Ett samtycke från den kvinna som burit fostret skall här vara tillräckligt." Se prop. 2001/02:44, s. 40.

svenska stamcellsforskningen, som för övrigt anses vara framstående i ett internationellt perspektiv, innebär Vetenskapsrådets ställningstagande i den aktuella frågan inte endast det i sig positiva att forskningen kan fortsätta utan även möjligheten till en, har det antytts, betydande ekonomisk ”uppbackning” från utländskt håll av denna forskning.[56]

När det så gäller kloning kan konstateras att det förmodligen inom en snar framtid kommer att genom Vetenskapsrådets ställningstagande och genom positiva uttalanden från regeringens sida i olika sammanhang samt genom av denna aviserade lagändringar, bli s.a.s. fritt fram för forskning rörande terapeutisk sådan. När det gäller den reproduktiva kloningen kommer då svensk rätt att väl överensstämma med rättsläget i frågan internationellt. När det däremot gäller terapeutisk kloning kan konstateras att det för närvarande lär vara endast Storbritannien som tillåter sådan kloning.[57]

Stamcellsforskningen innebär som redan antytts, och detsamma gäller givetvis den terapeutiska kloningen, stora förhoppningar för många i dag svårt sjuka och handikappade människor; som ett mycket drastiskt exempel härpå kan nämnas att det lär inte kunna uteslutas att personer som i dag på grund av förlamning orsakad av t.ex. en motorcykel- eller dykolycka sitter rullstolsbundna kan genom t.ex. transplantation av nervceller komma att kunna lämna rullstolen och åter kunna gå.

Till sist! Genterapi på könsceller, liksom reproduktiv kloning, är tekniker som, vilket här framgått, i dag allmänt anses som oacceptabla; frågan är väl bara för hur länge till.

[56] Ett beslut år 2001 av USA:s president G. W. Bush 2001 om att statliga anslag till stamcellsforskning endast skall utgå till sådan forskning där sådana stamceller eller stamcellslinjer som fanns redan före den 9 augusti 2001 används har fått den amerikanska stamcellsforskningen att visa starkt intresse för samverkan med den svenska stamcellsforskningen. Inom den svenska stamcellsforskningen förfogar man nämligen över en betydande andel av de i världen för närvarande existerande stamcellslinjerna.

[57] I vissa andra länder, såsom Frankrike, Israel och Australien, lär det pågå lagstiftningsarbete innebärande ett tillåtande av terapeutisk kloning. Se Svenska Dagbladet den 5 december 2001.

Efterskrift

När det först gäller avsnitt I (Inledning) kan nu tilläggas några litteraturhänvisningar, nämligen Rynning, Åldersgräns för mänskliga rättigheter? Om rätten till hälso- och sjukvård vid livets början (i Hollander, Nygren och Olsen, red., Barn och rätt. Bidrag från forskarkolleger tillägnade Åke Saldeen, 2004, s. 149 ff.)

Vad angår avsnitt II (Arbetsmiljö, missbruk-fosterskador) kan nu nämnas att enligt en artikel i DN den 14 juli 2004 (s. 4) av M. Heilig, Clinical Director, National Institute on Alcohol Abuse and Alcoholism, Bethesda, Maryland, USA, och K. Rågsjö, Informationsansvarig Alkoholkommittén, visar ny svensk forskning om hur kvinnor i Sverige dricker under den första tredjedelen av graviditeten ytterst alarmerande resultat. ”Nästan tio procent av de gravida kvinnorna i landet har ganska avancerade alkoholproblem med i vissa fall mycket hög konsumtion och frekvent berusningsdrickande. Mödrahälsovården har missat så gott som alla dessa svåra fall. Dessutom dricker ytterligare fem procent av de kvinnor som väntar barn så mycket att det betecknas som ’riskdrickande’ enligt internationellt framtagna expertvärderingar.” Vidare kan nämnas att i motion 2002/03:So286 (Tvångsvård av gravida missbrukare) erinrar motionären om att man under slutet av 70-talet och i början av 80-talet diskuterade införandet av en lag om tvångsvård av gravida missbrukare men att en sådan då ej antogs bl.a. beroende på att det ansågs skulle kunna vara kritiskt ur psykisk synvinkel att omhänderta en gravid kvinna, ”Erfarenheterna från personal som arbetat under lång tid med dessa kvinnor samt erfarenheter från andra länder visar dock” enligt motionären ” att en sådan lag om tvångsvård har en stor preventiv effekt och kan vara nödvändig att använda i extrema fall.”

I fråga om avsnitt III (Fosterdiagnostik och preimplantatorisk genetisk diagnostik (PGD)) kan nu konstateras att den i mars 2001 tillkallade parlamentariska kommittén med uppgift att se över ett antal frågeställningar rörande genetisk diagnostik, genterapi och kloning (”Kommittén om genetisk integritet”), nu lämnat sitt slutbetänkande Genetik, integritet och etik (SOU 2004:20). Kommittén föreslår bl.a. att Socialstyrelsen skall få ett bemyndigande att meddela bindande föreskrifter om genetisk fosterdiagnostik. Därigenom blir det också möjligt för Socialstyrelsen ”att meddela regler som motverkar en från allmän synpunkt betänklig utvidgning av fosterdiagnostiken”. Enligt

kommitténs mening bör Socialstyrelsens allmänna råd även i framtiden vara vägledande när fråga är om fosterdiagnostik i allmänhet, se SOU 2004:20, s. 30. – När det så gäller preimplantatorisk genetisk diagnostik (PGD) för diagnos av allvarliga ärftliga sjukdomar föreslår kommittén (s. 303 i betänkandet) att nuvarande riktlinjer härför ändras enligt följande:

> ”Preimplantatorisk genetisk diagnostik (PGD) får endast användas för par som bär på en specifik, allvarlig monogen eller kromsomal ärftlig sjukdom, som innebär hög risk att få barn med en genetisk sjukdom eller skada. Behandlingen får endast inriktas på att barnet inte skall ärva anlag för sjukdomen eller skadan i fråga. Den skall inte få användas för val av egenskap. Inför behandlingen skall paret erhålla utförlig skriftlig och muntlig information om den aktuella sjukdomens natur (prognos, behandlingsmöjligheter etc.), ärftlighetsriskens storlek, hur PGD går till samt de för- och nackdelar som finns med PGD jämfört med alternativa handlingsvägar.”

Kommittén framhåller vidare att s.k. preimplantatorisk genetisk screening (PGS) ”bör i dagens kunskapsläge inte utvecklas till något rutinmässigt förfarande utan reserveras för klart definierade forskningsprojekt som föregåtts av etisk bedömning i en forskningsetisk nämnd. Detta hindrar dock inte att kromosomerna studeras i samband med PGD för diagnos av allvarliga ärftliga sjukdomar. Beträffande PGD/HLA finns”, enligt kommitténs mening, ”flera olösta frågor. I detta läge behövs ytterligare underlag för ett slutligt ställningstagande. Kommittén understryker vikten av att Statens medicinsketiska råd får fortsätta sina överväganden i ämnet. Det skall enligt kommitténs förslag ankomma på Socialstyrelsen att med beaktande av angivna riktlinjer meddela föreskrifter om PGD”. Slutligen uttalar kommittén att samtliga ”ärenden där PGD kommer till användning skall rapporteras till Socialstyrelsen”, se SOU 2004:20, s. 31 f.

Vad så slutligen gäller avsnitt IV (Ofödda barn i den medicinska forskningens och sjukdomsbehandlingens tjänst) kan antecknas att sedan Kommittén om genetisk integritet (jfr ovan) år 2002 avlämnat delbetänkandet Rättslig reglering av stamcellsforskningen (SOU 2002:119) så har Regeringen den 27 maj 2004 till Riksdagen överläm-

nat propositionen 2003/04:148 (”Stamcellsforskning”) innehållande förslag till ändringar i lagen (1991:1115) om åtgärder i forsknings- och behandlingssyfte med befruktade ägg från människa. Enligt propositionsförslaget skall forskning på befruktade ägg – vartill hör bl.a. forskning på embryonala stamceller – alltjämt vara tillåten under i nämnda lag angivna förutsättningar. Det föreslås vidare att somatisk cellkärnöverföring (dvs. vad som i uppsatsen något oegentligt kallats ”terapeutisk kloning”, eftersom, som framhålles i propositionen (s. 15), ”metoden inte syftar till att framställa någon klon”) skall vara underkastad samma begränsningar som idag gäller vid forskning på befruktade ägg. Det föreslås inte någon detaljreglering av forskning på befruktade ägg. De sedan den 1 januari 2004 gällande nya bestämmelserna i lagen (2003:460) om etikprövning av forskning som avser människor anses i propositionen vara ”väl lämpade för den närmare kontroll som krävs”, se prop. 2003/04:148, s. 1. Reproduktiv kloning skall enligt propositionsförslaget vara ”entydigt förbjuden” och överträdelse av detta förbud skall vara straffsanktionerat. Det kan också nämnas att det i propositionen i fråga inte föreslås något generellt förbud mot framställandet av befruktade ägg för forskningsändamål. – Slutligen kan tilläggas att Sverige ännu inte (augusti 2004) ratificerat Europarådets konvention om mänskliga rättigheter och biomedicin men att så avses skall ske senare, se prop. 2003/04:148, s. 22.

Faderskapsfrågan i svensk rättsutveckling efter 1734 års lag

(Die Vaterschaftsfrage in der schwedischen Rechtsentwicklung seit der Gesetzeskodifikation vom Jahre 1734)

I Inledning

Klarläggandet av en individs rätta härstamning är givetvis av en rad olika skäl en synnerligen viktig fråga. Flera rättsverkningar, såsom underhållsskyldighet, arvsrätt samt vårdnads- och umgängesrätt, är knutna till förhållandet föräldrar-barn. Beaktas bör i sammanhanget också synpunkter av psykologisk art. Särskilt bör härvid framhållas den inom modern psykologi och psykiatri allt oftare betonade betydelsen för en individ att känna till sitt rätta ursprung.[1] En bristande överensstämmelse mellan rättsligt och biologiskt föräldraskap kan i enstaka fall medföra risk för incestförbindelser. Vidare kan den komplicera ärftlighets- och personhistorisk forskning samt slutligen i rent medicinska sammanhang, t.ex. i samband med transplantationsverksamhet, i varje fall framkalla en något pinsam situation.[2]

Frågan om moderskapet vållar av lättförklarliga skäl mera sällan

[1] Jfr t.ex. SOU 1983:42, s. 110 ff.
[2] Jfr nedan s. 139 f.

några problem i berörda avseenden.[3] För många individer gäller dock att det rättsliga faderskapet inte överensstämmer med det biologiska eller att de saknar en far i rättslig mening. I denna uppsats skall först redovisas hur man i svensk rätt alltsedan 1917 års barnlagar (1734 års lag saknade särskilda regler om faderskapet) löst frågan om faderskapet i lagstiftningen. Därvid inledes redogörelsen under II med pater-est-regeln. – Därefter har det befunnits lämpligt att i avsnitt III säga något om frågan om artificiell insemination. – I avsnitt IV behandlas frågan om faderskapet till barn fött av ogift mor. Eftersom den medicinska utvecklingen i fråga om faderskapsbevisning givetvis är av största betydelse då det gäller möjligheterna att nå överensstämmelse mellan rättsligt och biologiskt faderskap och då denna utveckling i högsta grad påverkat rättsreglernas utformning kan denna inte förbigås. Av framställningstekniska skäl har redogörelsen härför i huvudsak samlats i ett särskilt avsnitt, nämligen V. – Avslutningsvis följer under VI en diskussion där bl.a. några synpunkter de lege ferenda lämnas.

II Pater-est-regeln

1 1917 års lag om äktenskaplig börd

Genom rubricerade lag lagfästes den redan tidigare i praxis gällande pater-est-regeln (”pater est quem nuptiae demonstrant”). Den äkta mannen ansågs nämligen automatiskt som far till barn, som föddes under äktenskapet eller inom sådan tid efter äktenskapets upplösning – genom dödsfall eller äktenskapsskillnad – att det kunde vara avlat under äktenskapet (s.k. ursprunglig äktenskaplig börd). (Ett utom äktenskapet fött barn kunde erhålla äktenskaplig börd genom att föräldrarna efter födelsen ingick äktenskap med varandra (äktenskaplig börd genom legitimation). I detta fall måste dock faderskapet först ha fastställts genom erkännande eller dom.)

[3] De rättsliga problemen i samband med surrogatmödraskap och provrörsbefruktning lär f.n. vara föremål för utredning av inseminationsutredningen (jfr SOU 1983:42, s. 13). Den till förhindrande av barnamord år 1778 införda rätten för ogift mor att vara anonym avskaffades ej förrän 1915 varför det ännu idag kan finnas personer, som saknar kännedom om vem modern är (jfr SvJT 1968 rf s. 89). Barnet kan i något enstaka fall vara ett s.k. hittebarn, vilket gör moderskapet osäkert. Ang. frågan om barnförväxling å sjukhus’ BB-avdelning se NJA 1949 s. 144.

Möjligheterna att bryta faderskapspresumtionen var mycket små. För det första fanns nämligen inskränkningar i *mannens* (och dennes arvingars, dock inte i barnets) talerätt. Då det ansågs, att frågan om barnets börd såvitt möjligt inte borde hållas svävande och att det skulle innebära en synnerlig hårdhet mot barnet att efter en längre tids förlopp frånkänna det äktenskaplig börd, stadgades att mannen måste väcka talan om hävande av faderskapspresumtionen inom sex månader från det att han fått kunskap om barnets födelse. Vidare gick mannen förlustig sin talerätt om han efter barnets födelse erkänt detta som sitt.[4] För det andra var 1917 års lag synnerligen sträng då det gällde förutsättningarna för bifall till en s.k. negativ bördstalan. Som huvudregel (ang. undantagsbestämmelsen, se nedan under 2) stadgades nämligen att talan ej fick bifallas, med mindre det visats att barnet inte kunde vara avlat av mannen. I motiven till regeln, som syftade till att i största möjliga utsträckning skydda barnets legitimitet, uttalade LB (lagberedningen), att domstolen fick anta utomäktenskaplig börd endast då varje möjlighet att barnet avlats av den äkta mannen var utesluten, samt att tillräcklig utredning om att makarna ej haft samlag med varandra sällan kunde anses föreligga, såvida inte mannen varit vanför av naturen eller makarna vistats å *skilda* orter.[5]

Hade makarna bott på samma ort ansågs det däremot i tillämpningen inte tillräckligt att det genom deras egna uppgifter och övriga omständigheter framgick, att de under lång tid levat åtskilda på grund av söndring och detta inte ens om hustrun under särlevnaden sammanbott med annan man, som medgav att han var barnets far.[6]

Som möjliga bevis för att den äkta mannen ej kunde ha avlat barnet nämndes i motiven endast sterilitet hos mannen och redan inträffat havandeskap hos hustrun vid tiden för samlag med mannen.[7] En tid efter 1917 års lags tillkomst kom dock ett bevismedel att stå till buds, som LB inte räknat med och som borde ha gjort det ganska mycket lättare än vad LB föreställt sig att kullkasta faderskapspresumtionen,

[4] Lagberedningens förslag till revision av giftermålsbalken och vissa delar av ärvdabalken. III. Förslag till lag om barn utom äktenskap m.m. Stockholm 1915 (cit. LB III), s. 196.

[5] LB III, s. 200 f.

[6] Jfr ärvdabalkssakkunnigas förslag till Föräldrabalk. SOU 1949:49, s. 71.

[7] LB III, s. 200.

nämligen resultatet av blodundersökning. HD godtog dock till en början inte uteslutning från faderskapet som i och för sig tillräcklig grund för att bifalla en negativ bördstalan.[8] Dessutom var möjligheten att utesluta en man från faderskapet genom sådan undersökning aldrig särskilt stor under den tid 1917 års lag ännu gällde; t.ex. uppgick den s.k. (genomsnittliga) teoretiska uteslutningsfrekvensen år 1934 till blott 30 %.[9] Slutligen bör erinras om att svensk rätts första lag om blodundersökning från 1933, som tillkom för att möjliggöra framtvingande av blodundersökning, inte gällde mål om äkta börd. Kärandens talan i dylika mål, vilken alltid gick ut på att barnet skulle förklaras sakna äkta börd, ansågs nämligen inte representera ett intresse av sådan styrka att man borde kunna på rättslig väg framtvinga sådan undersökning.[10] I mål om äkta börd krävde därför blodundersökningens genomförande – fram till dess att 1933 års lag ersattes av en lag från 1949 – frivillig medverkan av samtliga parter.

Reglerna om negativ bördstalan i 1917 års lag med dess stränga beviskrav – vilka för övrigt lät sig mindre väl förenas med den av LB i annat sammanhang uttalade principen om att det offentliga hade intresse av att barnets börd fastställdes i enlighet med det rätta biologiska förhållandet – blev också efterhand föremål för stark kritik. På ärvdabalkssakkunnigas förslag, som ansåg det rådande rättstillståndet otillfredsställande och avvika från gemene mans uppfattning, kom också FB (Föräldrabalken), som antogs år 1949, att innehålla regler som gjorde det något lättare att bryta faderskapspresumtionen.[11] Det bör dock framhållas, att redan några år före balkens tillkomst kunde en tendens till lättnad i beviskraven skönjas i praxis.[12] – Även regeln om den korta preklusionstid som gällde för mannens talerätt blev starkt kritiserad och även på denna punkt kom därför nya regler att införas.

2 Föräldrabalken

I proposition med förslag till FB framhöll dep.chefen, att en reformering av reglerna om negativ bördstalan krävde stor försiktighet, efter-

[8] Jfr t.ex. Beckman & Höglund, Svensk Familjerättspraxis (1984), B I:13.
[9] Se Wolff i SVJT 1934, s. 336 ff. (särskilt s. 341).
[10] Jfr SOU 1946:49, s. 133.
[11] A.a. s. 72.
[12] Jfr t.ex. Beckman & Höglund a.a. s. B I:13.

som det var av största betydelse för familjelivet i dess helhet, att barnets äkta börd inte kunde angripas i andra fall än då avgörande bevis kunde föras om att den äkta mannen inte var fadern. ”Eljest skulle den trygghet som presumtionsregeln avser att skapa förringas i betänklig mån.”[13]

De regler om negativ bördstalan, som kom att införas i FB, bestod av en huvudregel med två alternativ, samt en undantagsregel. Enligt huvudregelns ena alternativ, skulle talan om hävande av faderskapspresumtionen bifallas, om det var utrett, att modern haft samlag med annan än mannen och det måste ”antagas” att barnet avlats vid samlaget. Enligt det andra alternativet skulle talan bifallas om det på grund av barnets arvsanlag eller annan särskild omständighet kunde hållas för visst att mannen ej var barnets far. – Redan i 1917 års lag fanns en undantagsbestämmelse från huvudregeln, nämligen för det fall att barnet avlats före äktenskapet eller under tid då makarna på grund av domstols beslut därom levde åtskilda. I dylika fall var presumtionen för den äkta mannens faderskap mindre stark och om mannen därför i sådant fall förde talan om hävande av denna skulle talan bifallas, såvida det inte gjordes sannolikt att makarna haft samlag med varandra under konceptionstiden. Denna regel upptogs i FB dock med dels den ändringen att särlevnaden inte längre behövde bero på domstols beslut därom, utan även kunde bero på att makarna eljest på grund av söndring levde åtskilda, dels med den ändringen att villkoret om att talan i detta fall skulle föras av mannen själv borttogs.

Regeln i 1917 års lag om den korta preklusionstiden betr. mannens talerätt ansåg ärvdabalkssakkunniga i vissa fall utan tvekan vara alltför sträng.[14] För barnets trygghet var det visserligen av vikt att inte behöva efter en längre tid ryckas upp från sin vanda miljö men ofta kunde det likväl vara bättre för barnet att det rättsliga faderskapet kom att överensstämma med det biologiska än att presumtionen om äkta börd upprätthölls så långt som då var fallet. Till stöd för en så kort preklusionstid som sex månader hade LB bl.a. också åberopat de bevissvårigheter, som kunde uppstå efter en längre tids förlopp. De sakkunniga fann att detta dock inte gällde blodundersökning och att frågan om preklusionstidens bestämmande därför också kommit i ett i viss mån för-

[13] Se NJA II 1950, s. 37.
[14] SOU 1946:49, s. 67 f.

ändrat läge. Den regel som kom att införas i FB innebar, att mannen måste väcka talan inom tre år från det att han fått kunskap om barnets födelse. Hade han inte varaktigt sammanbott med barnet gällde dock en mildare regel; i sådant fall gick nämligen mannen ej förlustig sin talerätt förrän ett år förflutit från det att talan, som grundats på att barnet hade äkta börd, t.ex. talan om underhåll, väckts mot mannen.

Betr. regeln om att mannens erkännande av barnet kunde utesluta talerätt medförde FB den ändringen att erkännandet – som kunde lämnas uttryckligen eller tyst – skulle för att utesluta talerätt ha lämnats inte blott efter barnets födelse utan dessutom först efter det att mannen fått vetskap om att modern haft samlag med annan man under konceptionstiden.

FB kom alltså att innebära ökade möjligheter att häva presumtionen om den äkta mannens faderskap. Beaktas bör dock i sammanhanget också den medicinska forskningens framsteg.[15] Medan den teoretiska uteslutningsfrekvensen vid rutinmässig blodundersökning fem år före FB:s ikraftträdande, dvs. år 1945, uppgick till 36 % hade denna siffra 1955 stigit till 50 %, 1965 till c:a 65 % och år 1975, dvs. två år före ikraftträdandet av 1976 års lagstiftning, till över 88 %. (Beroende på att rutinundersökningen av olika skäl blivit något mindre omfattande än den var 1975 har nämnda uteslutningsfrekvens sjunkit något och uppgår f.n. till c:a 87 %.) Vidare ersattes, som tidigare antytts, 1933 års lag om blodundersökning av en lag från 1949, som trädde i kraft samtidigt med FB. Enligt denna, som 1958 ersattes av den ännu gällande lagen om blodundersökning, ägde rätten förordna om blodundersökning eller annan antropologisk undersökning (s.k. rättsantropologisk undersökning) även i mål om äkta börd. I propositionen med förslag till FB utgick dep.chefen från att bl.a. rättsantropologisk undersökning i vissa fall kunde komma att bli av betydelse i mål om hävande av faderskapspresumtionen.[16]

3 1976 års reform

Genom lagändringar 1976, grundade på en inom justitiedepartementet utarbetad promemoria, utmönstrades termerna äktenskaplig börd

[15] Jfr nedan under V.

[16] Jfr dock om tillförlitligheten av dylika undersökningar nedan s. 134.

och barn i resp. utom äktenskap ur den svenska lagstiftningen.[17] Reformen ansågs kunna få betydelse när det gällde att söka få bort kvarvarande fördomsfulla attityder mot barn till ogifta mödrar.

Pater-est-regeln finns dock kvar men dess tillämpningsområde har inskränkts, eftersom den inte längre gäller i fall då frånskild kvinna föder barn inom sådan tid efter äktenskapsskillnaden, att det kan vara avlat under äktenskapet. Skälet härtill är, att man antog att det var mindre vanligt, att presumtionsregeln i dylika fall ledde till ett materiellt riktigt resultat. En mera säker kunskap om hur ovanligt det var att moderns förre make var far till barnet krävde enligt dep.chefen i propositionen ingående sociologiska undersökningar, som dock av bl.a. integritetsskäl inte gärna kunde komma ifråga.[18] (Det förhållandet att det står makarna fritt att sammanleva under den betänketid, som ofta föregår en äktenskapsskillnad ansågs tydligen inte vara en faktor som motiverade ett bibehållande av faderskapspresumtionen när frånskild kvinna föder barn.[19]) När frånskild kvinna föder barn måste alltså numera faderskapet fastställas genom erkännande eller dom, såvida hon inte hunnit gifta om sig före barnets födelse. I sistnämnda fall presumeras mannen i det nya äktenskapet vara barnets far (1:1 FB).

Tidigare – och därvid särskilt efter 1968 då stadgandet i 2:11 GB om en väntetid å tio månader för förut gift kvinna upphävdes – kunde fall inträffa i praktiken där faderskapspresumtionen var tillämplig både i ett upplöst och i ett ingånget nytt äktenskap. Sedan långt tillbaka gällde dock i praxis den regeln – även om praxis lär ha varierat något – att barnet vid kyrkobokföringen antecknades som barn i det senare äktenskapet.[20] Hävdes emellertid denna bördspresumtion senare ansågs mannen i det tidigare äktenskapet automatiskt som far. Numera inträder givetvis inte någon sådan verkan, eftersom lagen ej längre innehåller någon presumtion för frånskild mans faderskap.
I förarbetena till 1976 års lagstiftning konstaterades att väckande av talan om hävande av faderskapspresumtionen kunde te sig onödigt

[17] Prop. 1975/76:170 (Faderskap och vårdnad), LU 1875/76:33.
[18] Prop. 1975/76:170, s. 133.
[19] Jfr a.a. s. 103 (remissyttrandena). Än viktigare i sammanhanget är väl dock att äktenskapsskillnad i vissa fall kan ske utan föregående betänketid.
[20] Jfr Äktenskapsrätt. II. Förslag av Familjerättskommittén. SOU 1964:35, s. 74 ff.

omständligt för de inblandade parterna om det stod helt klart för dem att annan än moderns make var far till barnet och denne dessutom var villig att erkänna faderskapet.[21] Med dåvarande lagstiftning kunde dock ett sådant erkännande inte ges förrän presumtionen för den äkta mannens faderskap först hävts av domstol. Av praktiska skäl infördes därför den ordningen 1976 att faderskapspresumtionen kan hävas inte endast genom dom utan också på det betydligt enklare sättet att den äkta mannen och modern skriftligen godkänner en annan mans faderskapserkännande (1:2, st. 2 FB). Eftersom erkännandet skall uppfylla formkraven i 1:4 FB skall det godkännas även av socialnämnden, vilket endast får ske om det kan antas att mannen är barnets far.[22]

Reglerna om förutsättningarna för bifall till talan om hävande av faderskapspresumtionen ändrades också i viss utsträckning genom 1976 års reform. Huvudregelns alternativ om att talan skulle bifallas om det var utrett att modern haft samlag med annan än mannen och det måste ”antagas” att barnet avlats vid samlaget jämkades på så sätt att det i stället för att det måste ”antagas” att barnet avlats vid samlag med den andre mannen skall detta med hänsyn till samtliga omständigheter vara sannolikt (1:2, st. 1 (1) FB). (Genom denna lagändring uppnåddes överensstämmelse med den nya regeln om fastställande av faderskap till barn fött av ogift mor, som trätt i kraft 1970.) Huvudregelns andra alternativ står kvar oförändrat. Talan skall alltså bifallas om det på grund av barnets arvsanlag eller annan särskild omständighet kan hållas för visst att mannen ej är barnets far (1:2, st. 1 (2)). Undantagsregeln har dock ändrats genom 1976 års reform, nämligen såtillvida att frågan om orsaken till särlevnaden numera är helt ovidkommande (1:2, st. 1 (3)).

Genom 1976 års lagstiftning har vidare samtliga inskränkningar i mannens rätt att föra talan om hävande av faderskapspresumtionen avskaffats. Mannen och barnet är sålunda nu likställda ifråga om talerätten. Regeln om att mannen måste väcka talan inom viss tid ansågs

[21] Prop. 1975/76:170, s. 137 ff.

[22] Reformen genomfördes inte helt utan protester. Några remissinstanser var kritiska och menade, att dåvarande regler med bördstalan vid domstol och möjlighet till sanningsförsäkran borde av rättssäkerhetsskäl stå kvar oförändrade som det enda möjliga sättet att häva faderskapspresumtionen. Se prop. 1975/76:170, s. 106 f.

nämligen inte längre kunna grundas på tanken att barnet hade ett väsentligt intresse av att få behålla sin ställning som barn till gifta föräldrar.[23] Tvärtom, ansågs det, borde det ligga i både barnets och mannens intresse att det legala faderskapet upphävdes om detta inte överensstämde med det biologiska. De psykiska störningar som kunde skapas hos barnet om faderskapspresumtionen hävdes efter en längre tid talade visserligen för en preklusionstid men sådana ansågs kunna drabba barnet även då mannen genom preklusion förlorat talerätten, eftersom intet hindrade att denne i sitt umgänge med barnet och modern gav uttryck för sin uppfattning i faderskapsfrågan. – Då det gällde frågan om förlust av talerätten på grund av att mannen erkänt barnet som sitt ansågs det att mannens intresse av att i sådant fall även i fortsättningen gälla som far måste vara starkt beroende av att samhörigheten mellan honom, å ena sidan, och barnet och modern, å andra sidan, bestod. Brast det i denna samhörighet var det naturligt att mannen ville få faderskapsfrågan utredd. Även från barnets synpunkt syntes en sådan utredning värdefull.

Att denna lagändring skulle komma att medföra en synnerligen otrygg rättsställning för en del barn avlade genom insemination var något som märkligt nog inte uppmärksammades i någon större grad under förarbetena.[24]

Hade förslaget i lagrådsremissen ang. övergångsbestämmelserna också lett till lagstiftning hade förmodligen ännu flera sådana barn jämte många barn avlade på naturlig väg kunnat hamna i det läget att de blivit rättsligt sett faderlösa. För att reformen skulle få så stor effekt som möjligt föreslogs nämligen att en äkta man skulle få rätt att väcka talan utan hinder av att talerätten tidigare förlorats.[25] Genom lagrådets ingripande kom dock övergångsregeln slutligen att bli den att mannen inte ägde rätt att väcka talan om talerätt enligt äldre regler förlorats före 1977.[26]

Medan sålunda samtliga inskränkningar i den äkta mannens talerätt ifråga om hävande av faderskapspresumtionen helt slopades genom

[23] Prop. 1975/76:170, s. 134.
[24] Jfr nedan s. 122.
[25] Prop. 1975/76:170, s. 315.
[26] Se NJA II 1976, s. 479 ff.

1976 års reform så skall här slutligen nämnas att denna samtidigt innebar att mannens arvingars rätt att väcka sådan talan ytterligare inskränktes genom att den regeln infördes att ingen talerätt föreligger för dessa om mannen varaktigt sammanbott med barnet (3:1, st. 2 FB). Tanken bakom denna regel är att om mannen själv inte vidtagit några åtgärder för att få faderskapspresumtionen hävd så finns det inte något skäl för att medge arvingarna rätt att efter hans död föra talan härom.

III Artificiell insemination[27]

Artificiell insemination, dvs. införande på konstlad väg av sperma i kvinnans kropp, är inte någon ny företeelse i Sverige.[28] ”*Makeinsemination*” eller *homolog* insemination, som innebär att gift kvinna inseminеras med sperma från den äkta mannen, lär ha förekommit redan på 1860-talet. (I inseminationsutredningens betänkande i SOU 1983:42 används något oegentligt termen ”makeinsemination” även i fråga om det fall då samboende ogift kvinna insemineras med sperma från den man hon sammanlever med.) ”*Givarinsemination*” eller *heterolog* insemination, innebärande att en kvinna insemineras med sperma från en man, som hon saknar personlig relation till och som oftast är anonym, lär ha förekommit redan på 1920-talet även om verksamheten i starten var blygsam. Under t.ex. åren 1945–49 föddes i Sverige endast sju barn efter givarinsemination men under 1960- och 1970-talen ökade verksamheten i omfattning. År 1975 föddes c:a 100 barn avlade genom givarinsemination och f.n. lär minst 200–250 sådana barn födas varje år.

Insemination på gift kvinna med en blandning av sperma från maken och en eller flera andra män är en tredje typ av insemination; denna metod, som används för att inge mannen förhoppning om att kunna vara barnets biologiske far, lär dock inte vara aktuell i Sverige.[29]

Trots alltså att artificiell insemination förekommit redan sedan lång tid tillbaka i Sverige och att inseminationsverksamheten successivt ökat i omfattning är området fortfarande oreglerat. Detta innebär bl.a.

[27] Jfr till det följande SOU 1983:42.

[28] Termen ”konstgjord befruktning” som stundom används i detta sammanhang är inte lämplig, eftersom själva befruktningen inte är konstlad.

[29] Enligt propositionsförslaget skall användning av sådan blandning av sperma ej få förekomma, bl.a. med hänsyn till barnets rätt att få reda på givarens identitet.

att särskilda regler om faderskapet då barn avlats genom givarinsemination saknas. Trettio år innan dom föll i det mycket uppmärksammade s.k. *Haparandafallet*, *NJA 1983 s. 320*, avlämnade dock den år 1947 tillsatta s.k. inseminationskommittén sitt betänkande i SOU 1953:9. Där föreslogs att en uttrycklig regel skulle införas i FB om att därest den äkta mannen samtyckt till givarinsemination så skulle talan om att han ej var barnets far inte få väckas. Vidare skulle talan om faderskapets fastställande inte få väckas mot spermagivaren. Varför lagförslaget inte ledde till lagstiftning går märkligt nog inte att svara bestämt på. Gissningsvis var en orsak den negativa inställningen till givarinsemination på olika håll i samhället, kanske främst inom kyrkan, samt att utredningen faktiskt inte var enig.[30]

En minoritet, vari bl.a. ingick en företrädare för kyrkan, ville inte att man skulle lagstifta om artificiella inseminationer. Skälet härtill torde främst ha varit att en lagstiftning, som medförde att barnet inte fick möjlighet att få kännedom om sitt biologiska ursprung inte ansågs vara i barnets intresse. Man menade vidare att en lagstiftning om givarinsemination skulle kunna för det allmänna rättsmedvetandet uppfattas som en positiv välvilja till och legitimering av ett barnafödande genom sådan insemination.

Ett annat skäl till att behovet av lagstiftning inte ansågs tillräckligt påträngande kan ha varit att då endast ett mycket litet antal barn föddes efter givarinsemination. Vid bedömandet av frågan om huruvida detta kunde anses vara ett godtagbart skäl att underlåta att lagstifta måste beaktas att man då inte hade anledning att befara att en sådan underlåtenhet behövde leda till att barn avlade genom givarinsemination riskerade bli rättsligt sett faderlösa, om modern var gift. Av stort intresse är härvid uttalanden av ärvdabalkssakkunniga i deras år 1946 avgivna förslag till FB. Dessa fann med hänsyn till inseminationsverksamhetens ringa omfattning, att tvistefrågor rörande faderskapet borde avgöras av rättspraxis utan stöd av särskilda lagregler. Man erinrade därvid om regeln om att därest den äkta mannen efter barnets födelse erkänt detta som sitt kunde denne ej föra talan om hävande av faderskapspresumtionen. I anslutning till grunderna för denna regel borde ett samtycke av den äkta mannen till att hustrun genomgick givarin-

[30] Jfr SOU 1983:42, s. 34.

semination också utesluta rätt för mannen att föra talan om hävande av faderskapspresumtionen.[31]

Fram till 1977 torde alltså rättsläget ha varit det att om ett barn med den äkta mannens samtycke avlats genom givarinsemination så ägde denne ej föra talan om hävande av faderskapspresumtionen, varför alltså barnet i detta fall inte riskerade att bli rättsligt sett faderlöst. Mot bakgrund härav framstår det gärna som synnerligen anmärkningsvärt, att man under 1976 års lagstiftning ansåg sig kunna slopa inskränkningarna i äkta mans rätt att föra negativ bördstalan utan att samtidigt införa särskilda lagregler om faderskapet vid givarinsemination. Problemet blev, som ovan antytts, litet uppmärksammat under lagstiftningsarbetet. I propositionen nämnde dep.chefen endast, att en remissinstans framhållit att ett slopande av inskränkningarna i mannens talerätt krävde införande av särskilda regler för artificiell insemination.[32] Vidare uttalade lagutskottet ”att speciella problem kan uppstå i de mycket fåtaliga fall där artificiell insemination ägt rum och mannen redan vid erkännandet av faderskapet haft vetskap om att han inte var barnets verkliga far. Skulle artificiell insemination bli vanligare, kan det finnas skäl att överväga om mannen i dessa fall skall ha en obegränsad talerätt”.[33]

I rättsfallet *NJA 1983 s. 320 (Haparandafallet)* förde en man, som vid barnets avlande och födelse varit gift med modern, talan om hävande av faderskapspresumtionen, eftersom barnet avlats genom givarinsemination. Med återgivande bl.a. av lagutskottets ovan citerade uttalande fann HD ”att lagstiftaren förutsatt, att det efter lagändringen (dvs. slopandet av inskränkningarna i mannens talerätt, förf:s anm.) inte skulle vara möjligt att i fall av insemination avvisa en negativ bördstalan på den grund att mannen lämnat sitt samtycke till inseminationen. Det får också anses klart att sådant samtycke inte kan i rättspraxis tilläggas betydelse av rättegångshinder. Och den materiella bedömningen måste då företas enligt 1 kap. 2 föräldrabalken, innebärande att den negativa bördstalan skall bifallas när det kan hållas för visst att

[31] SOU 1946:49, s. 64. Jfr Walin, Kommentar till Föräldrabalken. 3 uppl. 1979, s. 69 ff.
[32] Prop. 1975/76:170, s. 105.
[33] LU 1975/76:33, s. 76.

mannen ej är barnets fader. Det kan anmärkas att en motsvarande uppfattning angående innebörden av gällande rätt på förevarande område senast kommit till uttryck vid riksdagsbehandlingen av tre motioner om lagreglering av verksamheten med artificiell insemination, se LU 1981/82:24". HD fann därför att mannens talan – oavsett om han samtyckt eller ej till den aktuella inseminationen – skulle upptas till prövning och bifallas. Barnet blev genom denna dom rättsligt sett faderlöst, eftersom spermagivaren var okänd.

1981 tillkallades dock en särskild utredare med uppdrag att utreda frågan om artificiella inseminationer. Utredaren lämnade 1983 ett betänkande (SOU 1983:42), som remissbehandlats och i juni månad 1984, dvs. 250 år efter 1734 års lag, framlade regeringen en proposition med förslag till lagstiftning om artificiell insemination.[34]

Enligt propositionsförslaget skall en särskild lag om inseminationer införas till reglering av inseminationsverksamheten, innebärande bl.a. att insemination endast skall få utföras på kvinnor som är gifta eller bor samman med en man under äktenskapsliknande förhållanden, samt att givarinsemination endast skall utföras på allmänna sjukhus under överinseende av en gynekolog.

Angående frågan om faderskapet då barn avlats genom insemination föreslås införande av följande regel i 1 kap. FB (6 §):

Har insemination utförts på modern med samtycke av hennes make eller annan man som bodde tillsammans med henne under äktenskapsliknande förhållanden och är det med hänsyn till samtliga omständigheter sannolikt att barnet har avlats genom insemination, skall vid tillämpning av 2–5 §§ den som har lämnat samtycket anses som barnets fader.

En förutsättning för att en man skall anses som far till ett inseminationsbarn enligt ovannämnda regel är alltså att han, när inseminationen utfördes, antingen var gift med modern eller sammanlevde med henne under äktenskapsliknande förhållanden samt att han samtyckt till den inseminationsbehandling, som lett till barnets avlande. Olika

[34] Prop. 1984/85:2. De flesta remissinstanser var positiva till lagstiftning om artificiell insemination. Några av dem ansåg dock, att förbud mot givarinsemination borde införas. Se Sammanställning av remissyttrande över inseminationsutredningens betänkande (SOU 1983:42). Barn genom insemination. Justitiedepartementet. Dnr 2553-83. Stencil.

regler kommer dock att gälla beroende på om modern var gift eller ej när barnet föddes. Var modern gift vid barnets födelse eller nybliven änka gäller den legala faderskapspresumtionen för den äkta mannen. Genom förslaget får denne inte längre någon möjlighet att vinna bifall till en talan om hävande av faderskapspresumtionen, såvida inte hans samtycke till inseminationsbehandlingen saknades eller han kan göra sannolikt att barnet i själva verket inte avlats genom insemination utan vid moderns samlag med annan man (1:2 st. 1 (1) FB).

Är det fråga om makeinsemination, som skett under den äkta mannens livstid, kan givetvis inte den legala faderskapspresumtionen i 1:1 FB brytas. Emellertid gäller inte denna om makeinsemination skett efter mannens död, vilket i princip är möjligt, eftersom insemination kan ske med fryst sperma. Enligt den föreslagna lagstiftningen skall det dock inte vara tillåtet att utföra insemination efter mannens död.[35]

Var modern varken gift eller nybliven änka vid barnets födelse måste faderskapet fastställas genom erkännande eller dom (1:3 FB). Till skillnad mot vad som nu gäller skall socialnämnd få godkänna ett faderskapserkännande då insemination skett med sperma från annan man än den som erkänt faderskapet. Denne skall inte senare enligt regeln i 1:4, st. 3 FB kunna föra talan om att erkännandet skall förklaras ogiltigt på den grund att han inte är barnets far. Skulle den man som samtyckt till inseminationen vägra erkänna faderskapet skall domstol kunna förklara honom som far enligt regeln i 1:5 FB och detta vare sig inseminationen skett med hans egen eller annan mans sperma.

Ett villkor för att den sammanboende mannen skall kunna förklaras som far skall dock vara att det med hänsyn till samtliga omständigheter är sannolikt att barnet avlats genom insemination. Om så inte är fallet måste faderskapsfrågan prövas enligt de regler som annars gäller enligt 1:4 resp. 1:5 FB. – För att faderskapet enligt ovan föreslagna regler skall kunna fastställas till ett barn, som fötts efter givarinsemination skall inte krävas att inseminationen utförts enligt den föreslagna särskilda lagen om insemination. Detta innebär t.ex. att en man skall anses som far även om inseminationen skett utomlands eller i Sverige men mannen endast muntligt samtyckt till inseminationen (enligt den föreslagna lagen om insemination skall nämligen samtycke

[35] Se prop. 1984/85:2, s. 22 f. Jfr SOU 1983:42, s. 127 f.

till insemination vara skriftligt). Skulle i sistnämnda fall tvist uppstå om huruvida samtycke lämnats eller ej får frågan i sista hand prövas av domstol.

Förslaget innebär vidare bl.a. att efter en givarinsemination skall talan inte kunna föras mot spermagivaren om att han är barnets far. Denne skall dock i princip kunna ta på sig faderskapet genom ett faderskapserkännande under förutsättning att det inte fanns något samtycke till inseminationen från den man som barnets mor var gift eller eljest sammanbodde med vid inseminationen.

(Vid bedömandet av frågan om hur vanligt det kan tänkas bli att en spermagivare erkänner faderskapet torde bl.a. böra beaktas den omständigheten att en spermagivare kan vara far till många inseminationsbarn. Enligt propositionsförslaget skall socialstyrelsen meddela allmänna råd om bl.a. gränsen för antalet graviditeter per givare. Därvid sägs den gräns på 4–6 barn per givare som f.n. tillämpas vid vissa sjukhus vara en lämplig utgångspunkt.)

Det förutsätts att ett barn avlat genom givarinsemination även med den nya lagstiftningen kan bli rättsligt sett faderlöst i vissa fall, så t.ex. om en givarinsemination utförts utan giltigt samtycke av den man som annars skulle ha bundits vid faderskapet och spermagivaren inte själv vill erkänna detta.

Enligt lagrådsremissen skulle de föreslagna reglerna om faderskapet för inseminationsbarn gälla även om inseminationen skett och även om barnet fötts före ikraftträdandet av dessa regler (1/1 1985 enligt förslaget). Hade talan före ikraftträdandet väckts om hävande av faderskapspresumtionen i fall då barnet avlats genom insemination skulle dock äldre bestämmelser tillämpas. Någon övergångstid ansågs alltså inte behövas. På denna punkt var dock lagrådet kritiskt och menade, att de nya reglerna endast borde gälla inseminationer, som utförts efter ikraftträdandet. Beträffande barn, som avlats genom insemination före ikraftträdandet föreslås dock den övergångsregeln att talan enligt 1:2 FB (negativ bördstalan) om att den man som samtyckt till inseminationen inte är barnets far eller enligt 1:4, st. 3 FB om att ett faderskapserkännande, som mannen lämnat saknar laga verkan måste väckas senast inom ett år efter ikraftträdandet (lagrådet hade föreslagit två år).[36]

[36] Se prop. 1984/85:2 s. 37 f. och s. 42 f.

Beträffande slutligen den mycket kontroversiella frågan om huruvida ett givarinseminationsbarn bör ha en ovillkorlig rätt att få kännedom om spermagivaren så innebär propositionsförslaget att barnet genom sjukhuset eller socialnämnden skall, om det har uppnått tillräcklig mognad, ha rätt att få del av de uppgifter som på sjukhuset antecknats om spermagivaren.[37] (Utredningen hade föreslagit att barnet först vid fyllda aderton år skulle ha en ovillkorlig sådan rätt. Innan barnet uppnått denna ålder skulle uppgift till barnet om spermagivaren inte få utlämnas utan dennes samtycke.[38])

Enligt propositionens lagförslag skall vidare den som är ansvarig för inseminationen eller annan som har tillgång till uppgifterna om spermagivaren vara skyldig att på begäran av domstol lämna ut dessa uppgifter, eftersom de kan behövas i ett mål om faderskap; eljest skall dessa uppgifter, som skall bevaras i sjuttio år, vara sekretesskyddade enligt 7 kap. 1 § sekretesslagen.

IV Barn fött av ogift mor

1 1917 års lag om barn utom äktenskap

Den ekonomiska situationen för en ensamstående mor och hennes utomäktenskapliga barn var före rubricerade lag ofta utomordentligt dålig.[39] Ansvaret för tillvaratagandet av barnets rätt vilade uteslutande på modern vilket medförde att faderns underhållsskyldighet i majoriteten av fall aldrig blev fastställd. På LB:s förslag infördes därför genom 1917 års lag barnavårdsmannainstitutet. För varje utomäktenskapligt barn skulle sålunda förordnas en barnavårdsman, som det bl.a. ålåg att tillse att faderskapet och underhållsskyldigheten fastställdes. Härigenom blev, som det sagts, ”även faderns anonymitet principiellt” avskaffad i svensk rätt.[40]

[37] Inseminationsutredningen hade föreslagit att sjukhuset skulle ha att anmäla till pastorsämbetet att ett barn avlats genom insemination. Remissinstanserna var dock genomgående kritiska till detta förslag och det finns ej heller med i propositionsförslaget.

[38] Se SOU 1983:42, s. 115 ff.

[39] Jfr LB III, s. 64 ff.

[40] Hafström, Den svenska familjerättens historia, 9 uppl. 1975, s. 89.

1734 års lag saknade särskilda regler om faderskapets fastställande genom erkännande eller dom men sådana regler kom att införas genom 1917 års lag om barn utom äktenskap.

Barnavårdsmannens skyldighet att sörja för faderskapets fastställande skulle enligt LB i de flesta fall bäst fullgöras om denne kunde på frivillighetens väg förmå den av modern utpekade fadern att erkänna faderskapet. Fördelarna med ett faderskapserkännande skulle dock väsentligt reduceras om detta inte blev gällande som konstituerande för barnets rättsliga status.[41] (Sådan verkan saknade ett faderskapserkännande före 1917 års lag.) För att erkännandet skulle bli konstituerande för barnets rättsliga status uppställdes i 1917 års lag vissa formkrav för detsamma. Sålunda kunde faderskapserkännande ske muntligen inför präst, som förde kyrkoböckerna i barnets församling eller i tillkallat vittnes närvaro inför kronofogde, länsman eller notarius publicus eller slutligen skriftligen genom avtal om underhållsbidrag till barnet, vilket avtal skulle vara bevittnat av två personer och godkänt av barnavårdsman eller barnavårdsnämnd. Erkännandet skulle dessutom på motsvarande sätt vitsordas av modern.

Lagen innehöll visserligen en regel om att erkännandet skulle kunna förklaras ogiltigt om det visade sig vara oriktigt (eller, då erkännandet gjorts före barnets födelse, mannen svävat i villfarelse ang. den sannolika tiden för barnets födelse). LB hade dock den uppfattningen, att det mycket sällan kunde komma i fråga att den man, som erkänt faderskapet, lyckades visa att han ej var barnets far. Utvecklingen inom främst blodgruppsforskningen kom emellertid att successivt göra det något lättare för mannen att fullgöra bevisskyldigheten.[42]

I mål om faderskapets fastställande genom dom var det med hänsyn till omöjligheten att vinna ett direkt bevis för viss mans faderskap alldeles nödvändigt att i framtiden som huvudregel bibehålla den redan tidigare i praxis uppställda presumtionen om att den man som haft samlag med modern under konceptionstiden var barnets far.[43] Presumtionen borde dock inte göras absolut utan i lagen skulle anges att den genom särskilda omständigheter kunde brytas. Givet var därvid till en

[41] LB III, s. 147 f.
[42] Jfr härom Saldeen, Fastställande av faderskap, s. 140 ff. samt nedan under V.
[43] Om faderskapspresumtionen se Saldeen a.a. s. 51 ff.

början att presumtionen måste falla, om det på grund av någon särskild omständighet var uteslutet att den instämde mannen var barnets far. Det skulle åligga svaranden att styrka sådan omständighet, t.ex. att han vid tiden för samlaget var impotent, att modern var gravid redan före samlaget eller att barnet företedde sådana rasegendomligheter, att han omöjligt kunde antas vara dess far. Betydligt svårare var enligt LB att ta ställning till frågan om, och i så fall i vilken utsträckning, avseende borde fästas vid omständigheter som inte kullkastade presumtionen men som dock gjorde den utpekade mannens faderskap osannolikt. Särskilt avsågs den omständigheten att modern haft samlag även med annan man eller andra män under konceptionstiden. Med hänsyn till de mycket begränsade möjligheterna att medicinskt bedöma faderskapsfrågan kunde det inte bli tal om att införa en regel, som överlät åt domstolarna att bedöma sannolikheten för de olika männens faderskap. Att i stället lösa frågan på det sättet att faderskapet i dylikt fall inte fastställdes men samtliga aktuella män förpliktades bidra till barnets underhåll kunde inte komma i fråga, eftersom underhållsskyldigheten ansågs grundad på faderskapet. (”Den, som för närvarande dömes att betala uppfostringsbidrag, anses i allmänna uppfattningen såsom barnets fader. Det skulle för denna uppfattning förefalla ytterst främmande, om flera män komme i den ställningen”, anförde LB bl.a.[44]) Det ansågs dock lika otillfredsställande om ingendera av männen skulle kunna åläggas de skyldigheter, som följer av faderskapet och som då i huvudsak inskränkte sig till underhållsskyldighet. För att det över huvud taget skulle bli möjligt att fastställa faderskapet i fall då modern haft samlag med flera män ansåg LB det nödvändigt att den instämde mannen inte skulle få göra invändning om att även annan man eller andra män kunde komma i fråga som far till barnet (exceptio plurium concumbentium). ”Att det, när sådan invändning ej tillåtes, i själva verket blir kvinnan, som får välja, vilken bland flera konkumbenter skall anses såsom fader, är väl en olägenhet; men den kan icke undgås, då man av förut angivna skäl icke vill lägga underhållsskyldigheten på flera konkumbenter”.[45]

Den regel om faderskapets fastställande genom dom, som på LB:s

[44] LB III, s. 161.
[45] A.a. s. 162.

förslag infördes i 1917 års lag om barn utom äktenskap (26 §) hade följande lydelse: Varder utrett, att svaranden haft samlag med modern å tid, då barnet kan hava avlats, skall han anses såsom fader, där ej *uppenbart* är, att barnet ej avlats vid det samlag.

Frågan om samlag, dvs. den presumerande omständigheten i den i regeln uppställda faderskapspresumtionen, utreddes genom s.k. normerad partsed varvid modern i praktiken var den av parterna som vanligtvis fick med edgång komplettera sina uppgifter i denna fråga.[46]

2 Föräldrabalken

Reglerna om faderskapserkännande i 1917 års lag om barn utom i äktenskap upptogs i huvudsak oförändrade i FB.[47] Däremot ändrades den i 1917 års lag uppställda faderskapspresumtionen på det sättet att, om det var utrett att den instämde mannen haft samlag med modern under konceptionstiden, så behövde mannen inte längre visa att det var ”*uppenbart*” att barnet ej avlats vid samlaget; det räckte enligt FB med att han visade, att det var ”osannolikt” att barnet avlats vid samlaget. Anledningen till denna reform var att man önskade anpassa lagtexten till de möjligheter, som genom den medicinska forskningens framsteg successivt erbjudits att bedöma sannolikheten för viss mans faderskap och därigenom möjliggöra säkrare avgöranden i faderskapsmålen.[48]

Genom FB tilläts svaranden att föra bevisningen om att annan man haft samlag med modern men enligt förarbetena borde sådan bevisning endast tillåtas om särskilda skäl talade för att svaranden inte var barnets far. Om det med hänsyn till samtliga omständigheter var osannolikt, att den instämde mannen var barnets far skulle talan ogillas. Frågan om annan mans faderskap kunde därvid inte prövas i samma rättegång men när talan mot en instämd man ogillats kunde en annan man instämmas i en ny rättegång.

Slutligen skall tilläggas att visserligen avskaffades den normerade partseden redan 1948, varefter samlagsfrågan vanligen utretts vid förhör under sanningsförsäkran med modern och svaranden men då uppgift

[46] Jfr Saldeen a.a. s. 59 f.

[47] Den ändringen vidtogs dock att faderskapserkännandet ej längre behövde ha samband med avtal om underhållsbidrag. Jfr SOU 1946:49, s. 88.

[48] Jfr nedan under V.

stått mot uppgift i denna fråga torde läget i rättspraxis länge ha varit det att man tagit hänsyn ”till ej blott parternas allmänna vederhäftighet utan även den speciella omständigheten, att det i och för sig är mycket sannolikare att modern talar sanning”.[49]

3 1969 års reform

År 1969 genomfördes i Sverige en arvsrättsreform innebärande full arvsrätt efter fadern och fädernefränder för de tidigare s.k. utomäktenskapliga barnen. Frågan om en sådan reform hade diskuterats sedan mycket lång tid tillbaka men inte givit något resultat, framför allt beroende på svårigheten att träffa säkra avgöranden vid faderskapets fastställande.[50]

I förslaget till Ärvdabalk år 1954 önskade de sakkunniga ersätta den genom FB införda regeln om faderskapets fastställande genom dom med en bestämmelse som bestod *dels* av en huvudregel, som i sak överensstämde med den genom FB införda regeln, *del ock* en tilläggsregel innebärande att om två eller flera män haft samlag med modern skulle inte någon av dem förklaras som far, såvida det inte förelåg en överväldigande sannolikhet för en av männens faderskap.[51] Då emellertid lagrådet av olika skäl inte kunde tillstyrka förslaget, ansåg dep.chefen att frågan om en ändring av regeln om fastställande av faderskap borde anstå tills man slutgiltigt kunde ta ställning till spörsmålet om en utvidgad arvsrätt för den aktuella gruppen av barn.[52]

I 1969 års proposition med förslag till ändringar i FB konstaterade dep.chefen, att de sociala motiv, som låg bakom den mot svaranden i faderskapsmål stränga regeln i 1917 års lag och i den därefter genom FB införda regeln, inte längre gjorde sig gällande med samma styrka, enär de utomäktenskapliga barnens sociala situation starkt förbättrats genom olika sociala reformer. Eftersom vetenskapen inte hunnit så långt, att det var möjligt att få fram utredning som gav full visshet beträffande faderskapet var det dock nödvändigt att i en ny lagstift-

[49] Beckman & Höglund a.a. s B II:14. Jfr Saldeen a.a. s. 61 ff.

[50] Jfr Inger, Grunden för arvsrätt (i Rättsvetenskap och lagstiftning i Norden. Festskrift tillägnad Erik Anners. Stockholm 1982, s. 51 ff.)

[51] SOU 1954:6, s. 141 ff.

[52] NJA II 1958, s. 173 ff.

ning behålla en presumtionsregel av något slag. En lagändring, som skulle främja säkrare avgöranden i faderskapsmål måste emellertid gå ut på en uppmjukning av faderskapspresumtionen. Dep.chefen tvekade därvid inte om att den nya lagstiftningen skulle innebära att man övergick från en negativ till en positiv sannolikhetsbedömning och vid behov tillät en allsidig jämförelse i samma process mellan flera faderskapsmöjligheter.[53]

Den regel om faderskapets fastställande genom dom som kom att införas genom 1969 års reform och som trädde i kraft 1970, då alla barn oavsett familjerättslig status blev likställda i arvsrättsligt hänseende, blev i samband med 1976 års reform jämkad i redaktionellt avseende och återfinnes därefter i 1:5 FB där den har följande lydelse: Skall faderskap fastställas genom dom, skall rätten förklara en man vara fader, om det är utrett att han har haft samlag med barnets moder under tid då barnet kan vara avlat och det med hänsyn till samtliga omständigheter är sannolikt att barnet har avlats av honom.

Till grund för 1969 års reform låg ett år 1965 avgivet förslag, som – i likhet med ärvdabalkssakkunnigas år 1954 avgivna förslag – innebar negativ sannolikhetsbedömning i enmansfall men positiv sådan bedömning i flermansfall.[54] Denna skillnad fann dock dep.chefen inte vara logiskt fullt försvarlig och inte heller praktiskt behövlig. Den skulle, som remissbehandlingen visat, ibland kunna ge upphov till tolknings- och gränsdragningssvårigheter. Det inträffade nämligen inte så sällan att en instämd man kunde göra sannolikt men inte bevisa att modern haft samlag under konceptionstiden även med annan man. Oavsett hur det låg till med bevisningen på den punkten borde enligt dep.chefen bedömningen i presumtionsfrågan i princip alltid ske efter en och samma regel.[55]

Angående tolkningen av den nya regeln om fastställande av faderskap uttalas i motiven bl.a. följande.[56] Om modern endast utpekat en man, som inte kunnat uteslutas från faderskapet genom blodundersök-

[53] NJA II 1969, s. 376.

[54] Fastställande av faderskapet till barn utom äktenskap. Förslag avgivet av särskild utredningsman. SOU 1965:17.

[55] NJA II 1969, s. 376 f.

[56] Se närmare om fastställande av faderskap Saldeen a.a.

ning, och utredningen inte visar att även annan man haft samlag med modern under konceptionstiden, måste slutsatsen i allmänhet bli att den instämde mannen är sannolik som far. Om emellertid blodundersökningen i detta fall visat en mycket låg sannolikhet för faderskap bör faderskapstalan kunna bifallas endast om modern gör ett mycket trovärdigt intryck och hennes uppgifter vinner stöd av annan utredning, t.ex. antropologisk undersökning. – Är två män instämda och som inte kunnat uteslutas från faderskapet genom blodundersökning får en jämförelse mellan männen göras med ledning av alla omständigheter som kommit fram i målet. Den samlade bedömningen i målet måste bli en fråga om övervägande sannolikhet för det ena eller det andra faderskapet. Men om faderskapstalan skall kunna bifallas mot någon av männen får skillnaden i sannolikhet inte vara så liten att den ter sig praktiskt ganska obetydlig. I så fall skall faderskapstalan ogillas mot båda männen. – I ett mål där utredningen visar att modern haft samlag med tre eller flera män under konceptionstiden beror möjligheterna att nå fram till ett positivt avgörande i faderskapsfrågan i hög grad på resultatet av blodundersökningar och eventuella antropologiska undersökningar. Om det inte går att nå resultat genom sådana undersökningar och man inte heller på annat sätt kan nå fram till en någorlunda klar sannolikhetsövervikt för en av männen bör faderskapstalan ogillas mot alla. I sådana fall som här är fråga om kan hänsynen till mor och barn ibland tala för att man avstår från att över huvud taget anställa rättegång i faderskapsfrågan.

Genom 1969 års reform infördes också en särskild lag om fastställande av faderskapet till barn utom äktenskap (faderskapslagen), som utförligt reglerade barnavårdsmannens uppgifter i fråga om faderskapsutredningen. År 1974 upphävdes dock reglerna i FB om barnavårdsman och dennes uppgifter i samband med faderskapsfastställande överfördes på barnavårdsnämnden men ligger sedan 1982 i stället på socialnämnden. I samband med 1976 års reform upphävdes faderskapslagen och reglerna om faderskapsutredningen återfinns därefter i 2 kap. FB. Redan genom faderskapslagen infördes möjlighet att lägga ned faderskapsutredningen i fyra olika särskilt angivna fall. Reglerna om nedläggande av faderskapsutredningen i dessa fall återfinns efter 1976 års reform i 2:7 FB. Enligt denna regel kan socialnämnden lägga ned påbörjad faderskapsutredning bl.a. om det visar sig omöjligt att få

erforderliga upplysningar för bedömning av faderskapsfrågan eller det framstår som utsiktslöst att försöka få faderskapet fastställt av domstol.[57] (Ett beslut om nedläggande av utredningen, som kan överklagas, är dock endast ett tillsvidarebeslut; framkommer nya omständigheter kan alltså utredningen tas upp igen.)

Eftersom den nya lagstiftningen syftar till att främja säkrare avgöranden i faderskapsfrågor reformerades även reglerna om faderskapserkännande år 1969. Möjligheten att muntligen, inför t.ex. präst, lämna sådant erkännande borttogs. För att ett erkännande skall ha föregåtts av åtminstone viss prövning gäller i stället numera, att det måste vara skriftligt samt att det skall ha godkänts av bl.a. socialnämnden, som endast får lämna sitt godkännande om det kan antas att mannen är barnets far (1:4 FB).[58]

V Medicinsk faderskapsbevisning

1. En mycket gammal metod för biologisk faderskapskapsbevisning, äldre än blodundersökningen, är morfologiskt genetisk eller s.k. rättsantropologisk undersökning. Vanligtvis har sådan undersökning avsett yttre morfologiska karaktärer, såsom ögonpartiets, öronmusslornas, näsans, mun- och hakpartiets form samt finger- och handflateavtryck. Flertalet yttre morfologiska egenskaper är dock polygent bestämda, dvs. deras ärftlighet påverkas av flera arvsanlag, varför de inte utgör lika förnämliga markörer som de monogent bestämda, dvs. karaktärer som påverkas av ett enda arvsanlag, t.ex. blodgruppssystemet ABO.[59]

I tiden före 1950 hade i Sverige s.k. rättsantropologisk undersökning endast i mycket ringa utsträckning kommit till användning som bevismedel i faderskapsmål. I förslaget till FB 1946 uttalade ärvdabalkssakkunniga att det med hänsyn till den vikt sådana undersökningar

[57] Två av förf:s elever har genom empiriska undersökningar studerat faderskapsutredningarna. Se Rehn, Barnavårdsnämndernas utredning för fastställande av faderskap. Upps. i tillämpade studier i civilrätt. Stockholms universitet. HT 1978. (Stencil) och Levlin, Socialnämndens nedläggning av faderskapsutredning. Skriftligt arb. i civilrätt. Juridiska fakulteten-institutionen. Uppsala universitet. VT 1984. (Stencil).

[58] Tidigare lär det ha varit ovanligt, att en barnavårdsnämnd vägrade godkänna ett faderskapserkännande, som kunde antas vara materiellt oriktigt.

[59] Se närmare om rättsantropologisk undersökning t.ex. Saldeen a.a. s. 170 ff.

tillmätts i vissa andra länder fanns anledning att anta att denna metod även i Sverige kunde få större praktisk betydelse.[60] Så blev också fallet. Under tiden 1950, då också 1949 års lag ang. blodundersökning m.m. trädde i kraft och som gjorde det möjligt att framtvinga inte blott blodundersökning utan även s.k. rättsantropologisk undersökning, fram t.o.m. 1976 har resultatet av sådan undersökning i inte så få fall varit vägledande för domstolarna i faderskapsmål och i mål om hävande av faderskapspresumtionen för äkta man.

År 1973 tillsatte socialstyrelsen en arbetsgrupp med uppgift att granska verksamheten med rättsantropologisk undersökning.[61] Denna blev efter sin granskning starkt kritiskt inställd till värdet av de undersökningar av yttre morfologiska karaktärer, som utförts vid det rättsantropologiska laboratoriet vid Statens rättsläkarstation i Stockholm, dit undersökningar av denna typ sedan år 1953 koncentrerats. Med enstaka undantag ansåg den sig nämligen inte ha lyckats erhålla uppgifter om använda metoders tillförlitlighet och analyssäkerhet eller omfattningen av tillgängliga familje- och populationsstudier.

För att ärftlighetsgången betr. polygent bestämda yttre morfologiska egenskaper skall bli fullt klarlagd krävs nämligen att man genom populationsundersökningar inhämtar kunskap om korrelationen mellan föräldrar och barn för varje enskild karaktär. Då det gäller svensk befolkning befanns mera omfattande sådana undersökningar saknas.

Arbetsgruppens kritiska granskning av de rättsantropologiska undersökningarna ledde till att man 1976 beslöt att tillsvidare upphöra med sådana undersökningar. (Undersökningar av hudfärg eller av ärftliga sjukdomar och missbildningar kan dock givetvis fortfarande i enstaka fall tänkas vara av betydelse vid biologisk faderskapsbevisning.)

2. Blodundersökningens främsta betydelse vid biologisk faderskapsbevisning är att den kan visa att viss man kan uteslutas från faderskapet till ett visst barn. Sådan uteslutning kan ske antingen enligt första arvsregeln (då barnet har en egenskap som saknas såväl hos modern som den utpekade mannen) eller enligt andra arvsregeln (uteslutning på grund av konträr homozygoti). Uteslutningens biologiska säker-

[60] SOU 1946:49, s. 80 f.
[61] SOU 194649, s. 80 f.

het är i första fallet 99,9 % eller högre och i det andra fallet över 95 % (praktiskt taget alltid 99,0–99,9 %).[62]

Den (genomsnittliga) s.k. teoretiska uteslutningsfrekvensen, eller sannolikheten för en felaktigt utpekad man att uteslutas från faderskapet genom blodundersökning, är inte konstant utan ökar i takt med upptäckten av nya genetiska markörsystem och dessas inkorporerande i blodundersökningen. Idag används i Sverige c:a 12 olika markörsystem vid rutinmässig blodundersökning vilket ger en genomsnittlig teoretisk uteslutningsfrekvens på c:a 87 %; vid s.k. utvidgad rättsgenetisk undersökning, som omfattar markörsystem vilka bl.a. på grund av höga kostnader tyvärr inte kan användas vid rutinundersökningen, uppgår nämnda uteslutningsfrekvens till c:a 95–99 % beroende på barnets kön och undersökningens omfattning i det särskilda fallet.

Den högre uteslutningsfrekvensen uppnås då undersökningen omfattar transfusionsantingensystemet HLA (Human Leukocyte Locus A), vilket innebär att man genom vävnadstypning fastställer blodgrupper även för vita blodkroppar. Genom utnyttjandet enbart av HLA-systemet erhålles en teoretisk uteslutnings frekvens om c:a 90 %.

Det bör betonas att här ovan endast talats om den genomsnittliga teoretiska uteslutningsfrekvensen; den individuella uteslutningsmöjligheten, dvs. uteslutningsmöjligheten i fråga om en viss föreliggande mor-barn blodgruppskonstellation, kan variera avsevärt från fall till fall.

Som redan tidigare redovisats ovan under II:2 har den teoretiska uteslutningsfrekvensen successivt höjts avsevärt under årens lopp. Då blodundersökningar började användas i Sverige vid utredande av faderskap, nämligen i slutet av 1920-talet, uppgick denna frekvens till blott c:a 15 %. Det första rättsfallet i Sverige där det fastslogs att uteslutning från faderskapet genom blodundersökning är tillräcklig grund för att ogilla talan om faderskapets fastställande är *NJA 1930 s. 218*. År 1933 kom, som tidigare nämnts, den första lagen i Sverige om blodundersökning vid utredning av faderskapet till barn utom äktenskap.

Sedan slutet av 1930-talet har det också varit möjligt att använda

[62] Från den biologiska säkerheten har man att skilja den tekniska säkerheten, som innefattar t.ex. provtagnings-, identifieringssäkerhet samt säkerhet vid tolkning och utskrift av laboratoriedata. Jfr Saldeen a.a. s. 140 ff.

resultat av blodundersökning för att beräkna faderskapssannolikhet. År 1938 presenterade nämligen svensken Erik Essen-Möller en metod (formel), som innebär att man med kännedom om blodgruppsfördelningen inom den befolkning parterna tillhör kan beräkna förhållandet mellan den (genomsnittliga) frekvens med vilken en viss blodgruppskonstellation förekommer i fall där mannen inte är barnets biologiske far (y) och i fall där han är detta (x). Dansken Gürtler fann senare, att det av vissa skäl var fördelaktigare att i stället bilda kvoten x/y, vilken kvot Gürtler valde att kalla *faderskapsindex*. Gürtlers modifierade formel blev accepterad i varje fall inom skandinavisk serologi och det är den som numera ligger till grund för den blodgruppsstatistiska utvärderingen i Sverige. Populärt uttryckt kan man säga att faderskapsindex innebär att den utpekade mannens likhet med barnet i blodgruppshänseende relateras till hur mycket en slumpmässigt utvald man kan förväntas likna barnet i samma hänseende. Ett faderskapsindex kan anta värden från 0 (index för en utesluten man) upp till i princip oändligheten. Ett index på 1 innebär att den utpekade mannen är varken mer eller mindre lik barnet än en slumpmässigt utvald man, ett index under 1 att han är mindre lik och ett index över 1 att han är mer lik barnet än en slumpmässigt utvald man är detta.

Möjligheten att med hjälp av blodundersökningsresultat göra sannolikhetsbedömningar vid faderskapsbevisningen är givetvis förnämlig. Emellertid är denna möjlighet behäftad med flera problem. Man kan nämligen inte utan vidare sätta likhetstecken mellan en utpekad mans faderskapsindex och hans faderskapssannolikhet. Även om det rent generellt förhåller sig så, att fäder har högre faderskapsindices än ickefäder kan det förekomma, att en biologisk far har ett lågt och en ickefar ett högt faderskapsindex. Den faderskapssannolikhet som kan beräknas på grundval av faderskapsindex påverkas dessutom bl.a. av antalet faderskapsmöjligheter in casu. Är det in casu antagna antalet olika faderskapsmöjligheter ett annat än det faktiska medför detta alltså en oriktig värdering av betydelsen av en utpekad mans faderskapsindex.[63]

[63] Jfr närmare härom Saldeen a.a. s. 153 ff.

3. Någon legal bestämmelse om konceptionstid finns inte i svensk rätt. Frågan om införandet av en sådan har dock diskuterats vid olika tillfällen, senast i samband med 1976 års reform, men man har alltid funnit att det för undvikande av materiell orättvisa i det särskilda fallet är lämpligast att frågan om huruvida barnet kan vara avlat vid viss uppgiven tidpunkt avgöres in casu med hänsynstagande till barnets utvecklingsgrad vid födelsen.[64]

Sedan 1930 har det därvid varit möjligt att med hjälp av insamlade statistiska referensmaterial beräkna sannolikheten i procent för att ett barn med hänsyn till sin vikt resp. längd vid födelsen kan vara avlat vid viss uppgiven tidpunkt.[65] Under tiden fr.o.m. 1930 t.o.m. omkr. mitten av 1960-talet användes ett material bestående av c:a 80 000 barn födda åren 1911–1920 och betr. vilka antecknats havandeskapstidens längd samt längd och vikt för varje barn vid födelsen.

Mot detta referensmaterial, korrigerat 1951, riktades sedermera en hel del invändningar; bl.a. ansågs det inte tillräckligt representativt. År 1955 uppdrogs därför åt dåvarande medicinalstyrelsen att företa en ny undersökning. Det nya referensmaterialet kom att insamlas av läkarna Lars Engström och Bertil Falconer och det slutligen bearbetade materialet omfattade c:a 59 000 barn födda omkr. mitten av 1950-talet. Detta material (de Engström-Falconerska tabellerna) används fortfarande då domstolarna inhämtar nuvarande socialstyrelsens utlåtande ang. sannolikheten för att ett barn med hänsyn till vikt och längd vid födelsen kan vara avlat vid viss uppgiven tidpunkt. Bevisningen går här i negativ riktning. Förf. et al har tidigare i en jurimetrisk undersökning visat, att försiktighet av olika skäl är påkallad när det gäller att på grundval av de Engström-Falconerska tabellerna dra slutsatser om en utpekad mans faderskapssannolikhet.[66]

[64] Se LB III, s. 162 ff. (jfr SOU 1946:49, s. 84 ff.) och prop. 1975/76:170, s. 133. Jfr också Saldeen a.a. s. 79 ff.

[65] Jfr till det följande SOU 1965:17.

[66] Se Saldeen a.a. s. 123 ff. (Se också dens Jurimetrics and the Ascertainment of Paternity. Scandinavian Studies in Law. 1981, s. 169 ff., som även innehåller andra jurimetriska undersökningar på området (jfr not 84). Undersökningen om värdet av graviditetslängdsuppgifter vid fastställande av faderskap publicerades först i SvJT 1971, s. 538 ff.).

VI Diskussion

Först skall här sägas något om den i svensk lagstiftning alltsedan 1917 års lag om äktenskaplig börd uppställda pater-est-regeln eller faderskapspresumtionen. Att denna regel, som är den regel som tidigare avgjort och även nu avgör frågan om det rättsliga faderskapet för i praktiken de allra flesta individer, vanligen medfört respektive medför överensstämmelse mellan rättsligt och biologiskt faderskap kan inte betvivlas. Frågan är dock hur ofta det kan antas att den inte leder till ett materiellt riktigt resultat.

Under förarbetena till 1976 års reform utgick man ifrån att faderskapspresumtionen särskilt ofta slog fel i sådana fall då barnet föddes först efter en äktenskapsskillnad. Slopandet i lagstiftningen av pater-est-regeln i detta fall torde också ha varit en av orsakerna till att antalet mål vid underrätterna om hävande av faderskapspresumtionen nu kraftigt minskat. (En annan viktig orsak härtill måste dock antas vara den genom samma reform införda möjligheten att häva faderskapspresumtionen på annat sätt än genom dom.) Som exempel på denna nedgång kan nämnas att medan antalet mål vid underrätterna om hävande av faderskapspresumtionen år 1971, vilket år det föddes nästan 90 000 barn i äktenskap, uppgick till c:a 1 000 var motsvarande tal år 1978, vilket år det föddes c:a 60 000 barn, som omfattades av faderskapspresumtionen, endast 100. Går man längre tillbaka i tiden, t.ex. till 1934, då 1917 års lag gällde, finner man att detta år uppgick antalet mål om äkta börd också blott till 100 medan antalet sådana mål år 1955, då FB gällde, uppgick till c:a 980.[67]

Några säkrare slutsatser om hur ofta faderskapspresumtionen leder till ett materiellt felaktigt resultat torde dock av flera skäl inte kunna dras av uppgifter om frekvensen mål om hävande av faderskapspresumtionen. I många fall där den äkta mannen faktiskt inte är barnets biologiske far kan det givetvis tänkas att frågan härom aldrig kommit på tal mellan makarna eller i varje fall av olika skäl inte medfört vidtagande av några rättsliga åtgärder för hävande av faderskapspresumtionen. I vissa fall accepterar den äkta mannen barnet som sitt, vilket

[67] Sveriges Officiella Statistik (Domstolarna och de exekutiva myndigheternas verksamhet 1933/34 och 1955/56, Domstolarna 1971, Rättsstatistisk Årsbok 1978 och Statistisk Årsbok 1982/83).

ju för övrigt var förutsatt i den äldre lagstiftningen där sådant accepterande kunde medföra, att mannen gick förlustig sin talerätt. Som här tidigare redovisats var dessutom i äldre tid mannens talerätt även kraftigt inskränkt på annan grund och möjligheterna att vinna bifall till en negativ bördstalan av olika skäl så små att det ofta måste ha framstått som lönlöst att inleda en process.

I litteraturen förekommer stundom olika minst sagt häpnadsväckande uppgifter om hur vanligt det skulle vara att den äkta mannen inte är biologisk far till det barn som omgivningen, och ofta förmodligen han själv, uppfattar som hans. Vad dessa uppgifter grundar sig på och hur de har beräknats har dock förf. inte kunnat finna något svar på. Antagligen är det dock så, att då man i medicinska sammanhang, t.ex. vid transplantationer, har anledning att genetiskt testa föräldrar och barn, man ibland gör den något pinsamma upptäckten, att det föreligger bristande överensstämmelse mellan det rättsliga och det biologiska faderskapet. Som exempel kan nämnas att det hävdats, att mannen i 8–10 % av fallen inte är barnets biologiske far.[68] Ovan har nämnts att det t.ex. år 1971 föddes c:a 90 000 barn i äktenskap. För uppåt 9 000 av dessa skulle sålunda det rättsliga faderskapet inte överensstämma med det biologiska. Häremot skall ställas att det detta år förekom endast c:a 1 000 mål om hävande av faderskapspresumtionen. (En del av dessa mål kan givetvis ha rört tidigare födda barn.) Det är därför lätt att inse att om dessa uppgifter skulle vara sanna skulle beträffande ett högst väsentligt antal individer i Sverige gälla att deras på grund av faderskapspresumtionen rättslige far inte är deras biologiske far; detta blir fallet även om man, med hänsyn till de osäkra uppgifterna, för säkerhets skull t.ex. halverar de angivna procenttalen.

Frågan är om det inte med hänsyn till den i dag alltmera betonade betydelsen av att det rättsliga faderskapet överensstämmer med det biologiska borde vara värt att närmare söka utreda hur det faktiskt förhåller sig med tillförlitligheten hos de förekommande uppgifterna om frekvensen fall där faderskapspresumtionen slår fel. Visar sig dessa uppgifter välgrundade synes det nämligen kunna diskuteras om man inte borde slopa pater-est-regeln och införa regler om att faderskapet skall fastställas först efter en viss materiell prövning av faderskapsfrå-

[68] SOU 1983:42, s.168.

gan. Ur flera synpunkter förefaller det också vara fördelaktigare att frågan om den äkta mannens faderskap prövas så tidigt som möjligt i stället för kanske först långt fram i tiden, vilket numera är möjligt inte blott på barnets egen utan även på mannens talan, eftersom alla inskränkningar i dennes rätt att föra talan om hävande av faderskapspresumtionen slopats. Beaktas bör också det faktum att frågan om annan mans faderskap till barnet vanligen låter sig lättare utredas ju tidigare utredningen sker; risken för att barnet skall bli rättsligen utan far är därför då också mindre.

Under förarbetena till 1976 års reform diskuterades om man inte borde slopa pater-est-regeln. Tanken härpå avvisades dock då, främst på grund av det betydande merarbete detta skulle komma att innebära för myndigheter och enskilda.[69] När barnets föräldrar är ogifta men lever samman under äktenskapsliknande förhållande, vilket de som bekant numera gör i ett högst betydande antal fall, gäller dock ingen pater-est-regel utan i dessa fall måste faderskapet fastställas, vilket i praktiken givetvis vanligen sker genom erkännande. Härigenom uppnås alltså i dessa fall, genom de frågor modern och mannen har att besvara, åtminstone en viss materiell prövning av faderskapsfrågan.[70]

För att undvika det betydande merarbete som skulle kunna uppstå för myndigheterna genom ett slopande av pater-est-regeln synes det förf. dock inte helt otänkbart att man i framtiden skulle kunna införa följande förenklade ordning.

De flesta barn föds som bekant på sjukhus varvid barnets längd och vikt vid födelsen beräknas. Med dessa uppgifter och uppgifter om havandeskapstidens längd skulle på sjukhuset den möjliga konceptionstiden beräknas. Modern skulle därefter, inom t.ex. en månad efter födelsen och t.ex. på den födelseanmälan som skall insändas till pastorsämbetet, under straffansvar få intyga att den äkta mannen är far till barnet, varefter denne på samma anmälan skulle kunna erkänna faderskapet. Endast i de fall då modern vägrat att lämna ifrågavarande uppgift, eller uppgivit att även annan man än den äkta mannen kan

[69] Syftet var då att söka skapa ytterligare likhet mellan barn vars föräldrar är gifta och andra barn. Se LU 1975/76:33, s. 73.

[70] Se närmare om faderskapsutredningen Saldeen a.a. s. 99 ff., s. 43 ff. och ovan i not 57 a.a.

komma ifråga som far till barnet, skulle ärendet genom pastorsämbetets försorg överlämnas till socialnämnden för utredning. I samband med denna utredning skulle biologisk faderskapsundersökning ske. Förslaget om att kvinnan skulle tvingas under straffansvar uttala sig i faderskapsfrågan kan förmodligen väcka anstöt hos somliga. Är det dock inte lika viktigt att ett barns rätta härstamning blir fastställd som att våra uppgifter i den allmänna självdeklarationen leder till rätt taxering, vilka uppgifter ju måste lämnas under sådant ansvar?

Slutligen skall om pater-est-regeln endast tilläggas att frågan om dess praktiska betydelse måste ses mot bakgrund av utvecklingen av samlevnadsvanorna. Ju vanligare det blir att barn föds i s.k. samboförhållanden, i stället för inom äktenskapet, desto mindre praktisk betydelse får givetvis pater-est-regeln. Det torde få anses tveksamt om man kan utvidga regeln i fråga till att gälla även samboförhållanden med hänsyn till svårigheten att in casu avgöra om förhållandet verkligen kan anses äktenskapsliknande eller ej. När lagstiftningen i andra sammanhang jämställer samboförhållande med äktenskap så uppställs ofta det rekvisitet att parterna skall ha eller haft barn tillsammans; i varje fall kan givetvis inte detta rekvisit – åtminstone inte om det är fråga om parets första barn – användas när det gäller att här avgöra om ett samboförhållande skall kunna anses äktenskapsliknande.

När det så gäller frågan om artificiell insemination är det förf:s mening att det naturligtvis inte finns någon anledning att ställa sig skeptisk till ”makeinsemination”, knappast heller till ”samboinsemination” under förutsättning av att regler införs, som gör det möjligt att rättsligt fastställa ”sambomannens” faderskap.

Medan ståndpunkten i den senaste svenska rättsutvecklingen då det gäller frågan om faderskapet till barn avlade på naturligt sätt varit den att det är ett väsentligt intresse att det rättsliga faderskapet överensstämmer med det biologiska så innebär accepterandet av s.k. ”givarinseminationer” att man avsiktligt godtar en bristande sådan överensstämmelse. Det är naturligt att ofrivilligt barnlösa par och gynekologer, som naturligen ser det som sin uppgift att hjälpa det barnlösa paret, ofta intar en mycket positiv attityd till givarinsemina-

[71] Uppfattningarna bland läkare om lämpligheten av givarinsemination går dock isär se t.ex. SOU 1983:42, s. 52 f.

tion.[71] Lagstiftarens främsta uppgift bör dock vara att bevaka dens intresse vars åsikt i frågan inte kan inhämtas, dvs. barnets. De etiska och sociala problemen i samband med givarinsemination är betydande.[72] Man kan inte bortse från risken av att barnet blir ett medel för hävande av barnlöshet och inte i första hand ett mål i sig. Någon forskning om givarinseminationsbarnens situation finns knappast.[73] Mycket talar därför för att man borde förbjuda verksamheten med givarinsemination, i varje fall till dess det föreligger ett tillräckligt forskningsunderlag för att kunna bedöma vad det faktiskt innebär för ett barn att ha avlats genom givarinsemination.[74] Under det pågående lagstiftningsarbetet i frågan har hävdats, att även om man kan hysa tveksamhet från olika synpunkter till givarinsemination, så är det dock nu inte rimligt att förbjuda den, med hänsyn till den omfattning verksamheten med sådan insemination fått i praktiken.[75] Att denna verksamhet fått under lång tid pågå ostörd på grund av lagstiftarens passivitet är dock knappast ett hållbart argument för att nu legalisera densamma. Tvärtom är det väl på tiden att man förbjuder den, om man verkligen menar, att det är tveksamt om den är lämplig. Ett annat argument som brukar anföras till stöd för åsikten att man bör legalisera verksamheten är, att ett förbud ändock skulle kringgås genom illegal verksamhet inom eller utom landet.[76] Naturligtvis finns en sådan risk men risken för att en förbudslagstiftning inte alltid kommer att efterlevas brukar dock i andra sammanhang inte alltid anses vara ett tillräckligt skäl för att avstå från lagstiftning.

Slutligen skall här endast tilläggas att om man skulle välja att tills vidare förbjuda verksamheten med givarinsemination bör man givet-

[72] Se SOU 1983:42, särskilt s. 187.

[73] I propositionen uttalar dock dep.chefen, att man inte bör dröja med lagstiftning i väntan på fortsatt forskning. ”Tvärtom kan en inseminationsverksamhet som bedrivs i reglerade former vara ett bra utgångsläge för en sådan forskning.” Se prop. 1984/85:2, s. 8.

[74] Samma ståndpunkt intog socialstyrelsens majoritet i sitt remissyttrande över inseminationsutredningens förslag. Se den i not 34 angivna sammanställningen av remissyttrandena, s. 5.

[75] Så bl.a. dep.chefen i lagrådsremissen (s. 7).

[76] Så t.ex. vissa remissinstanser. Se den i not 34 angivna sammanställningen av remissyttrandena.

vis ändock, på grund av risken för illegal inseminationsverksamhet, med hänsyn till barnet införa regler om faderskapet. På denna punkt bör de i propositionen föreslagna reglerna införas.[77]

Vad så slutligen gäller frågan om faderskapet till de barn som före 1976 års reform kallades för barn utom äktenskapet men därefter kallas för barn födda av ogift mor må först konstateras att barnavårdsmannainstitutets införande genom 1917 års lagstiftning medförde att faderskapet gick att fastställa i de allra flesta fall (c:a 90 %) och därvid i majoriteten av fall genom faderskapserkännande.[78] Med hänsyn bl.a. till formerna för faderskapserkännande och den mot svaranden synnerligen stränga regeln om faderskapets fastställande genom dom samt till de mycket begränsade möjligheterna att bedöma faderskapsfrågan medicinskt är det dock självklart att många av de faderskap som fastställdes under den tid 1917 års lag gällde, dvs. fram till 1950, inte är materiellt riktigt fastställda.

Något bättre bör väl läget därvidlag antas ha blivit genom FB:s tillkomst och de successivt förbättrade möjligheterna till medicinsk faderskapsbevisning.

Med de förbättrade möjligheterna till medicinsk faderskapbevisning avses här främst blodundersökning och det i mitten av 1960-talet genom de s.k. Engström-Falconerska tabellerna erhållna mer tillförlitliga statistiska referensmaterialet för beräkning av sannolikheten för avlelse vid viss tidpunkt med hänsyn till havandeskapstidens längd och barnets vikt resp. längd vid födelsen. Däremot avses inte s.k. rättsantropologiska undersökningar, eftersom dylika undersökningars tillförlitlighet senare kom att starkt ifrågasättas. Det kan här nämnas att när detta blev känt ifrågasattes det i riksdagen från visst håll om inte män som genom dom förklarats som fäder och där rättsantropologisk undersökning varit av betydelse för utgången i målet borde *generellt* beviljas resning. Chefen för justitiedep. menade dock, att frågan om resning fick som vanligt bedömas av HD från fall till fall.[79]

Vid bedömandet av läget under tiden 1950–1970, då nya regler på området gällde, må erinras om att FB inte innebar någon ändring av

[77] Jfr om dessa under III ovan.
[78] Jfr t.ex. SOU 1946:49, s. 170 ff.
[79] Se Riksdagens protokoll 1976/77 Nr 9, s. 13 f. och Nr 13, s. 48 ff.

större betydelse i fråga om faderskapserkännande. Fortfarande gällde sålunda att sådant erkännande kunde ske muntligen inför t.ex. präst och barnavårdsnämndens godkännande av ett skriftligt erkännande krävde inte någon som helst prövning av erkännandets materiella riktighet. Faderskapserkännandena föregicks då som nu blott sällan av blodundersökning.[80] (Blodundersökning har för övrigt i svensk rätt alltid kunnat framtvingas endast i rättegång.) Faderskapserkännandet hade då i huvudsak endast den verkan att mannen blev underhållsskyldig vilket kan ha medfört att en och annan man ganska lättvindigt erkände faderskapet men det torde också ha upplevts som ganska meningslöst för den utpekade mannen att vägra erkänna faderskapet, eftersom utsikterna att en domstol skulle komma att ogilla en mot honom förd faderskapstalan inte kunde anses särskilt stora. Den regel om faderskapets fastställande genom dom som infördes genom FB innebar visserligen en uppmjukning av faderskapspresumtionen men regeln tolkades dock i praxis, som tidigare nämnts, mycket strängt mot svaranden.

Den år 1969 genomförda arvsrättsreformen, som gav de utomäktenskapliga barnen full arvsrätt även efter fader och fädernefränder kom att gälla även tidigare fastställda faderskap, sålunda även sådana som fastställts enligt 1917 års lagstiftning. Av förarbetena till reformen framgår att man var väl medveten om att arvet då det gäller tidigare fastställda faderskap ibland skulle komma att kanaliseras till ett barn, som i själva verket inte var släkt med arvlåtaren. Denna olägenhet fick man dock acceptera om arvsrättsreformen, som önskemålet var, skulle slå igenom omedelbart och inte först en bra bit in på 2000-talet. Någon möjlighet till omprövning av tidigare fastställda faderskap ansågs det av praktiska skäl omöjligt att införa.[81]

Vad gäller då i praktiken om möjligheterna till resning i ett avgjort faderskapsmål? Eftersom det på det aktuella området – vilket väl annars måste sägas vara mindre vanligt – förhåller sig så att bevismöjligheterna, genom blodgruppsforskningens utveckling, vanligen starkt förbätt-

[80] Om antalet faderskapsärenden vid Statens rättskemiska laboratorium under olika år se Rättsgenetiska undersökningar i faderskapsärenden. Serien: Socialstyrelsen redovisar 1976:4, s. 26 f.

[81] Prop. 1969:124, s. 91.

rats ju längre tid som gått efter det målet avgjordes, kunde man förvänta sig, att det skulle vara ganska lätt att erhålla resning just på detta område. Emellertid har lagstiftningen om framtvingande av blodundersökning fram till 1983 varit så utformad, att det inte varit möjligt att i ett resningsärende framtvinga sådan undersökning. Detta innebär m.a.o. att i de fall resning beviljats i ett faderskapsmål på grund av resultatet av blodundersökning, så har denna undersökning kommit till stånd på frivillighetens väg.

Genom lagstiftning 1982 infördes dock möjlighet för domstolarna att, under viss förutsättning, förordna om blodundersökning i fall där faderskap tidigare fastställts. I propositionen förde dep.chefen följande resonemang.

För att inte relationerna mellan ett barn och dess rättslige far skulle i onödan störas borde det för framtvingande av blodundersökning krävas, att någon ny omständighet inträffat, som gjorde att faderskapet kunde ifrågasättas. De fall som hade störst praktisk betydelse och där det kunde synas mest otillfredsställande att det inte gick att förordna om ny blodundersökning var att det sedan faderskapet fastställts framkommit omständigheter, som gjorde det antagligt, att någon annan man än den som fastställts vara far haft samlag med modern under den tid då barnet kunde ha avlats. Däremot borde inte den vetenskapliga utvecklingen beträffande blodundersökningar i sig utgöra ett tillräckligt skäl för ett förordnande om ny blodundersökning. Genom att möjligheten att förordna om blodundersökning begränsades till fall där det framkommit uppgifter om en ny man beaktades också ett av de starkaste skälen mot en ändring av de dåvarande reglerna, nämligen att ett barn inte borde riskera att bli faderlöst lång tid efter sin födelse.[82]

Den regel som i den aktuella frågan kom att införas i lagen om blodundersökning innebär, att domstol kan förordna om blodundersökning även efter det att faderskap fastställts, om det efter domen kommit fram omständigheter, som ger anledning till antagande att någon annan man än den som fastställts vara far har haft samlag med modern under konceptionstiden och den som åberopar dessa omstän-

[82] Prop. 1982/83:8, s. 7.

digheter inte har känt till dem tidigare. Denna begränsning i möjligheterna att förordna om blodundersökning efter det att faderskap fastställts har sålunda gjorts för att man inte i onödan skall störa relationen mellan ett barn och den man som anses vara dess far och för att begränsa riskerna för att barn lång tid efter födelsen skall bli faderlösa. Men är begränsningen rimlig? Den innebär ju t.ex., att en (ny) blodundersökning inte kan framtvingas i sådana fall som avgjordes under perioden efter 1917 fram t.o.m. 1950 och i vilka den instämde mannen kanske mycket väl kände till att modern haft samlag under konceptionstiden även med annan man men inte tilläts åberopa detta faktum. Efter denna period fick mannen visserligen föra bevisning om att även annan man haft samlag med modern men på grund av den mot svaranden mycket stränga faderskapsregeln fick ofta denna bevisning inte någon betydelse för målets utgång. Man kan givetvis inte bortse från risken för att en del barn skulle bli rättsligt sett faderlösa om man tillät en vidsträckt möjlighet till omprövning av tidigare fastställda faderskap men frågan är om inte intresset av att det rättsliga faderskapet överensstämmer med det biologiska – vilket intresse ofta även barnet bör ha – borde väga tyngre. I många fall skulle för övrigt förmodligen en blodundersökning visa att mannen trots allt inte kan uteslutas som möjlig far till barnet, vilket konstaterande inte osannolikt skulle kunna antas förändra relationen mellan far och barn till det bättre. Det förefaller därför förf. som det finns skäl att ånyo se över lagstiftningen på denna punkt.

Innan denna fråga här lämnas skall blott tilläggas att den nya lagstiftningen gör det möjligt att, under samma förutsättning som nämnts ovan, framtvinga blodundersökning även i mål om ogiltigförklarande av faderskapserkännande; i varje fall under perioden 1977–1982 fanns det inte någon sådan möjlighet.[83]

Genom 1969 års lagstiftning bör det ha blivit väsentligt lättare att nå

[83] I prop. 1982/83:8 synes man ha utgått från att det aldrig tidigare varit möjligt att förordna om blodundersökning i mål om ogiltigförklarande av faderskapserkännande. Som bl.a. framhölls av en av remissinstanserna förelåg nog dock sådan möjlighet fram till 1977. Genom lagändringar, som då trädde i kraft fick dock 1 § i lagen om blodundersökning samt 1 och 3 kap. FB sådan utformning att denna möjlighet försvann. Jfr prop. s. 44.

säkra avgöranden vid faderskapsfastställande. Även blodgruppsforskningens utveckling talar härför.

Emellertid kommer man inte ifrån problemet med mödrarnas trovärdighet i fråga om uppgivet antal faderskapsmöjligheter. (I äldre tid var dock detta inte något problem för domstolarna, eftersom lagen inte tillät invändning om samlag med flera.) Det är givet, att kunde man vara helt förvissad om att i fall där modern endast utpekat en man endast denne kan komma i fråga som far så måste det genom erkännande eller dom fastställda faderskapet vara materiellt riktigt och detta även om sannolikheten för mannens faderskap skulle vara låg enligt medicinskstatistisk bevisning. I ett fall där modern utpekat flera män, som inte kunnat uteslutas från faderskapet genom blodundersökning, är det för att man skall kunna nå ett mera säkert avgörande av största betydelse att man inte behöver räkna med ytterligare faderskapsmöjligheter. Här behöver endast erinras om att den faderskapssannolikhet som kan beräknas på grundval av faderskapsindex är beroende av antalet faderskapsmöjligheter in casu.

Bl.a. förf. har dock genom jurimetriska undersökningar kunnat visa, att man har anledning att räkna med att moderns trovärdighet inte alltid är den allra bästa.[84] Med hänsyn till frågans vikt då det gäller möjligheten att fastställa materiellt riktiga faderskap är det enligt förf:s mening en brist att man inte övervägt möjligheten av införandet av en ordning enligt vilken modern skulle ha att redan under socialnämndens faderskapsutredning och innan eventuell blodundersökning sker uttala sig under straffansvar om antalet faderskapsmöjligheter. I varje fall om blodundersökning sker skulle modern, eftersom sannolikheten är stor för att en felaktigt utpekad man blir utesluten från faderskapet genom denna undersökning, ha tagit en betydande risk om hon förtigit sanningen.[85]

[84] Se om dessa undersökningar Saldeen a.a. s. 94 ff. (Se också där om andra av förf. utförda jurimetriska undersökningar på området, bl.a. en där syftet var att betr. två underrättsmaterial studera förhållandet mellan antalet fall där faderskapstalan ogillats och det med hänsyn till blodundersökningsresultatet uppskattade antalet fall där talan borde ha ogillats samt en undersökning med kvantitativ analysmetod av underrättspraxis. (Dessa undersökningar har också publicerats i Scandinavian Studies in Law, 1981 s. 169 ff. Jfr ovan i not 66.)

[85] Jfr Saldeen a.a. s. 112 f.

Så till sist. Den allt snabbare utvecklingen inom hybrid-DNA (populärt uttryckt = en individs hela arvsmassa) – tekniken skulle redan i dag, om metoden utnyttjades för biologisk faderskapsbevisning, kunna göra faderskapsbestämningarna ännu säkrare.[86] Tekniken innebär nämligen, att man kan ta hänsyn även till sådana variationer i DNA, som inte uttrycks i en individs kropp. Exakt hur hög den teoretiska uteslutningsfrekvensen genom sådan undersökningsteknik skulle vara redan i dag, om metoden användes för faderskapsbevisning, synes vara något oklart men den torde vara ungefär lika hög som den är vid den s.k. utvidgade rättsgenetiska undersökningen, som i dag företas i vissa fall. Den biologiska säkerheten är dock mycket högre vid användandet av den nya tekniken och beträffande denna föreligger inte heller de hinder mot dess företagande, som finns då det gäller utvidgad rättsgenetisk undersökning, nämligen bl.a. höga kostnader, komplicerad provtransport och bristande tillgång på reagens. Uteslutningsmöjligheten kommer förmodligen inom en mycket snar framtid att bli så hög, att man nästan borde kunna ha rätt att säga att en icke utesluten utpekad mans faderskap direkt påvisats. Det faderskapsindex en icke utesluten man kommer att erhålla genom sådan undersökning kan förväntas bli så högt, att frågan om hans faderskapssannolikhet inte i nämnvärd grad påverkas av om det finns flera faderskapsmöjligheter att räkna med. Med hänsyn till vad nu anförts får man hoppas att man så snart som möjligt tar tillvara möjligheten att utföra biologisk faderskapsbestämning med denna nya metod, vilket för övrigt lär kunna ske redan innan förlossningen (redan några månader efter graviditetens början). Emellertid kan man av olika skäl knappast räkna med att sådan undersökning kommer att kunna företas i alla fall då fråga är om fastställande av faderskap. I flertalet fall får man nog, främst på grund av ekonomiska skäl, även i framtiden räkna med att faderskapet kommer att fastställas utan att någon biologisk faderskapstest görs. Vikten av mödrarnas

[86] De uppgifter som här lämnas om hybrid-DNA-tekniken har lämnats till förf. av dels professorn i medicinsk genetik, Ulf Pettersson, Uppsala universitet dels molekylärgenetikern vid samma universitet, Jan Böhme. Den sistnämnde har välvilligt ställt till förf:s förfogande ett sammandrag av ett föredrag som han hållit vid det nordiska forskningssymposiet ”Gene technology in basic and applied research” i Nyslott, Finland den 27–29/5 1984.

förmåga och vilja att medverka till att faderskapsfrågan löses på ett materiellt riktigt sätt kommer alltså att kvarstå.

Efterskrift

Vad gäller avsnitt III (Artificiell insemination) kan tilläggas att prop. 1984/5:2 ledde till lagstiftning om barn genom insemination, som trädde i kraft den 1 mars 1985. Denna innebär dels en särskild lag om inseminationsverksamheten som sådan, nämligen lagen (1984:1140) om insemination, dels ock en regel i 1 kap. 6 § FB, som möjliggör att faderskapet för den man som samtyckt till givarinsemination kan rättsligt fastställas. Några år senare infördes på grundval av Inseminationsutredningens betänkande ”Barn genom befruktning utanför kroppen” (SOU 1985:5) lagstiftning härom, som trädde i kraft den 1 januari 1989. Denna innebär dels en särskild lag (1988:711) om befruktning utanför kroppen, dels ock införandet i 1 kap. 7 § FB av ett stadgande, som reglerar frågor om faderskapet i här aktuella fall. Se närmare om nu nämnd lagstiftning t.ex. Saldeen, Barn och föräldrar, 2001, s. 143 ff. – Efter inseminationslagstiftningens ikraftträdande minskade antalet givarinseminationer i landet drastiskt. Från lagstiftningens ikraftträdande fram till år 1990 uppgick de till endast ca 200 totalt. År 1991 föddes 53 (970) (siffran inom parentes anger antalet genomförda givarinseminationer samma år), 1992 57 (789), 1993 53 (944) och 1994 89 (1 223) barn avlade genom givarinsemination. År 1993 genomfördes sådana inseminationer vid sex men år 1998 endast vid fem kliniker i landet. Sistnämnda år resulterade för övrigt 483 givarinseminationer i 68 födda barn, se Saldeen, Barn och föräldrar, 2001, s. 144 f. – Frågan om huruvida det är möjligt att föra talan om faderskapets fastställande mot spermadonatorn vid s.k. privat givarinsemination har aktualiserats i rättspraxis och även diskuterats i litteraturen, se härom nedan under IV (Diskussion) i min rättsfallskommentar ”DNA-teknik och fastställande av faderskap”. I departementspromemorian ”Föräldraskap vid assisterad befruktning för homosexuella” (Ds 2004:19), föreslås att det skall bli möjligt att fastställa faderskap för en spermagivare om ingen annan man skall anses som far enligt 1 kap. FB. Undantag bör dock enligt förslaget göras för spermagivare inom den svenska sjukvården, se närmare Ds 2004:19, s. 68 ff.

När det gäller avsnitt V (Medicinsk faderskapsbevisning) kan konstateras att utvecklingen varit synnerligen betydande genom DNA-teknikens användande vid den medicinska faderskapsbedömningen, se härom nedan i min rättsfallskommentar ”DNA-teknik och fastställande av faderskap”. (Se där också om att det i departementspromemorian Föräldraskap vid assisterad befruktning för homosexuella (Ds 2004:19) föreslås att regeln i 1 kap. 5 § FB skall ändras med hänsyn till möjligheterna numera till faderskapsbevisning genom DNA-analys.) Slutligen kan tilläggas att de s.k. Engström-Falconerska tabellerna som använts för bestämmande av konceptionstid ersatts av nya tabellmaterial, se närmare Saldeen, Barn och föräldrar, 2001, s. 51f.

Vad slutligen avser avsnitt VI (Diskussion) kan vad först gäller frågan om faderskap i allmänhet nu hänvisas till Lødrup, Agell & Singer, Nordisk børneret I. Farskap, morskap og underhåll till barn. Et sammenlignende studie af dansk, finsk, islandsk, norsk og svensk ret med drøftelser af harmoniseringsmuligheder og reformbehov, Nord 2003:4. Vad gäller särskilt frågan om ändring av existerande faderskap kan nu hänvisas till Lødrup, Noen farskapsspørsmål – biologiens seier i norsk ret (i Agell & Jänterä-Jareborg, red., Familjerättsliga studier. Vänbok till Åke Saldeen, De lege, 2004, s. 204ff, som även berör bl.a. svensk rätt på området). Se också lagutskottets betänkande 2001/02:LU19.

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. 51 ff. med vidare hänvisningar.

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

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 bevislättnaden 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 kärandesidan 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 kärande 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 faderskapssannolikhet 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 faderskapssannolikhet 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 presumtionsregel där endast samlag behöver styrkas. Presumtionsregeln 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 presumtionsregeln 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 upp1., 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, frånsett 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 utgås 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 l kap. 5 § FB och att man därvid, när det gällde utredningen av frågan om barnets moder haft samlag under konceptionstiden med den instämda 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] Tilläggas 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 instämda 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 enzymsystem.
>
> [Svaranden] har undersökts vid två tillfallen. 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 faderskapssannolikhet 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 l 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 uteslutits 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] anförs 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 presumtionen 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 presumtion, och alltså funnit samlag styrkt, tillämpar man den legala presumtionen 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 hävdat, 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 presumtion utan om en s.k. praesumtio 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 presumtionsregeln 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 rättsgenetiska 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 presumtionsregeln 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. 78 f.

[15] Se närmare härom Saldeen i not 1 a.a. s. 77 f. 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 faderskapssannolikhet 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 var 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 (Europanorm) 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 åberopade 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 faderskapssannolikhet – 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 blodgruppsserologiska 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. 334 f. och Saldeen i not 1 a.a. s. 88.

rättsfallen uppställda kravet på att ”stödet för moderns påstående om samlag under konceptionstiden [skall], frånsett 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 prövningstillstånd 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 ståndpunkten 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 20 f. samt LU 1984/85:10 s. 13 f.)". – 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 kontroversiell[19] 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 instämd 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 presumtionsregel. 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 presumtionsregel, 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 instämd som i s.k. flermansfall – måste antas ha varit en vansklig 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 instämd 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 instämd 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 bevislättnaden 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. 475ff., Ryrstedt, Den genetiska utvecklingens familjerättsliga implikationer, SvJT 2003, s. 554ff., Lødrup, Noen farskapsspørsmål – biologiens seier i norsk rett (i Agell & Jänterä-Jareborg, red., Familjerättsliga studier. Vänbok till Åke Saldeen, De lege 2003, s. 189ff.) 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.

Barnets rätt till sitt ursprung

1 Inledning

I en dagstidning kunde man för något år sedan läsa att Adoptionscentrum, landets största adoptionsförmedling, varje vecka får telefonsamtal från ett tiotal personer med frågor rörande adoptivbarns ursprung.[1] I medvetande om hur viktigt det nu anses vara med rötter och ursprung har Adoptionscentrum nu bestämt att man skall erbjuda organiserad hjälp åt adopterade, som vill söka efter sina rötter eller resa till sitt födelseland i detta syfte, förklarade tidningen.[2] I en annan dagstidning kunde man senare samma år i en liten notis med rubriken ”Adopterade vill ha egen dag” läsa följande: ”Vem är jag, varför lämnades jag bort? Förr eller senare söker de flesta adopterade sitt ursprung. Ofta möts de av en oförstående omgivning. Nu vill den svenska Organisationen för vuxna adopterade och fosterbarn (AFO) göra 13 mars till en internationell dag för adopterade. En egen dag skulle höja statusen för alla de barn som vuxit upp med liten eller ingen kontakt med sitt biologiska ursprung.”[3]

Nu är det naturligtvis inte endast adoptivbarn som kan antas vilja söka sitt genetiska ursprung. Detta kan gälla t.ex. även barn som avlats genom s.k. donator- eller givarinsemination eller barn till ogifta möd-

[1] DN den 30 januari 1995.

[2] Tanken är att Adoptionscentrum bl.a. skall kunna ge råd om hur adoptivbarnen skall gå till väga för att spåra sina genetiska föräldrar.

[3] SvD den 20 april 1995.

rar och där faderskapet inte kunnat fastställas eller visat sig – eller på starka grunder kan antas – vara felaktigt fastställt.

Intresset hos ett barn – varmed då här givetvis avses såväl underåriga som vuxna sådana – av att söka vinna kunskap om sitt ursprung kan tänkas vara dikterat av olika skäl. I många fall är det säkerligen främst fråga om mera psykologiska sådana, dvs. behovet av att för sin identitets- eller självkänsla ”känna sina rötter”. Detta torde särskilt gälla adoptivbarn och barn avlade genom s.k. donator- eller givarinsemination. Det har för övrigt hävdats att en individs osäkerhet om sitt ursprung kan framkalla ett stresstillstånd (”Genealogical Bewilderment” [”genealogisk förvirring”]).[4] Frågan om adoptivbarns behov av att få veta sitt ursprung har studerats i olika undersökningar, varibland flera engelska sådana.[5] Dessa undersökningar har bl.a. visat, att behovet av att få reda på sitt ursprung inte också nödvändigtvis behöver innebära en önskan om att få träffa de genetiska föräldrarna och etablera en relation till dessa. Ofta blir i stället detta behov tillfredsställt genom att adoptivbarnet får veta, att det är adopterat samt att det får en mer eller mindre omfattande information om sina genetiska föräldrar, såsom hur dessa ser ut, hur gamla de är, vad de arbetar med samt – vilket barnet ofta uppfattar som det mest viktiga – orsaken eller orsakerna till adoptionen. Forskningsresultaten beträffande adoptivbarns behov av att få veta sitt ursprung har i stort sett ansetts kunna gälla även barn avlade genom givarinsemination. – Andra barn än adoptivbarn och barn avlade genom givarinsemination kan också ha ekonomiska motiv för sin önskan om att få frågan om det genetiska föräldraskapet (i praktiken då vanligen faderskapet) utredd, om så ej är fallet. Jag tänker då närmast på rätten till underhåll och rätten till

[4] Jfr t.ex. Barns rätt till sitt ursprung. Om nyttan av att göra en livsbok, Rädda Barnens Skriftserie 1988:1, s. 5 f. Se också t.ex. Barnombudsmannens artikel ”Äggdonation svek mot barnen” i DN den 29/11 1995 samt artikeln ”Evas jakt efter pappa” av Nordgren, M. i DN den 5 december 1995.

[5] Enligt den första och hittills största undersökningen av förhållandena för utländska adoptivbarn i Sverige – utförd av barnpsykologen Ingegärd Gardell på Allmänna Barnhusets uppdrag och redovisad 1979 – framkom att ungdomar var intresserade av att få kunskap om sitt ursprung och att det därför var viktigt att adoptivföräldrarna intog en positiv attityd härtill. Se härom förmynderskapsutredningens slutbetänkande Adoptionsfrågor, SOU 1989:100, s. 85.

arv. – Slutligen – men inte minst – kan medicinska skäl utgöra ett starkt motiv för en individ att söka få frågan om sitt rätta ursprung klarlagd. Vad jag då främst har i tankarna är upptäckten av att en stor mängd sjukdomar är ärftliga. Det kan t.ex. vara av livsavgörande betydelse för en person att få veta om han bär på anlag för en viss ärftlig sjukdom vars utbrott kanske kan förhindras genom en ändrad livsföring eller botas om behandling sätts in i tid. En individs kunskap om att han eller hon bär på anlag för en ärftlig sjukdom kan också vara av stor betydelse för individens beslut att sätta egna barn till världen eller – när ett barn redan är på väg – att begära fosterdiagnostiska undersökningar.[6]

I det följande skall jag söka redogöra något för hur man i svensk rätt tidigare har sett och numera ser på frågan om barns rätt att få möjlighet att vinna kunskap om sitt ursprung. Låt mig dock först erinra om att det i den av Sverige ratificerade FN-konventionen om barnets rättigheter (1989) i art. 7 stadgas att ett barn har ”*så långt det är möjligt, rätt att få vetskap om sina föräldrar*”.[7]

2 Moderskapet

När ett barn saknar kunskap om sitt ursprung, eller när denna kunskap uppfattas som osäker, gäller frågan av naturliga skäl vanligen faderskapet. Frågan om moderskapet vållar mera sällan några problem. Redan de gamla romarna menade att ”*mater semper certa est*” (modern är alltid säker (el. det är alltid säkert vem som är modern)) då ju ”*mater est quam gestatio demonstrat*” (dvs. eftersom modern är den som havandeskapet el. förlossningen utvisar). Några särskilda lagregler om fastställande av moderskapet har därför inte ansetts behöva uppställas i lagstiftningen. Satsen ”mater semper certa est” gäller dock, som var

[6] Som motiv för att rättsligt och genetiskt föräldraskap bör överensstämma kan även anföras personhistoriska skäl, varmed här bl.a. avses släktforskningens intresse av korrekta uppgifter.

[7] Se närmare härom prop. 1989/90:107, s. 96, jfr s. 36 f. Jfr i övrigt till denna uppsats Saldeen, Å., Faderskapsfrågan i svensk rättsutveckling efter 1734 års lag, Lakimies 1984, s. 1250 ff. samt densamme, Något om faderns ställning i svensk rätt (i Festskrift till Anders Agell, 1994, s. 545 ff.) och Rätt släkt. Om förhållandet mellan rättslig och genetisk släkttillhörighet, Riksarkivets årsbok 1996.

och en förstår, inte undantagslöst. Ibland kan alltså moderskapet vara okänt eller osäkert. En historisk förklaring till att det faktiskt fortfarande i våra dagar kan finnas personer som inte vet vilken kvinna som är eller var deras mor är den rätt för ogift mor att vara *anonym* som infördes av Gustav III år 1778 genom det s.k. "*barnamordsplakatet*" och som kom att gälla ända fram t.o.m. 1917. Denna anonymitetsrätt, som i praktiken innebar att ingen fick söka efterforska barnets mor och att barnet vid kyrkobokföringen antecknades som fött av okänd moder, infördes för att förhindra de då ofta förekommande barnamorden som ogifta mödrar gjorde sig skyldiga till på grund av samhällets och kyrkans fördömande inställning till utomäktenskapliga förbindelser. Denna anonymitetsrätt har på ett gripande sätt skildrats i den för några år sedan utgivna boken "*Se barnet! Tankegångar från tre århundraden*".[8]

Av kapitlet "Vem är min mor? Om anonymitetsrätten" i nämnda bok framgår bl.a. att anonymitetsrätten kom att utnyttjas bl.a. av sådana kvinnor som hade råd att mot betalning inlämna sitt barn anonymt till Stockholms allmänna barnhus, numera Allmänna Barnhuset.[9] Under 1800-talets senare del intogs 120–140 barn om året anonymt på detta barnhus.[10] I barnhusets arkiv har förvarats och förvaras fortfarande förseglade kuvert på vilka till barnhuset inlämnade barns namn och födelsedatum antecknats. Anledningen till dessa konvolut var ursprungligen en föreskrift i 1840 års barnmorskereglemente, vari stadgades att barnmorska skulle rekommendera den ogifta modern att på ett papper – som sedan skulle förvaras i ett förseglat kuvert – skriva sitt namn och anteckna sitt hemvist. Sedan konvolutet ifråga också försetts med församlingsprästens och moderns eget sigill var tanken att denna skulle själv förvara detta för framtiden för att kunna använda det som bevisning om hon skulle bli anklagad för barnamord eller om hon ville bevisa sitt moderskap. En del sådana konvolut kom dock alltså att av kvinnan inlämnas till Stockholms allmänna barnhus i samband med

[8] Utgiven under red. av Gunilla Halldén.

[9] Förf. Birgit Persson. Se s. 43 ff.

[10] Det bör nämnas att utnyttjandet av anonymitetsrätten inte var särskilt omfattande. Som exempel kan nämnas att år 1889 då antalet utom äktenskapet födda barn uppgick till drygt 11 000 använde sig mödrarna av denna rätt endast i ca 800 fall. Se Persson, B. a.a. s. 64.

att hon anonymt lämnade sitt barn där. (Det förekom också att här aktuella hemliga konvolut lämnades in hos pastorsämbetena och sådana konvolut finns nu förvarade på olika landsarkiv i landet.) Före 1918 lär det i några fall ha hänt att man från barnhusets sida på barns begäran medgav öppnandet av sådana förseglade konvolut. Därefter började man dock hålla mycket strängt på den uppfattningen att konvoluten ifråga skulle betraktas som moderns egendom och endast få öppnas av henne. Sedan Kungl. Maj:t i ett ärende 1934 givit tillstånd till öppnande för barns räkning av ett vid Stockholms allmänna barnhus förvarat konvolut började allt flera vid detta barnhus förvarade konvolut att öppnas. Det bör här inskjutas att den för den här aktuella gruppen av barn sedan 1900-talets första decennium blivit av ekonomiskt intresse att söka få vetskap om moderskapet. Genom en lag 1905 infördes nämligen arvsrätt mellan moder och mödernefränder å ena sidan och det utomäktenskapliga barnet å andra sidan. Man vågar dock anta att det för många barn främst var av psykologiska skäl som de önskade få kunskap om sitt ursprung när de begärde att de hemliga konvoluten skulle öppnas. Särskilt i sådana fall måste det ha upplevts som mycket grymt för barnet att i stället för att finna moderns namn och hemvist på det i kuvertet inneliggande papperet få läsa t.ex. ”drottning Sofia” eller ”Jo pytt fick du veta det”. Moderns upplysningar var dock givetvis inte alltid av den karaktären. Ett exempel härpå är ett förseglat kuvert som på begäran av ett barnbarn till ett barnhusbarn öppnades år 1979 och som innehöll inte blott upplysningar om såväl moderns som faderns fullständiga namn utan även en moders ömma ord till sitt barn och en förklaring till varför hon ansett sig nödsakad att lämna bort detta. I den här aktuella boken och i dess här aktuella kapitel berättas vidare om hur en vid Stockholms allmänna barnhus fram till omkr. mitten av 1940-talet anställd person vid namn Georg Bergman kom att lägga ned hela sin själ på att spåra de okända mödrarna och, när detta lyckats, på att söka återförena moder och barn. Denne Bergmans efterlämnade papper ger bilden av två olika typer av mödrar resp. barn, nämligen dels de som var öppna för och intresserade av en kontakt och en återförening, dels de som var motvilliga därtill. Så var t.ex. barnhusbarn som kommit till fosterhem och där anpassat sig väl ofta mycket negativa till kontakter med modern p.g.a. lojalitet mot fosterföräldrarna. Efter fosterföräldrarnas död kunde barnen där-

emot se mera positivt på frågan om en kontakt och en återförening med den biologiska modern.

Även om den under slutet av 1700-talet införda rätten för en mor att vara anonym sålunda för länge sedan upphävts förekommer det dock även i våra dagar stundom att en moder söker – och i en del fall också lyckas med – att vara anonym eller okänd för myndigheter och omgivning. Jag tänker då på s.k. *hittebarn*. Under t.ex. perioden 1985–1990 rapporterades i massmedia fem svenska hittebarnsfall. Ett av dessa, det s.k. *"Enköpingsfallet"*, skall här närmare uppmärksammas då det aktualiserade olika frågor av intresse i denna uppsats om barns rätt till sitt ursprung.

I slutet av december månad 1987 hittades i trapphuset till en fastighet i Enköping och där i en pappkartong ett övergivet barn. Efter en tid lyckades dock socialchefen i Enköping spåra modern, en välutbildad kvinna med bra arbete, som till en början förnekade all kännedom om barnet. Så småningom erkände hon dock för socialchefen att hon var barnets mor samtidigt som hon dock förklarade att hon inte ville se barnet mera utan att hon i stället önskade att detta skulle placeras i enskilt familjehem samt att hon inte avsåg att medverka till att hon vid folkbokföringen registrerades som barnets mor. Hon önskade m.a.o. förbli anonym även i fortsättningen, en önskan som socialchefen ansåg sig kunna lova skulle respekteras. JO Gunnel Norell Söderblom, som på eget initiativ kom att granska detta fall ur olika aspekter, var dock av annan uppfattning i denna fråga.[11] JO konstaterar inledningsvis i sin utredning, att det krav lagstiftningen uppställer på att ett barns börd fastställes ligger i linje med den vikt vår rättsordning tillmäter barns behov och rättigheter. Frågan om faderskapet till barn fött av ogift mor är socialnämnden enligt lag skyldig att utreda. Några särskilda regler om socialnämnds skyldighet att medverka till moderskapets fastställande finns dock visserligen inte förklarade JO men menade, att det får anses ligga i socialnämnds allmänna skyldighet när det gäller att ingripa till ett barns skydd att söka utröna vem modern är. Det var därför helt i sin ordning att socialchefen i Enköping arbetat för att söka spåra modern. Däremot skulle denne inte ha lovat modern att hon skulle få förbli anonym, eftersom det inte finns några regler om

[11] Se Justitieombudsmännens ämbetsberättelse 1989–90, s. 223 ff.

förtroendesekretess inom socialtjänsten. Socialchefen skulle därför så fort han fått moderns identitet klar för sig rapporterat denna till socialnämnden, som var den myndighet som därefter skulle fatta nödvändiga beslut i ärendet. När det så gällde frågan om barnets registrering enligt folkbokföringslagstiftningen erinrade JO först om att det är ett allmänt omfattat synsätt i vårt land att ett barn i princip har rätt att få kännedom om sitt ursprung. För barnets skull var det därför i det här aktuella fallet mycket angeläget att få moderns namn antecknat i folkbokföringsakten. Moderns behov av anonymitetsskydd kunde tillgodoses genom den möjlighet till sekretess för folkbokföringsuppgifter som ges i sekretesslagens 7 kap. 15 §. Enligt JO borde modern ha upplysts om denna möjlighet. Om hon därefter ändock vägrat att medverka till folkbokföringsregistrering borde socialnämnden själv ha gjort en anmälan till folkbokföringsmyndigheten om moderskapet. Skulle så en sådan anmälan ej ha godtagits av folkbokföringsmyndigheten, fanns möjligheten att föra talan mot modern vid domstol om moderskapets fastställande genom dom.

Några särskilda regler om moderskapets fastställande genom dom finns inte som här tidigare torde ha framgått. När det undantagsvis blir aktuellt med en rättegång i frågan om vem som är ett barns mor får därför i stället tillämpas de allmänna regler om s.k. fastställelsetalan, som finns i rättegångsbalkens 13 kap. Ett exempel härpå ur svensk rättspraxis är rättsfallet *NJA 1949 s. 144*, det s.k. ”*Bureåfallet*”, för övrigt skönlitterärt behandlat av författaren P.O. Enquist i boken ”*Kapten Nemos bibliotek*”. Fallet gällde barnförväxling å en sjukstuga. Två kvinnor hade samma dag fött var sin pojke. Det ena föräldraparet, som misstänkte att en förväxling av barnen kommit att ske på sjukstugan, kom en tid efter barnens födelse att stämma det andra föräldraparet med yrkande om att föräldraparen skulle förpliktas byta barn. När barnen hunnit bli sju år gamla fastställde Högsta domstolen hovrättens dom innebärande förpliktelse för föräldraparen att byta barn, eftersom det ansågs styrkt i målet att den påstådda barnförväxlingen ägt rum. Numera försöker man, som bekant, förhindra sådan osäkerhet i fråga om moderskapet genom att moder och barn genast efter barnets födelse och innan navelsträngens avklippande förses med ett numrerat band runt handleden vilket ej borttas förrän moder och barn lämnar sjukhuset.

Under senare år har vissa nya *barnalstringsmetoder* börjat praktiseras

på olika håll i världen, vilka kan leda till uppenbara problem för barnet när det gäller att få kunskap om sin genetiska moder och som därför bl.a. av det skälet inte ansetts tillåtna i vårt land. Jag tänker då givetvis dels på s.k. *äggdonation*, dels ock på s.k. *surrogatmoderskap*. Med äggdonation avses här att en ofruktsam kvinna får ett ägg härrörande från en annan kvinna och som befruktats utanför kroppen med sperma från den ofruktsamma kvinnans make eller sambo implanterat i sin livmoder. Med surrogatmoderskap åter avses här det moderskap som föreligger, då en kvinna låter sig bli inseminerad med sperma från en man i ett parförhållande och som efter barnets födelse överlämnar detta till det barnlösa paret enligt ett mellan detta par och barnets genetiska mor träffat avtal. (En annan form av surrogatmoderskap föreligger då en kvinna som har befruktningsdugliga ägg men något fel på livmodern som gör att hon inte själv kan föda fram ett barn låter ägg från henne befruktas utanför kroppen för att sedan implanteras i en utomstående kvinna, som efter barnets födelse enligt avtal skall överlämna barnet till dess genetiska mor.)

I samband med 1988 års lagstiftning om barn genom befruktning utanför kroppen tog dock den svenska lagstiftaren ställning emot ett tillåtande av såväl äggdonation som surrogatmoderskap. Ett av skälen härtill är de problem som sådana barnalstringsförfaranden skulle medföra i moderskapsfrågan.[12] Diskussionen i frågan om hur man bör se på äggdonation och surrogatmoderskap har dock fortsatt efter nämnda lagstiftning och i juni 1994 uppdrog regeringen åt Statens medicinsk-etiska råd att i samråd med den medicinska professionen göra en översyn av bl.a. frågan om äggdonation. Då detta råd yttrade sig över det

[12] Frågorna om äggdonation och surrogatmoderskap behandlades av inseminationsutredningen i betänkandet Barn genom befruktning utanför kroppen (SOU 1985:5). Utredningen ansåg att varken äggdonation eller surrogatmoderskap borde tillåtas. Två av utredningens experter menade dock, att man borde tillåta äggdonation. Detta var en uppfattning som kom att delas av majoriteten av remissinstanserna. Däremot ansåg så gott som samtliga remissinstanser att surrogatmoderskap skulle vara förbjudet. I prop. 1987/88:160 om befruktning utanför kroppen följde föredragande departementschefen utredningens förslag om att äggdonation och surrogatmoderskap ej skulle tilllåtas. Riksdagsmajoriteten var av samma uppfattning. Det bör dock tilläggas att det inte införts någon lagregel vari direkt framgår att äggdonation och surrogatmoderskap inte tillåts.

betänkande som låg till grund för nämnda 1988 års lagstiftning om barn genom befruktning utanför kroppen tillhörde rådet de remissinstanser, som menade att äggdonation eller surrogatmoderskap inte borde tillåtas. Rådet betonade dock i sitt remissyttrande att utvecklingen kunde tänkas komma att medföra skäl för ett omprövande av detta ställningstagande. I sin i april 1995 avlämnade utredningsrapport ”Assisterad befruktning. Synpunkter på vissa frågor i samband med befruktning utanför kroppen” anser nu rådets majoritet att befruktning utanför kroppen med äggdonation och sperma från kvinnans make eller sambo bör tillåtas på medicinsk indikation för kvinnor i fertil ålder. (En av rådets ledamöter – liksom en av de sakkunniga som deltagit i utredningsarbetet – anser dock att äggdonation även fortsättningsvis skall vara förbjuden.) Rådsmajoriteten motiverar detta sitt ställningstagande med att man nu inte bör ha olika synsätt på mäns och kvinnors ofruktsamhet och eftersom givarinsemination är tillåten bör även äggdonation vara det. Rådet menar vidare, att samma regler som gäller för barn avlade genom givarinsemination om möjlighet att i mogen ålder få reda på den genetiska faderns identitet (se härom närmare nedan under 4) bör gälla möjligheten för barn avlade genom äggdonation att få reda på den genetiska moderns identitet. Rådet menar därför att bl.a. sådan lagstiftning torde komma att böra införas som innebär att handlingar som utvisar äggdonatorns identitet skall finnas och kunna göras tillgängliga för barnet, när det uppnått tillräcklig mognad. (Vad gäller moderskapsfrågan utgår rådet från att den regeln bör gälla att den kvinna som föder fram barnet – vilken kvinna rådet vill beteckna som den ”biologiska” modern – skall utan vidare presumeras vara barnets rättsliga mor i stället för den ”genetiska” modern, dvs. den kvinna från vilken ägget härrör.) Avslutningsvis bör nämnas att Statens medicinsk-etiska råd anser, att surrogatmoderskap bör liksom hittills vara förbjudet.[13]

[13] Förslaget har remissbehandlats men en proposition i frågan lär vara att vänta tidigast någon gång under våren 1997.

3 Faderskapet

3.1 Vi övergår nu till att se på frågan om faderskapet i svensk rätt. Eftersom faderskapet inte är konstaterbart på samma enkla sätt som moderskapet normalt är har man i lagstiftningen måst uppställa särskilda regler för det rättsliga bestämmandet av detsamma. Härvid kan först konstateras att om modern är gift – eller änka och barnet föds å sådan tid efter den äkta mannens död att han kan ha avlat barnet – presumeras den äkta mannen vara barnets far (”*pater est quem nuptiae demonstrant*”, dvs. fader är den som äktenskapet utvisar) (Föräldrabalken (FB) 1:1). Det måste givetvis antas att denna faderskapspresumtion i de allra flesta fall leder till ett materiellt riktigt resultat, dvs. den äkta mannen är vanligen genetisk far till det barn som hans hustru föder. I en del fall förhåller det sig dock faktiskt inte så. Hur ofta går det av naturliga skäl inte att ge något bestämt svar på. I litteraturen har dock cirkulerat uppgifter om att det för inte mindre än omkring 8–10 % av barnen förhåller sig så att det rättsliga faderskapet är felaktigt. Dessa sifferuppgifter måste dock anses som mycket osäkra. De lär inte grundas på några mera systematiska undersökningar utan i stället på uppskattningar gjorda inom transplantationsverksamheten där man ju kan ha anledning att genetiskt testa far och barn, varvid man alltså i en del fall tvingas konstatera att det föreligger ett genetiskt omöjligt far–barn-förhållande. Vad man nog utan vidare vågar utgå ifrån är att det antal fall varje år där rättsligt och genetiskt faderskap inte överensstämmer i varje fall sannolikt är mycket större än det antal fall där presumtionen för den äkta mannens faderskap faktiskt hävs enligt reglerna härom i FB 1:2. Låt mig här lämna några statistiska uppgifter för ett år före 1977 då presumtionen om äkta mans faderskap fortfarande endast kunde brytas genom rättegång och dom, nämligen 1971. Detta år föddes i landet ca 90 000 barn i äktenskap. Enligt här tidigare åberopade uppgifter skulle den äkta mannens rättsliga faderskap vara genetiskt felaktigt i ca 8–10 % av fallen, dvs. i mellan ca 7 000–9 000 fall. Detta år förekom dock endast ca 1 000 mål om hävande av presumtionen för äkta mans faderskap vid landets underrätter.[14]

[14] Fr.o.m. 1977 kan presumtionen för äkta mans faderskap hävas inte endast genom rättegång och dom på talan antingen av den äkta mannen eller, om han är död, hans arvingar, eller på talan av barnet. Sålunda kan denna presumtion också

Före 1977 fanns i svensk rätt olika inskränkningar i den äkta mannens (så dock ej i barnets) rätt att föra talan om hävande av faderskapspresumtionen. Bl.a. gällde sålunda att mannen måste instämma sin talan inom viss tid efter kunskap om barnets födelse. Vidare gällde bl.a. att om den äkta mannen efter barnets födelse och efter det att han fått kunskap om att hustrun haft samlag med annan under konceptionstiden erkänt barnet som sitt så fick han ej föra sådan talan. Dessa inskränkningar i den äkta mannens talerätt var uppställda i barnets intresse. Detta skulle ej efter kanske lång tid behöva riskera att ryckas upp från sin vanda miljö och dessutom förlora sin ställning som barn i äktenskap. Detta synsätt frångicks genom lagstiftning 1976, som i stället i denna fråga utgick från tanken att det borde ligga i både barnets och mannens intresse att det rättsliga faderskapet upphävs, om detta inte överensstämmer med det genetiska.

I sådana fall där presumtionen om äkta mans faderskap är oriktig ur genetisk synpunkt kan detta ibland bli tidigt klarlagt. I andra fall kan det dröja lång tid innan det rätta förhållandet uppdagas, kanske tills barnet befinner sig i en känslig tonårsålder eller kanske ända till dess detta hunnit bli vuxet. I en del fall, slutligen, blir det antagligen över huvud taget aldrig tal om ett ifrågasättande av den äkta mannens faderskap, trots alltså att denne i realiteten inte är barnets far. Sistnämnda förhållande måste väl då vanligtvis antas ha sin grund i att modern förhåller sig helt passiv och alltså hemlighåller det rätta förhållandet. Det kan dock t.ex. även tänkas bero på att makarna överenskommit om att inte för barnet eller för någon utomstående avslöja att en annan man än den äkta mannen är barnets rätta far. Det bör anses självklart att det i dylika fall måste sägas föreligga en allvarlig kränkning av barnets rätt att få kunskap om sitt ursprung. Mot bakgrund av det sagda bör man kunna ställa frågan om lämpligheten av pater est-regeln. Under förarbetena till 1976 års lagstiftning diskuterades faktiskt frågan om man inte borde avskaffa denna regel och i stället införa regler innebärande att faderskapet när modern är gift skall fastställas på samma sätt som då modern är ogift, dvs. antingen genom faderskapsbekräftelse eller dom. Motivet härför var då, att man genom en sådan lagändring

---

i stället hävas genom det betydligt enklare förfarandet att den äkta mannen och modern skriftligen godkänner en annan mans faderskapsbekräftelse.

skulle skapa likställighet mellan barn i denna fråga. Bortsett härifrån hade dock en sådan lagändring också medfört, att faderskapsfrågan i fall där modern är gift vid barnets födelse blivit föremål för i varje fall någon offentlig kontroll, även om denna kontrolls effektivitet nog inte bör överdrivas. (Jfr nedan om faderskapsbekräftelse.) Det borde dock finnas andra och enklare lösningar på problemet med att söka åstadkomma någon slags kontroll från samhällets sida av att överensstämmelse råder mellan rättsligt och genetiskt faderskap i fall där modern är gift vid barnets födelse. Ett förslag till en sådan lösning har jag redovisat tidigare i annat sammanhang, vilket jag tar mig friheten att här återkomma med.[15]

De flesta barn föds som bekant på sjukhus där den möjliga konceptionstiden in casu beräknas. Genom sjukhusets försorg skulle så en födelseanmälan med den möjliga konceptionstiden däri angiven överlämnas till modern för att av henne senast inom en månad från barnets födelse insändas till folkbokföringsmyndigheten/skattemyndigheten. I anmälan skulle modern ha att på heder och samvete intyga den äkta mannens faderskap.[16] Om modern däremot inte skulle kunna på angivet sätt intyga den äkta mannens faderskap skulle ärendet överlämnas till socialnämnden för utredning. Möjligen skulle nu beskrivna ordning för övrigt kunna tillämpas även i samboendefall. (Jfr härom nedan.)

Det förtjänar avslutningsvis – och som en lämplig övergång till följande avsnitt om fastställande av faderskap till barn fött av ogift mor – att nämnas att det allmänna representerat av socialnämnden – som ju är den kommunala myndighet som enligt lag bl.a. har till uppgift att verka för barns bästa – inte har skyldighet och ej heller rätt att på eget initiativ undersöka hur det förhåller sig med en äkta mans fader-

[15] Se Saldeen, Å., Faderskapsfrågan i svensk rättsutveckling efter 1734 års lag, Lakimies 1984, s. 1281 samt densamme, Något om faderns ställning i svensk rätt (i Festskrift till Anders Agell, 1994, s. 560 f.).

[16] En felaktig uppgift idag om att den äkta mannen är far till ett barn fött av hustrun är inte straffbar, eftersom det i lagen (Föräldrabalken (FB) 1:1) anges att den äkta mannen skall i detta fall anses som barnets far, om inte enl. reglerna i FB 1:2 domstol förklarat mannen ej vara barnets far eller den äkta mannen och hustrun skriftligen godkänt en annan mans formenliga faderskapsbekräftelse, jfr Jareborg, N., Brotten. Första häftet, Grundbegrepp: Brotten mot person, 2 uppl. 1984, s. 331.

skap. Endast om barnets vårdnadshavare eller den äkta mannen (dvs. även om denne ej är vårdnadshavare) begär detta, skall socialnämnden, om den finner detta lämpligt, utreda faderskapsfrågan i dylika fall (FB 2:9, st. 1). När det gäller faderskapet till barn födda av ogift mor har dock som nu nedan skall visas närmare socialnämnden en utredningsskyldighet.

3.2 Genom lagen 1917 om barn utom äktenskap infördes för första gången i svensk rätt uttryckliga lagregler om fastställande av faderskapet till utomäktenskapliga barn. Före denna lagstiftning var den ekonomiska och sociala situationen för ensamstående mödrar och deras barn ofta mycket dålig. Ansvaret för tillvaratagandet av barnets rätt vilade nämligen då uteslutande på modern vilket innebar, att faderns underhållsskyldighet sällan blev fastställd. 1917 års lagstiftning innebar nu bl.a. att barnavårdsmannainstitutionen infördes. För varje kvinna, som väntade barn utom äktenskapet skulle förordnas en barnavårdsman som det ålåg att verka för att faderskapet och underhållsskyldigheten blev fastställda. Den här aktuella lagstiftningen innebar vidare att särskilda regler om faderskapserkännande infördes. Enligt dessa regler kunde faderskapserkännande ske muntligen inför präst, som förde kyrkoböckerna i barnets församling eller i tillkallat vittnes närvaro inför kronofogde, länsman eller notarius publicus men också skriftligen genom avtal om underhållsbidrag till barnet, vilket avtal skulle vara bevittnat av två personer och godkänt av barnavårdsman eller barnavårdsnämnden. – I fråga om faderskapets fastställande genom rättegång och dom innebar 1917 års lagstiftning – p.g.a. av omöjligheten att vinna ett direkt bevis om viss mans faderskap – uppställandet av en s.k. legal presumtion. Denna legala presumtion – som kom att bibehållas i lagstiftningen ända fram till ikraftträdandet av Föräldrabalken 1950 – innebar att om käranden (barnet) lyckats styrka att svaranden haft samlag med modern under konceptionstiden så övergick bevisbördan för faderskapet från käranden till svaranden, dvs. den instämda mannen. För att faderskapstalan skulle ogillas hade denne sålunda att visa att det var ”uppenbart” att han ej var barnets far. Eftersom den medicinska vetenskapen under den tid som 1917 års lag gällde mera sällan kunde lämna någon hjälp för lösandet av faderskapsfrågan är det självklart att den instämda mannen också mera sällan kunde fullgöra sin bevisskyldig-

het och undgå att bli förklarad som far. Det bör tilläggas, att den instämda mannen inte tilläts att göra invändning om att modern jämväl haft samlag med annan man eller andra män under konceptionstiden. Hade man tillåtit svaranden att göra sådan invändning hade faderskapstalan sannolikt inte kunnat bifallas eftersom den medicinska faderskapsdiagnostiken ännu inte utvecklats så att det gick att bedöma sannolikheten för olika mäns faderskap. Ett sådant resultat (dvs. en ogillande dom) ville man undvika. Det gällde i stället med hänsyn till moderns, barnets och även samhällets intresse att i så många fall som möjligt få en underhållsskyldig far. – Genom Föräldrabalken, som alltså trädde i kraft 1950, fick vi en ny regel om faderskapets fastställande genom dom som var något mildare mot den instämda mannen än motsvarande regel i 1917 års lag. Om samlag styrkts behövde denne nämligen för att talan skulle ogillas inte längre visa, att det var ”uppenbart” att han ej var barnets far utan nu räckte det med att han visade att detta var ”osannolikt”. Genom utvecklingen inom den medicinska faderskapsdiagnostiken, främst när det gäller blodgruppsundersökningar, hade också möjligheterna att företa sannolikhetsbedömningar i faderskapsmålen successivt ökat.

Det torde inte behövas mycken fantasi för att inse att många faderskap har såväl genom faderskapserkännande som genom dom felaktigt fastställts under årens lopp p.g.a. dels lagreglernas utformning, dels de begränsade möjligheterna i äldre tid att medicinskt bedöma faderskapsfrågan. En av konsekvenserna härav är då att många, nu vuxna, barn i realiteten saknar kunskap om det genetiska faderskapet. Detta skulle idag vara mycket lätt att påvisa genom att nu företa blodundersökning inkluderande DNA-analys i sådana fall. Möjligheterna att framtvinga genomförandet av sådan undersökning, därest alla inblandade parter inte frivilligt går med på denna, är dock något begränsade. För att en domstol skall kunna framtvinga genomförandet av sådan undersökning i ett tidigare avgjort fall krävs nämligen enligt lagstiftning 1982 (före denna lagstiftning var det över huvud taget inte möjligt att framtvinga blodundersökning i tidigare avgjorda fall) att det efter faderskapserkännandet (eller faderskapsbekräftelsen, som det numera heter) eller domen framkommit omständigheter som ger anledning till antagande att någon annan man än den som fastställts vara far haft samlag med modern under konceptionstiden och att den som

åberopar dessa omständigheter inte har känt till dem tidigare. Av departementschefens uttalande i propositionen till 1982 års lagstiftning framgår, att denna begränsning gjordes för att inte relationerna mellan ett barn och dess rättsliga far skulle i onödan störas och därigenom menade man sig också beakta ett av de, som man uppfattade det, starkaste skälen mot lagstiftningen ifråga, nämligen att ett barn inte borde riskera att bli faderlöst lång tid efter sin födelse.[17] Den begränsning nämnda 1982 års lagstiftning innebär ifråga om möjligheterna att framtvinga blodundersökning i äldre faderskapsavgöranden utgör enligt min mening ett exempel på lagstiftarens tvehågsenhet, när det gäller att utreda hur det verkligen förhåller sig beträffande det genetiska faderskapet. Begränsningen ifråga innebär ju t.ex. att en (ny) blodundersökning inte kan framtvingas i sådana fall som avgjordes under perioden efter 1917 fram t.o.m. 1950 och i vilka den instämda mannen kanske mycket väl kände till att modern haft samlag även med andra män men inte tilläts åberopa detta faktum i faderskapsmålet.

Genom lagstiftning 1969 infördes nya regler om fastställande av faderskap till barn fött av ogift mor. Dessa regler syftar till att skapa säkrare avgöranden än som var möjligt med tidigare regler. I fråga om faderskapets fastställande genom faderskapsbekräftelse gäller t.ex. bl.a. att sådan bekräftelse endast kan ske skriftligen med vittnen och att den skall godkännas (förutom av modern) av socialnämnden samt att socialnämnden får lämna sitt godkännande endast om det kan antas att mannen ifråga är barnets far (FB 1:4). Även om detta krav givetvis måste, på ett helt annat sätt än som var möjligt med tidigare regler då ju ett faderskapserkännande utan någon som helst kontroll av dess riktighet kunde äga rum inför t.ex. präst eller kronofogde, antas bidra till att förhindra oriktiga faderskapsbekräftelser måste man räkna att sådana även kan förekomma idag. Man torde nämligen våga utgå ifrån att det krävs ganska mycket för att en socialnämnd skall ifrågasätta moderns trovärdighet när hon utpekat endast en man som möjlig far till

[17] Se prop. 1982/83:8, s. 7.

barnet och denne dessutom är villig att bekräfta faderskapet.[18] För omkring två år sedan kunde man för övrigt i dagspressen läsa om att en vad en tidning kallade ”falsk far” åtalats för brottet ”förvanskande av familjeställning” (Brottsbalken 7:3).[19] Mannen ifråga medgav, att han av sin sambo övertalats att erkänna faderskapet till ett barn vars riktiga far påstods vara en fängslad mördare. Åklagaren såg enligt tidningen allvarligt på det hela. Enligt tidningsartikeln pekade åklagaren ”på arvsrätten och de medicinska aspekterna som exempel på betydelsen av korrekta besked om släktbanden. Vems gener är det man bär? Vad vet vi i dag om vilken betydelse kunskapen om detta kommer att ha i den medicinska framtiden”. Det torde dock vara mycket sällsynt att oriktiga faderskapsbekräftelser leder till åtal. – Det bör här avslutningsvis nämnas, att det är i praktiken mycket ovanligt att en faderskapsbekräftelse föregåtts av blodundersökning. Medan antalet barn födda av ogift mor numera uppgår till ca 50 000 varje år registreras endast ca 2 000 ärenden årligen vid Statens Rättsserologiska Institut i Linköping där blodundersökningar utförs centralt i vårt land.[20]

I mål vid domstol om fastställande av faderskap till barn fött av ogift mor har dock numera regelmässigt blodundersökning ägt rum. Då sedan årsskiftet 1993/94 den rutinmässiga blodundersökningen omfattar DNA-analys har man anledning att utgå ifrån att det numera är synnerligen ovanligt att en man genom dom rättsligen fastställs vara

[18] De allra flesta faderskap till barn födda av ogift mor som fastställs genom faderskapsbekräftelse. Bl.a. för barnets rätt till sitt ursprung är det givetvis då mycket viktigt, att socialnämndernas faderskapsutredningar sker med den största omsorg. Se härom bl.a. Bandstigen, A.-C., Socialnämndernas utredning för fastställande av faderskap. Skriftligt arbete i civilrätt, Juridiska institutionen, Uppsala universitet, ht 1992.

[19] Se Svenska Dagbladet den 15/10 1994, s. 9. Jfr härtill Eriksson, A. & Saldeen, Å., Parenthood and Science. Establishing and Contesting Parentage (i Eekelaar, J. & Sarcevic, P., eds., Parenthood in Modern Society. Legal and Social Issues for the Twentyfirst Century, 1993, s. 78.). – Ang. brottet ”förvanskande av familjeställning”, se Jareborg, N. a.a. s. 330 f.

[20] Se Rättsmedicinalverket, Statens Rättsserologiska Institut, utg., Faderskapsundersökning med DNA-teknik, 1994.

far till ett barn vars genetiska fader han i realiteten inte är. Däremot kan man inte bortse från att det kan förekomma materiellt sett felaktiga faderskapsdomar från tiden före 1994, trots alltså att den sedan 1970 gällande regeln om fastställande av faderskap till barn fött av ogift mor möjliggör betydligt säkrare avgöranden än tidigare regler och trots den medicinska utvecklingen på faderskapsdiagnostikens område. Nämnda rättsregel innebär att om käranden (barnet) lyckats styrka att modern och en instämd man haft samlag med varandra under konceptionstiden skall faderskapstalan bifallas om det med hänsyn till samtliga omständigheter är sannolikt att denne är barnets far. Styrkt samlag medför alltså inte enligt denna regel som enligt tidigare regler på området en omkastning av bevisbördan för faderskapet från käranden till svaranden. Käranden har i stället bevisbördan även för faderskapet men om samlag styrkts behöver alltså inte faderskapet styrkas utan det räcker med att detta görs sannolikt. Vidare gäller att medan i äldre rätt invändning från svarandens sida om att modern haft samlag även med andra män från början inte alls godtogs för att senare godtas i undantagsfall, så skall sedan 1970 samtliga män, som kan komma ifråga som far till ett barn instämmas i ett och samma mål. Vid sannolikhetsbedömningen i faderskapsmål har domstolarna innan DNA-analys börjat användas vid blodundersökning i vårt land ofta varit hänvisade till att företa en problematisk bedömning av värdet av s.k. blodgruppsstatistiskt faderskapsindex. Härvid förtjänar särskilt att framhållas att värdet av denna bevisning påverkades i hög grad av den också ej sällan svårbedömbara frågan om moderns trovärdighet när det gällde hennes utsaga om vilken man eller vilka män som kunde komma ifråga som far till barnet.

Man får alltså räkna med att det finns en del barn i vårt land vars rättsliga far inte också är barnets genetiska far. Emellertid finns det också en hel del barn som saknar en rättslig far, antingen beroende på att domstol ogillat faderskapstalan eller på att socialnämnden nedlagt faderskapsutredningen. Sålunda har socialnämnden, som ju enligt vad som här tidigare nämnts enligt lag har att utreda faderskapsfrågan när modern är ogift, rätt att i vissa i lagen särskilt angivna fall lägga ned en påbörjad faderskapsutredning. Ett sådant skäl kan vara att modern vägrar eller inte kan lämna sådana uppgifter som krävs för utredningens bedrivande. Årligen läggs faderskapsutredningen ned i ca 300–400 ärenden. Ett beslut om nedläggande av sådan utredning är dock inte de-

finitivt; framkommer nya omständigheter kan alltså utredningen återupptas.[21]

Särskilt för barn vars faderskap inte kunnat fastställas och som vill söka efterforska sitt ursprung kan det vara av intresse av att få tillgång till socialnämndsakten i faderskapsärendet för att där inhämta uppgifter om eventuella i ärendet diskuterade faderskapsmöjligheter. Det kan då vara intressant att i denna uppsats konstatera att sådana uppgifter dock p.g.a. regler i sekretesslagens 7 kap. 4 § tidigare inte varit tillgängliga för barnet. Sedan riksdagen vid ett flertal olika tillfällen behandlat frågan har genom lagstiftning som trädde i kraft den 1 juli 1994 den ändringen skett i nämnda regel att sekretess ej hindrar att ”uppgift lämnas till enskild som uppnått myndig ålder om förhållanden av betydelse för att denne skall få vetskap om vilka hans biologiska föräldrar är”. Det kan här gärna tilläggas att fullständig enighet om denna lagändring inte förelåg i lagstiftningsärendet. Sålunda ville lagrådet avstyrka förslaget om den aktuella lagändringen anförande bl.a. följande:

Det starka sekretesskydd som i dag råder för uppgifter av ifrågavarande slag har till syfte bl.a. att underlätta utredningen i ärenden om fastställande av faderskap. Genom garantier om sekretess kan modern till ett utomäktenskapligt barn förmås berätta om sitt kanske vidlyftiga sexualliv under konceptionstiden, och på så sätt bidra till att faderskapet kan fastställas med större säkerhet. Ställs en mor till ett utomäktenskapligt barn inför utsikten att barnet vid vuxen ålder kan komma att ta del av dessa uppgifter och därigenom kanske få en negativ bild av henne, kan hon bli mindre benägen att medverka i utredningen.

> *Det är heller inte självklart att ett utomäktenskapligt barn, för vilket faderskapet har blivit fastställt i vederbörlig ordning, vid myndig ålder skall ha rätt att ta del av innehållet i socialakten för att se om han eventuellt har en annan biologisk far än den som framgår av faderskapsbekräftelsen eller domen i faderskapsmålet. Hans intresse i saken bör vägas mot moderns och övriga berördas intresse av att frågan anses utagerad i och med att faderskapet fastställts på föreskrivet sätt*. Nuvarande sekretessbestämmelser möjliggör en sådan intresseavvägning. (Min kurs.)

[21] År 1991 lades utredningen ned i 425 och 1992 i 391 fall. Se Statistik Årsbok för Sverige 1994, tabell 358, s. 303.

Möjligen finns det bland läsarna av denna uppsats sådana – som i likhet med författaren – har svårt att instämma i lagrådets här citerade och kursiverade yttrande.

4 Adoptiv- och givarinseminationsbarns rätt att få kännedom om sitt ursprung

4.1 Ifråga om adoptivbarn var det i äldre tid (vår första adoptionslagstiftning tillkom 1917) vanligt att man sökte dölja för adoptivbarnet att det var adopterat. Sedan 1950-talet har dock utvecklingen gått i motsatt riktning, dvs. man har arbetat för en öppenhet vid adoptioner innebärande att barnet bör få kunskap om att det är adopterat och om sitt ursprung.[22] Det kan i sammanhanget vara värt att nämna att i samband med lagstiftning 1971 innebärande att samtliga adoptioner i landet blev s.k. ”starka adoptioner” – dvs. att barnet i alla rättsliga avseenden betraktas endast som barn till adoptivföräldrarna[23] – framhöll departementschefen i propositionen att bl.a. talan om fastställande av faderskap borde tillåtas även om barnet bortadopterats med hänsyn bl.a. just till barnets berättigade intresse av att få klarhet om sin härstamning.[24] Det bör också nämnas att sekretesslagen inte lägger några hinder i vägen för ett barn att få tillgång till de uppgifter om adoptio-

[22] Det är givet att den förändrade attityden i samhället vad gäller den aktuella frågan påverkats av utvecklingen när det gäller de internationella adoptionerna, dvs. där barnet kommer ifrån ett annat land och det ofta av barnets utseende direkt framgår att det måste vara adopterat.

[23] Den adoptionsform som infördes genom vår första adoptionslag 1917 var den s.k. ”svaga”. Denna innebar bl.a. att adoptivbarnet endast ärvde adoptanten men ej dennes släktingar och att adoptivbarnet hade kvar sin rätt till arv efter sina genetiska föräldrar. Genom lagstiftning 1958 infördes dock istället den s.k. starka adoptionen, innebärande att adoptivbarnet rättsligt sett i alla avseenden helt betraktas som adoptantens eget barn och alltså att alla band med den genetiska släkten helt upphör. 1958 års lagstiftning innebar vidare att äldre adoptioner efter ansökan inom fem år kunde övergå till att bli starka sådana. Genom lagstiftning 1971 finns dock nu alltså endast starka adoptioner.

[24] Prop. 1971:143, s. 81. Jfr Barn genom insemination. Huvudbet. av inseminationsutredningen, SOU 1983:42, s. 110.

nen som finns antecknade hos folkbokföringsmyndigheten.[25] Detsamma torde gälla de uppgifter om adoptionen som finns hos tingsrätt och socialnämnd eller hos Statens nämnd för internationella adoptionsfrågor (NIA).[26]

Slutligen skall här nämnas att det i ett utredningsbetänkande för några år sedan, som dock ännu ej lett till lagstiftning, har föreslagits att det i Föräldrabalkens kapitel om adoption (4 kap.) skall införas en särskild regel om att adoptivföräldrar skall – så snart det lämpligen kan ske – upplysa adoptivbarnet om att det är adopterat.[27]

4.2 När jag så till sist övergår till att säga något om den mycket omdiskuterade och kontroversiella frågan om givarinseminationsbarns rätt att få kännedom om sitt ursprung skulle jag vilja börja med att på denna punkt citera 1981 års direktiv för inseminationsutredningen. I dessa direktiv uttalas sålunda följande:[28]

> I dag förekommer insemination med en känd givare om denne är gift med kvinnan eller bor tillsammans med henne under äktenskapsliknande förhållanden. I övriga fall torde givaren i allmänhet vara anonym. En omdiskuterad fråga är om ett sekretesskydd bör finnas för uppgifter om honom och om det förhållandet att insemination har ägt rum. Utredaren bör närmare analysera de skäl som kan anföras för och emot ett anonymitetsskydd och föreslå de åtgärder som kan finnas påkallade.
>
> När det särskilt gäller frågan om sekretess i förhållande till barnet talar mycket för att barnet bör ha rätt att åtminstone få veta att det har kommit till genom artificiell insemination. Huruvida barnet också bör ha kunskap om vem som är givare är mera svårbedömt. Det finns en risk för att en sådan kunskap skulle störa relationerna mellan barnet och den rättslige fadern. Dessutom kan det kanske bli svårt att finna lämpliga givare, om de riskerar att deras identitet avslöjas.

Åberopande den forskning som utförts angående adoptivbarns behov av att kunna få kunskap om sitt ursprung samt adoptivbarns lagliga möjligheter att få sådan kunskap fann inseminationsutredningen

[25] Se 7 kap. 15 § och 14 kap. 4 § sekretesslagen. Jfr Adoptionsfrågor. Slutbet. av förmynderskapsutredningen, SOU 1989:100, s. 172.

[26] Ibidem.

[27] Se Adoptionsfrågor. Slutbet. av förmynderskapsutredningen, SOU 1989:100, s. 172. – Förebilden för den föreslagna regeln finns i norsk adoptionslagstiftning.

[28] Kommittédirektiv, Dir. 1981:72, s. 4.

att en lagstiftning om insemination borde innehålla en regel om rätt för barn avlade genom givarinsemination att få kunskap om spermagivarens eller den genetiska faderns identitet.[29] En av utredningens experter (professor i gynekologi och obstetrik) gav dock i ett särskilt yttrande uttryck för den ståndpunkten att barnet visserligen borde ha rätt att få veta hur det tillkommit och också få vissa uppgifter om givarens person men att denna rätt dock ej borde omfatta uppgifter om givarens namn eller identitet.[30] Som skäl härför åberopades bl.a. att ett slopande av givarens rätt att vara anonym, enligt utredningsexpertens uppfattning, då betraktades som något oacceptabelt av de flesta barnlösa par. Detsamma antogs gälla beträffande givarna varför det vid ett slopande av anonymitetsrätten skulle bli svårt att i framtiden tillgodose behovet av sådana.

Såväl vid remissbehandligen av inseminationsutredningens förslag när det gäller den här aktuella frågan som vid riksdagens behandling av regeringens proposition med förslag till lag om insemination, vilken i denna del huvudsakligen byggde på utredningens förslag, framkom delade meningar.[31] Låt mig här med två godtyckligt valda exempel visa hur man i riksdagsdebatten kunde argumentera för resp. emot det här aktuella propositionsförslaget.

> Herr talman! Vid givarinsemination skall kvinnans make eller sambo självklart fullt ut fungera som barnets far. Att detta skulle underlättas av att man för barnet förtiger den för barnet fundamentala kunskapen om hur det har kommit till är för mig mycket svårt att tro. Tvärtom löper man då risken att barnet ändå förstår eller får reda på det rätta förhållandet, och i så fall får barnet dessutom klart för sig att man har ljugit eller dolt denna fundamentala kunskap.
>
> Allt talar för att barnet i de allra flesta fall bör få veta sanningen om sin tillkomst – att den känsliga relation som byggs upp i den berörda familjen får vila på sanning och öppenhet och inte på lögn eller illusion.
>
> Men detta är inte en fråga som lagstiftaren skall lägga sig i med regler och paragrafer; det föreslås inte heller i propositionen att så skall ske.
>
> Man bör kunna utgå ifrån att de flesta barn inte kommer att ha något intresse av att forska efter vem givaren är. Ett barns upplevelse av sin identitet bygger

[29] Se Barn genom insemination. Huvudbet. av inseminationsutredningen, SOU 1983:42, s. 109 ff.

[30] A.a. s. 167 f.

[31] Bl.a. kan nämnas att det här aktuella propositionsförslaget avvisades eller kritiserades i sju olika riksdagsmotioner från företrädare för fyra olika riksdagspartier.

ju på så många andra faktorer än just detta. Men i fall där vetskapen om vem den biologiske fadern är viktig för barnet vore det oklokt, och dessutom grymt, om samhället sedan det tagit ansvar för inseminationsverksamheten, skulle utestänga barnet från den information som barnet vet att samhället har tillgång till.

En förutsättning bör dock givetvis vara att barnet nått tillräcklig mognad för att självt ta del av denna information.[32]

Vi menar att föräldrasituationen kan påverkas negativt av att föräldrarna vet att en för dem helt okänd person, spermagivaren, kan komma in i deras liv. Det kan innebära att den rättslige faderns engagemang för barnet inte blir lika helhjärtat som det eljest skulle ha blivit.

Vidare kan det ifrågasättas om det är bra för barnet att kanske någon gång i tonåren få veta att den som barnet under barndoms- och ungdomsåren reservationslöst uppfattat som sin far inte är den biologiske fadern. I 17–18 års åldern får man helt plötsligt en ny far! Risken är stor att sådan kunskap leder till störningar i familjen och i familjegemenskapen.

Spermagivarens situation måste också beaktas. Förslaget i propositionen innebär att givaren tiotals år efter spermadonationen kan sökas upp av för honom helt okända ungdomar som han inte har några som helst känslomässiga relationer till. Då kanske även spermagivaren har egen familj. Hur skulle hans familj uppfatta en sådan situation? Jag menar således att röjandet av den biologiske faderns identitet – eller bara vissheten om att denna kan röjas – kan medföra en konfliktsituation som inte är till gagn för någon av de inblandade parterna.

Att inte garantera spermadonatorer anonymitet kan också innebära att verksamheten med givarinseminationer upphör vid sjukhusen i brist på donatorer. Barnlösa makars önskan att skaffa sig barn kommer dock, troligen är det så, att fortfara att vara lika stark.

Det kan få till följd att verksamheten fortsätter, men i andra former än dem vi har idag. I dag är verksamheten väl kontrollerad och tydligen också uppskattad av alla inblandade parter.[33]

Riksdagsmajoriteten godtog dock förslaget i propositionen innebärande en rätt för barnet att – när det uppnått tillräcklig mognad – få tillgång till de uppgifter om givaren som antecknats i sjukhusets journal (4 § lagen (1984:1140) om insemination).[34]

I övrigt är uppgifter om inseminationen sekretessbelagda och inga som helst uppgifter därom finns registrerade hos folkbokföringsmyndigheten. Uppgifter om adoption registreras dock hos denna myndig-

[32] Se Riksdagens protokoll nr 54, måndagen den 17 december 1984, s. 4 f.
[33] A.a. s. 9 f.
[34] Barnet har rätt till bistånd från socialnämndens sida vid efterforskandet av spermagivarens identitet.

het men dessa uppgifter är sekretessbelagda enligt sekretesslagen (1980:100) 7:15. Sekretessen gäller emellertid inte adoptivbarnet självt utan detta har rätt att när det uppnått tillräcklig mognad få del av nämnda uppgifter. Inseminationsutredningen uttalade i frågan om registrering hos folkbokföringsmyndigheten av uppgifter om insemination följande:

> Vi anser det principiellt felaktigt att i pastorsämbetets register tillåta en medvetet oriktig uppgift om ett inseminationsbarns ursprung. Det kan inte anses gagna dessa barn. Tvärtom bidrar en sådan oriktig uppgift till att bevara det hemlighetsmakeri som för närvarande omgärdar inseminationsverksamheten. En uppgift om inseminationen i pastorsämbetets register kommer däremot sannolikt att leda till att det blir svårt för inseminationsföräldrar att undandra sig sitt ansvar att berätta sanningen för barnet om dess ursprung. Vi anser alltså sakliga skäl talar för en registrering av inseminationen hos pastorsämbetet.[35]

Utredningens förslag blev alltså att uppgifter om givarinsemination skulle registreras hos folkbokföringsmyndigheten men endast avse att barnet tillkommit genom sådan insemination och alltså inte också givarens identitet. Propositionen kom dock inte att innehålla något sådant förslag beroende på att praktiskt taget samtliga remissinstanser tagit avstånd från detta och på att en registrering enligt departementschefens mening inte skulle fylla någon praktisk funktion p.g.a. sekretessreglerna.[36]

Sverige blev därmed det första land i världen som införde sådan lagstiftning. Därefter har endast även Österrike infört liknande regler, varför alltså svensk rätt innebär ett av de få undantagen från principen om spermagivarens rätt att vara anonym.[37]

När det gäller effekterna av den svenska lagstiftningen kan konstateras att dess kritikers farhågor om att inseminationsverksamheten skulle komma att reduceras besannats. Sålunda utvisar statistiken, att medan före lagens ikraftträdande antalet barn födda efter givarinsemination

[35] SOU 1983:42, s. 145 ff. Se också Sverne, T. i Läkartidningen, nr 38, 1995, s. 3474 f. samt i DN den 29 november 1995.

[36] Prop. 1984/85:2, s. 17. Jfr Saldeen, Å., Rätt släkt. Om förhållandet mellan rättslig och genetisk släkttillhörighet, Riksarkivets årsbok 1996.

[37] I Nya Zeeland lär man utan lagstiftning i praktiken tillämpa samma regler som i Sverige. Se härom Statens medicinsk-etiska råds utredningsrapport Assisterad Befruktning. Synpunkter på vissa frågor i samband med befruktning utanför kroppen, 1995, s. 23.

uppgick till ca 200 årligen så föddes efter denna lags ikraftträdande 1985 fram till 1989 totalt endast ca 200 sådana barn.[38] (År 1990 föddes 16, 1991 53, 1992 57 och 1993 53 barn avlade genom givarinsemination.[39]) En av förklaringarna till denna nedgång torde vara att det genom inseminationslagens här aktuella regel blivit svårare att rekrytera spermagivare.[40] Det har dock sagts, att den aktuella lagstiftningen lett till att man fått – om uttrycket tillåts – en ny typ av spermadonatorer; medan det tidigare var främst unga värnpliktiga eller medicine studeranden som var spermagivare är det numera i stället ofta litet äldre, gifta män med egna barn som av idealistiska skäl (dvs. deras motiv är främst en önskan att hjälpa barnlösa par) verkar som sådana.[41]

Några bestämda slutsatser om betydelsen för inseminationsbarnen av den rätt inseminationslagen ger dessa att få tillgång till uppgifter om den genetiska fadern är det ännu för tidigt att dra. Inga barn som tillkommit genom givarinsemination efter inseminationslagens ikraftträdande 1985 har ju ännu uppnått den tillräckliga mognad, som lagen kräver för att de skall få tillgång till sjukhusjournalens uppgifter om spermagivaren. Om ytterligare några år däremot torde här erbjudas ett gyllene tillfälle för forskningen att empiriskt, vetenskapligt, studera den i denna uppsats behandlade frågan om barnets rätt till sitt ursprung.[42]

Efterskrift

När det gäller avsnitt 2 (Moderskapet) kan nu tilläggas att i samband med att äggdonation genom ändring år 2002 (SFS 2002:252) (prop. 2001/02:89, 2001/02:SoU16) av lagen (1988:711) blivit tillåten i Sverige har en regel om moderskapet då barn avlats genom äggdonation införts i 1 kap. 7 § Föräldrabalken (FB) (SFS 2002:251). Regeln innebär att om en kvinna föder barn som tillkommit genom att ett befruktat ägg från

[38] Se Läkartidningen 1993, Nr 35, s. 2894.

[39] Se Statens medicinsk-etiska råds utredningsrapport Assisterad befruktning. Synpunkter på vissa frågor i samband med befruktning utanför kroppen, 1995, s. 19.

[40] I motioner i riksdagen har gjorts gällande att det kan brista i informationen om inseminationslagstiftningen till bl.a. spermadonatorer och att denna därför bör förbättras. Se motion 1991/92:L25 samt lagutskottets bet. 1992/93:LU4 samt motion 1992/93:L407 och lagutskottets bet. 1993/94:LU3.

[41] Se t.ex. DN den 2 januari 1992, s. A6.

[42] Jfr härtill bl.a. lagutskottets ovan i not 40 nämnda betänkanden.

en annan kvinna förts in i hennes kropp skall hon anses som barnets mor. Den biologiska modern, dvs. den som föder fram barnet, och inte den genetiska modern, dvs. den kvinna som lämnat ägget, skall m.a.o. anses som barnets mor. Barnet har dock, precis som barn avlade genom s.k. givarinsemination, rätt att, när det uppnått tillräcklig mognad, ta del av de uppgifter om äggdonatorn, som antecknats i sjukhusets särskilda journal (7 § lagen (1988:711) om befruktning utanför kroppen).

Vidare kan i detta sammanhang nämnas följande. Kommittén om barn i homosexuella familjer föreslog i sitt slutbetänkande Barn i homosexuella familjer (SOU 2001:10) att lesbiska par som registrerat sitt partnerskap eller var sambor skulle få tillgång till assisterad befruktning inom den svenska sjukvården. Kommittén föreslog också hur det rättsliga föräldraskapet skulle regleras i dylika fall. Vid remissbehandlingen var många remissinstanser kritiska inte endast när det gällde frågan om lesbiska par över huvud taget skulle få tillgång till sådan befruktning utan även när det gällde förslaget till rättslig reglering av föräldraskapet. Regeringen har ännu inte tagit ställning i den förstnämnda frågan men i departementspromemorian Föräldraskap vid assisterad befruktning för homosexuella (Ds 2004:19) lämnas förslag till hur det rättsliga föräldraskapet skall regleras *om* lesbiska par ges tillgång till assisterad befruktning. Enligt förslaget skall partnern eller sambon till en kvinna som föder ett barn efter assisterad befruktning inom den svenska sjukvården också anses som barnets mor om hon samtyckt till befruktningen och det är med hänsyn till samtliga omständigheter sannolikt att barnet avlats genom denna. Moderskapet skall fastställas genom bekräftelse eller dom för att bli rättsligt giltigt och barnet får alltså i sådant fall två mödrar. Om barnet däremot avlats genom assisterad befruktning utanför den svenska sjukvården skall detta inte gälla utan i sådant fall skall, liksom vad som gäller nu, faderskapet fastställas. Skulle det vara till fördel för barnet och övriga förutsättningar finns kan dock enligt förslaget ett gemensamt föräldraskap för det lesbiska paret åstadkommas genom adoption, se Ds 2004:19, s. 47ff.

I fråga om avsnitt 4 (Adoptiv- och inseminationsbarns rätt att få kännedom om sitt ursprung) kan först antecknas följande. Som nämns i avsnitt 4.2 in fine föreslog Förmynderskapsutredningen i sitt slutbetänkande Adoptionsfrågor (SOU 1989:100) att det skulle införas en

särskild regel om att adoptivföräldrar skall – så snart det lämpligen kan ske – upplysa adoptivbarnet om att det är adopterat, se SOU 1989:100, s. 172. I departementspromemorian Föräldrars samtycke till adoption m.m. (Ds 2001:53) lämnades samma förslag. I den i april 2004 avlämnade propositionen 2003/04:131 (Internationella adoptionsfrågor) sägs dock att den här aktuella frågan skall ”beredas vidare inom Regeringskansliet under året för att nå ett ställningstagande i syfte att stärka barnets rätt”. Det sägs dock också att det är ”viktigt att frågor om barnets rätt till sitt ursprung och till kunskap om sina rötter tas upp tidigt i adoptionsprocessen”, se prop. 2003/04:131, s. 68.

Vad avser de statistiska uppgifterna om antalet barn födda efter givarinsemination kan tilläggas att år 1998 resulterade 483 givarinseminationer i 68 födda barn, se Saldeen, Barn och föräldrar, 2001, s. 145.

Socialstyrelsen har genom en enkätundersökning låtit undersöka om inseminationslagstiftningens intentioner om öppenhet följts av samma öppenhet om barnets ursprung från föräldrarnas sida. Enkäten sändes ut till samtliga föräldrar som efter givarinsemination vid Umeå universitetssjukhus och Karolinska Sjukhuset i Stockholm sedan inseminationslagen infördes och fram t.o.m. år 1997 fått barn. Av det totala antalet utsända enkäter besvarades 148. Av de föräldrar som besvarade enkäten uppgav ca 10 % att de redan berättat för barnen att de tillkommit genom givarinsemination och ytterligare 40 % uppgav att de hade för avsikt att berätta detta i framtiden. Ca 20 % av de i undersökningen ingående föräldraparen uppgav dock att de inte tänkte berätta hur barnen kommit till och ca 10 % var tveksamma i frågan. (Ca 20 % av de par som besvarat enkäten uttalade sig ej i den aktuella frågan.) Se Socialstyrelsens rapport ”Barn som fötts efter givarinsemination” (SoS-rapport 2000:6). (Här kan inskjutas att även i t.ex. norsk rätt har numera spermadonatorns anonymitetsrätt upphävts. Genom en lagändring år 2003 har nu sålunda i norsk rätt den som är född ”etter assistert befruktning ved hjelp av donorsæd ved fylte 18 år rett til å få opplysninger om sædgivers identitet”, se Smith och Lødrup, Barn og foreldre, 6.utg., 2004, s. 47.

Vad slutligen angår litteraturen på området för uppsatsen kan nu tilläggas Singer, Vem är jag? – En fråga om fastställande av ursprung (i Strøm Bull, m.fl. red., Bonus Pater Familias, Festskrift til Peter Lødrup 70 år, 2002, s. 627ff.)

Något om barns rättigheter i ett europeiskt perspektiv

1. Inledning

Det sekel som betecknats som ”Barnets århundrade” går mot sitt slut.[1] Det måste medges att barns rättigheter, särskilt då vad gäller den s.a.s. ”familjerättsliga barnrätten”, under detta århundrade avsevärt stärkts såväl i vårt land som i de flesta andra europeiska länder. Även solen har dock som bekant sina fläckar. Så gott som dagligen blir vi genom massmedia informerade om mycket allvarliga kränkningar av barns rättigheter i Sverige och på andra håll i Europa.

I denna uppsats redogör jag först något för internationellt samarbete av betydelse för barns rättigheter i Europa (2). – Därefter söker jag att på några olika områden se på frågan om barns rättigheter i Sverige varvid i exemplifierande syfte också förhållandena på samma områden i några andra europeiska länder berörs (3). – Någon mera heltäckande och systematiskt genomarbetad undersökning på det aktuella området är det inte fråga om.[2]

[1] Key, E., Barnets århundrade, 1900.

[2] Någon rättsteoretisk analys av begreppet ”barns rättigheter” har jag inte ansett här nödvändig. Se härom i stället t.ex. Freeman, M. & Veerman, Ph., ed., The Ideologies of Children’s Rights, 1992 och Sund, L.G., Rättigheters funktioner och generella skyddsobjekt, särskilt barn i TfR 1994, s. 166 ff.

2. Internationellt samarbete

Globalt samarbete

När det gäller frågan om internationellt samarbete av betydelse för barnens rättigheter i Europa må här först erinras om den av Nationernas Förbund år 1924 antagna *deklarationen* om barnets rättigheter (den s.k. Genèvedeklarationen), varigenom ”barnets rättigheter” blev ett internationellt erkänt begrepp samt om den år 1959 av FN antagna *deklarationen* om barnets – i tio olika punkter uttryckta – rättigheter.[3] Som principförklaringar skall betydelsen av dessa två endast moraliskt förpliktande deklarationer inte förringas men deras värde kan dock givetvis inte mätas med den av FN år 1989 antagna *konventionen* om barnets rättigheter och som Polen i FN under det internationella barnaåret tio år tidigare, dvs. 1979, tagit initiativ till. Sverige, som var ett av de länder som mycket aktivt bidrog till tillkomsten av barnkonventionen, ratificerade denna i juni 1990 och den trädde för detta lands vidkommande i kraft den 2 september samma år. Barnkonventionen – som är inriktad på det enskilda barnet och som kan sägas präglas av fyra olika grundläggande principer, nämligen förbud mot diskriminering (art. 2), principen om barnets bästa (art. 3), rätten till liv (art. 6) och rätten att fritt uttrycka sina åsikter i alla frågor som rör barnet självt (art. 12), och som i ett och samma dokument omfattar alla slag av mänskliga rättigheter- är med sina inalles 54 olika artiklar rättsligt bindande för de (nu ca 190) stater som anslutit sig till densamma.[4]

Endast vissa typer av rättigheter – nämligen medborgerliga och politiska sådana, såsom t.ex. rätten till registrering vid födelsen samt att få vetskap om sina föräldrar och bli vårdat av dessa (art. 7), rätten att bli hörd i frågor som rör barnet (art. 12) samt rätten till skydd för privat- och familjeliv (art. 16) – betraktas som absoluta i den meningen att varje konventionsstat är oavsett statens materiella förhållanden

[3] Tidigare internationella överenskommelser rörande barns rättigheter var bl.a. inriktade på att söka få stopp på handeln med unga flickor och på att skydda barn i arbetslivet. Se härom närmare Eriksson, M., Barnets folkrättsliga skydd i SvJT 1988, s. 438 ff.

[4] Jfr not 19 nedan.

skyldig att respektera dem. Realiserandet av andra rättigheter, som har mera ”målsättningskaraktär” – nämligen ekonomiska, sociala och kulturella sådana, såsom t.ex. rätten till hälso- och sjukvård (art. 24), till social trygghet och socialförsäkring (art. 26), barnomsorg (art. 18.3) och till utbildning (art. 28) – har gjorts beroende av statens resurser, vilka dock föreskrivs (art. 4) skall utnyttjas maximalt.[5]

F.n. arbetar en parlamentarisk kommitté (”Barnkommittén”) med att göra en bred översyn av hur svensk lagstiftning och praxis förhåller sig till barnkonventionens bestämmelser. Denna avlämnade i juni 1996 delrapporten Barnkonventionen och utlänningslagen (SOU 1996:115), vari kommitténs sypunkter på den fråga som titeln anger och som kommittén fått i uppdrag att behandla med förtur redovisas.[6] – Slutligen kan nämnas att frågan om huruvida barnkonventionen – i likhet med den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (jfr nedan) – bör inkorporeras med svensk rätt har vid flera tillfällen diskuterats i riksdagen.[7]

Även vissa konventioner på det internationellt privaträttsliga området är av intresse för frågan om barns rättigheter. En i svenskt lagstiftningsarbete mycket aktuell sådan är den av Haagkonferensen för internationell privaträtt i maj 1993 antagna konventionen om skydd

[5] Jfr t.ex. Barnkonventionen och utlänningslagen. Delrapport av Barnkommittén, SOU 1996:115, s. 30 f.

[6] Se närmare härom nedan under 3. – För granskning av konventionsstaternas framsteg i fråga om förverkligandet av barnets rättigheter enligt konventionen finns en kommitté bestående av ”tio experter med högt moraliskt anseende och erkänd sakkunskap” på barnkonventionens område (art. 43). Jfr nedan i avsnitt 4.

[7] Se härom t.ex. Barnkonventionen och utlänningslagen. Delrapport av Barnkommittén, SOU 1996:115, s. 22. – Konventionen utgör alltså inte svensk lag men skall genom ratifikationen tillmätas stor betydelse vid tillkomsten av nya lagar och andra författningar och vid tolkning och tillämpning av gällande sådana. HD har också i fallet NJA 1993 s. 666 rörande överflyttning av vårdnad från biologiska föräldrar till familjehemsföräldrar enligt regeln i föräldrabalkens 6 kap. 8 § uttryckligen åberopat konventionens bestämmelser om att barnets bästa skall komma i främsta rummet vid alla beslut och åtgärder som rör barnet (art. 3) och att barnet skall äga att fritt uttrycka sina egna åsikter i alla frågor som rör detta samt att därvid dessa åsikter skall tillmätas betydelse i förhållande till barnets ålder och mognad (art. 12). Jfr SOU 1996:115, s. 22 f.

av barn och samarbete vid internationella adoptioner.[8] I en till riksdagen i februari 1997 överlämnad proposition föreslås att Sverige skall ratificera denna, på principen om barnets bästa byggande, konvention och att den genom en särskild lag skall inkorporeras med svensk rätt.[9] Nämnas bör också att Haagkonferensen för internationell privaträtt i oktober 1996 bl.a. beroende på ett föreliggande behov av revision av 1961 års konvention ”concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of minors” antog en konvention om barns rättsskydd över gränserna (Convention on jurisdiction, applicable law, recognition, enforcement and co-operation in respect of parental responsibility and measures for the protection of children).[10]

Enligt konventionens art. 1 är dess syfte att bestämma vilken stats myndigheter som skall ha rätt att vidta åtgärder till skydd för ett barns person och egendom, att bestämma vilket lands lag som därvid skall tillämpas, att bestämma vilket lands lag som skall tillämpas när det gäller ”parental responsibility”(jfr nedan), att sörja för erkännande och verkställighet av sådana skyddsåtgärder i alla konventionsstater, att etablera sådant samarbete mellan myndigheterna i konventionsstaterna som kan vara nödvändigt för att uppnå konventionens syften. Termen ”parental responsibility” omfattar enligt samma artikel i konventionen ”parental authority, or any analogous relationship of authority determining the rights, powers and responsibilities of parents, guardians or other legal representatives in relation to the person or the property of the child”. Konventionen, som gäller för barn från deras födelse tills de uppnått 18 års ålder (art. 2), är särskilt inriktad på frågor om vårdnad, förmynderskap, fosterhemsplacering och samhällsvård. Den omfattar uttryckligen inte frågor om t.ex. fastställande eller

[8] Se om denna bl.a. Jänterä-Jareborg, M., Convention on Protection of Children and Co-Operation in Respect of Intercountry Adoption, Nordic Journal of International Law 63, 1994, s. 185 ff.

[9] Prop. 1996/97:91. – Se också Internationella adoptionsfrågor. 1993 års Haagkonvention m.m., SOU 1994:137, s. 107 ff.

[10] Se Hague Conf. on Private Int. Law, Prel Doc. No 7, March 1996. Rev. of the Hague Convention of 1961 on the protection of Minors. Preliminary draft Convention on the Protection of Children adopted by the Special Commision and Report by Paul Lagarde.

upphävande av föräldraskap, namn, underhåll, arv, utbildning, eller hälsa. Rätten att vidta åtgärder till skydd för barns person och egendom har enligt konventionen (art. 5) de judiciella och administrativa myndigheterna i den stat som barnet har sitt hemvist.[11]

Europeiskt samarbete

Europarådet

Av största vikt för barns rättigheter i Europa är dock givetvis också bl.a. det arbete som inom Europarådet utförts och utförs på området, ofta resulterande i olika internationella instrument i form av konventioner mellan medlemsstater eller rekommendationer riktade till dessas regeringar och utarbetade av någon av de kommittér, som arbetar under Europarådets ministerkommitté (i fortsättningen ”ministerkommittén”), t.ex. the Committee of Experts on Family Law eller the Social, Health and Family Affairs Committee. Nämnas bör också de europeiska familjerättskonferensernas (The European Conferences on Family Law) stora betydelse för identifiering av, och förslag till arbete för lösandet av, olika europeiska familjerättsproblem samt att frågor rörande barns rättigheter av familjerättslig eller annan art vid flera tillfällen också diskuterats av de europeiska justitieministrarna vid deras konferenser.[12]

En stor del av Europarådets arbete avser den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna från 1950 (”Europakonventionen”), vilken konvention

[11] Exempel på andra internationellt privaträttsliga konventioner av intresse här är 1973 års Haagkonvention om erkännande och verkställighet av avgöranden angående underhållsskyldighet och 1980 års Haagkonvention om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn. Båda dessa konventioner har införlivats med svensk rätt, den förstnämnda genom lagen (1976:108) om erkännande och verkställighet av utländskt avgörande angående underhållsskyldighet och den sistnämnda genom lagen (1989:14) om erkännande och verkställighet av vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn.

[12] Som exempel kan nämnas frågan om sänkning av myndighetsåldern (femte konferensen i London, 1968), vårdnad om barn (sjunde konferensen i Basel, 1972) och betydelsen av principen ”barnets bästa” (sextonde konferensen i Lissabon, 1988). Se Killerby, M., The Council of Europes’s Contribution to Family Law. Rapport framlagd vid den av The International Society of Family Law år 1994 anordnade 8:e världskonferensen (”Families across Frontiers”), s. 5f.

för övrigt sedan 1 januari 1996 genom lagen (1994:1219) gäller som svensk lag.[13] Denna konvention avser inte endast vuxnas utan också barns rättigheter och en underårig kan för övrigt själv föra talan vid Europadomstolen. Flera fall som gällt frågan om barns rättigheter har också behandlats av Europakommissionen och Europadomstolen, i vilka för övrigt klagomålen ibland riktats mot Sverige.[14] – Vidare bör nämnas den europeiska sociala stadgan (The European Social Charter) från 1961, som trädde i kraft 1965 och som i hög grad rör frågan om barns rättigheter. I denna sägs bl.a. att barn och ungdomar skall tillförsäkras särskilt skydd mot ”de risker i fysiskt och moraliskt avseende för vilka de äro utsatta”.[15]

I januari 1996 godtog ministerkommittén ett av the Committee of Experts on Family Law utarbetat förslag till en europeisk konvention om utövandet av barns rättigheter (European Convention on the Exercise of Children’s Rights) vilken konvention samtidigt öppnades för medlemsstaternas undertecknande.[16] Denna konvention utgör med sina 26 olika artiklar ett komplement till barnkonventionen genom att framför allt reglera olika åtgärder av processuell art som kan främja möjligheterna för barn att faktiskt komma i åtnjutande av sina rättigheter enligt FN:s barnkonvention. Denna europeiska konvention antas dessutom kunna bli till hjälp för medlemsstaterna vid uppfyllandet av de krav som artikel 4 i FN:s barnkonvention uppställer, nämligen att konventionsstaterna skall vidta alla lämpliga åtgärder, genom lagstift-

[13] Prop. 1993/94:117, s. 32 ff. – Av propositionen framgår (s. 33) att Europakonventionen är tillämplig gällande rätt i nästan samtliga konventionsstater. Sedan konventionen inkorporerats i svensk rätt är det endast i Storbritannien, Norge och Island som den inte är en del av den nationella lagstiftningen. I de två sistnämnda länderna förbereddes dock enligt propositionen en inkorporering med den nationella rätten.

[14] Se Danelius, H., Mänskliga rättigheter, 5. uppl., 1993 och Eriksson a.a. s. 437 ff.

[15] Se Eriksson a.a. s. 459. – Det bör när det gäller den europeiska sociala stadgan nämnas att de fördragsslutande parterna själva kan fritt välja vilka (dock minst 10) av stadgans artiklar de vill vara bundna av.

[16] Se Council of Europe, ed., European Convention on the Exercise of Children’s Rights and explanatory Report, DIR/JUR (95) 12 Rev, Strasbourg, 8 September 1995. – Se också Killerby, M., The draft European Convention on the Exercise of Childrens’s Rights, The International Journal of Children’s Rights 3., 1995, s. 127 ff.

ning och på annat sätt, för att genomföra de rättigheter som erkänns i konventionen.[17]

Låt mig här slutligen nämna att Europarådets rådgivande församling vid sin ordinarie session i januari 1996 antog en rekommendation om en "European Strategy for Children".[18] I denna (art. 5) uttalas bl.a. att barn "are citizens of the society of today and tomorrow. Society has a long-term responsibility to support children and has to acknowledge the rights of the family in the interest of the child. Responding to children's rights, interests and needs must be a political priority. The Assembly is convinced that respect for children's rights and greater equality between children and adults will help preserve the pact between generations and will contribute towards democracy". Ministerkommittén rekommenderas så bl.a. att verka för att medlemsstater som ej ännu ratificerat FN:s barnkonvention gör detta samt att medlemsstaterna också ratificerar alla Europarådskonventioner som rör barns rättigheter, särskilt den nyss nämnda European Convention on the Exercise of Children's Rights.[19] Ministerkommittén föreslås vidare att, genom en rad olika i rekommendationen upptagna konkreta förslag till åtgärder, verka för att medlemsstaterna tillsammans med Europarådet politiskt prioriterar frågan om barns rättigheter.

Europaunionen (EU)

EU:s (tidigare EG:s) syfte är som bekant att skapa en hemmamarknad med fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital. Enhetsakten, det tillägg till Romfördraget som antogs 1987, och Maastrichtfördra-

[17] Exempel på andra konventioner utarbetade inom Europarådet rörande barns rättigheter är 1967 års konvention om adoption av barn (The European Convention on the Adoption of Children), 1975 års konvention om barn födda utom äktenskap och deras rättsställning (The European Convention on the legal Status of Children born out of Wedlock) och 1980 års konvention om erkännande och verkställighet av avgöranden rörande vårdnad om barn samt om återställande av vård av barn. Sistnämnda konvention har införlivats med svensk rätt genom lagen (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn.

[18] Recommendation 1286 (1996).

[19] Samtliga EU-länder har nu ratificerat FN:s barnkonvention. Se Ruxton, S., Children in Europe, publicerad av NCH Action For Children, 1996, s. 1.

get 1991 har dock ökat möjligheterna för EU-organen att intressera sig även för t.ex. för frågor om mänskliga och medborgerliga rättigheter, hälsa och utbildning och sociala frågor, frågor som alla kan vara av betydelse för barns rättigheter. Genom Europeiska rådets överenskommelse i Maastricht 1991 enades för övrigt EU-staterna om att inleda ett judiciellt samarbete även i bl.a. civilrättsliga frågor, något som givetvis kan tänkas bli av betydelse bl.a. när det gäller frågan om en lagharmonisering av den ”familjerättsliga barnrätten”.[20] I sammanhanget kan också nämnas att det antagits, att harmoniseringsarbetet i fråga om EU:s socialrätt kan komma att aktualisera vissa harmoniseringsbehov även inom familjerätten.[21]

I praktiken har man inom EU – och då framför allt från Europaparlamentets sida – kanske något oväntat på olika sätt visat ett ganska stort intresse för frågor av betydelse för barns rättigheter.[22] Nämnda parlament antog 1991 en resolution rörande barns rättigheter, baserad på rapporten ”Problems of the Children in the European Community”.[23] Parlamentet krävde i denna resolution att samtliga medlemsländer skulle ratificera och i praktisk tillämpning (och utan några reservationer) omsätta FN:s konvention om barnets rättigheter med dess ”barnets bästa-princip”.[24] Enligt parlamentet borde vidare EG

[20] Då lagutskottet avstyrkte bifall till motion L411 vid 1991/92 års riksmöte med yrkande om ett tillkännagivande från riksdagens sida i fråga om satsningar för barnens rätt i ett EG-perspektiv åberopade utskottet bl.a. att det utgick från att regeringen skulle följa utvecklingen av samarbetet enligt nyssnämnda Maastrichtöverenskommelse och att den i den mån detta skulle innebära krav på ändrade regler på familjerättens område skulle komma att ta de initiativ som förhållandena påkallade. Se lagutskottets betänkande 1991//92:LU 30, s. 9.

[21] Se Europagemenskap och rättsvetenskap. Utredning utförd av de juridiska fakulteterna på uppdrag av regeringen, juni 1992, s. 32.

[22] Se närmare om EU:s verksamhet i fråga om barns rättigheter Ruxton a.a. och Svensson, G.M., EU och barnen, Rädda Barnens rapportserie, rev. uppl., 1994. – Av Europaparlamentets olika utskott är det särskilt bl.a. utskotten för juridiska frågor och medborgerliga rättigheter, för sociala frågor och för ungdom, kultur, utbildning och sport som ägnat sig åt barn- och ungdomsfrågor. Se Svensson a.a. s. 24.

[23] Rapportens författare var parlamentsledamoten Lissy Gröner, se Svensson a.a. s. 11.

[24] Se Svensson ibidem. Se också not 19 ovan.

(numera EU) som sådant ansluta sig till FN:s barnkonvention.[25] Parlamentet önskade också se en Europeisk Barnombudsman med uppgift att på alla områden som berör barns rättigheter bevaka deras intressen. Parlamentet har också uppmärksammat problemet med konflikter mellan olika länders nationella lagstiftning ifråga om föräldrars vårdnadsansvar efter skilsmässa, ett problem som givetvis ökat i betydelse i ett Europa med fri rörlighet för människor. Arbete pågår för övrigt nu inom EU med ett förslag till en konvention om bl.a. domstolsbehörighet när det gäller avgöranden i äktenskapsfrågor.[26] – Inom Europakommissionen handläggs viktiga frågor för barn och ungdom främst inom Generaldirektoratet V (DGV), som ansvarar för arbetsmarknads- och socialpolitik. I ett meddelande om familjepolitik 1989 konstaterade kommissionen, att den utveckling som under de senaste årtiondena skett i fråga om familjebildning och familjeupplösning kräver, att familje- och sociallagstiftningen i medlemsländerna anpassas därefter för att skydda barnens rättigheter och välfärd. Kommissionen föreslog också ett antal för medlemsländerna gemensamma aktiviteter och betonade, att verksamheten på området borde ske i samordning med andra organisationer, särskilt Europarådet och FN. Ministerrådet, som också pekade på betydelsen i sammanhanget av kontakter med olika enskilda organisationer representerande familjeintressen (jfr nedan om sådana), ställde sig bakom kommissionens förslag. År 1989 inrättade kommissionen också ett Europeiskt Observatorium för Familjepolitik bestående av ett nätverk av en expert från varje medlemsland med uppgift att följa utvecklingen i de olika medlemsländerna på familjepolitikens område. Enligt observatoriets första rapport (1990) avseende perioden 1988–89 hade under denna tid åtskilliga åtgärder till barns fromma vidtagits i medlemsländerna.

Flera olika enskilda organisationer försöker genom t.ex. s.k. lobbying att påverka EU:s politik.[28] När det gäller det här aktuella området

[25] I sammanhanget kan nämnas att flera enskilda organisationer av olika slag krävt att EU som sådant också skall ansluta sig till Europarådskonventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Frågan härom lär vara under utredning, se Svensson a.a. s. 18.

[26] Uppgift till förf. från Justitiedepartementet.

[27] COM (89) 363 final.

[28] Se till det följande Svensson a.a. s. 23ff.

bör som exempel på sådana nämnas The International Save the Children Alliance, som omfattar ett tjugotal organisationer med verksamhet i ett stort antal länder samt Euro Citizen Action Service (ECAS), bildat 1990 och som tillsammans med organisationen International Forum for Child Welfare (IFCW) i Genève i februari 1991 tog initiativ till ett europeiskt nätverk för barns välfärd, European Child Welfare Network, men som nu bytt namn till European Forum for Child Welfare (EFCW). I januari 1992 öppnade EFCW ett kontor i Bryssel för att bevaka barnaspekter på EG-politiken och koordinera medlemsorganisationernas ”lobbying”. Slutligen vill jag nämna Confederation of Family Organizations in the EC (COFACE). I fråga om denna organisation, som har sitt säte i Bryssel, och som bl.a. bedriver opinionsbildning och lobbyverksamhet, bör här särskilt framhållas att den låtit utföra en omfattande studie av familjerätten i samtliga dåvarande EG:s medlemsländer med särskild inriktning på frågan om barnens ställning i olika typer av ”de facto- familjer”.

3. Barns rättigheter idag

Som nämnts inledningsvis har barns rättigheter då det gäller den ”familjerättsliga barnrätten”, vartill kan räknas frågor om t.ex. fastställande av föräldraskap, vårdnad och umgänge, adoption och om underhåll, successivt stärkts under 1900-talet. Jag skall här uppehålla mig något endast vid de två först nämnda frågorna, dvs. om fastställande av föräldraskap och om vårdnad och umgänge. Låt mig dock först erinra om den mycket betydelsefulla förbättring som ägt rum vad gäller rättsställningen för de barn som i svensk rätt tidigare kallades ”barn utom äktenskap”.[29]

[29] Om inte annat sägs gäller att källorna för de upplysningar om utländsk rätt som lämnas i det följande är Hamilton, C. & Standley, K., Family Law in Europe, 1995, Confederation of Family Organizations in the European Community (COFACE), ed., Family Policies in the Member States of the European Community. III. Family Models and civil Law: Affiliation and its Effects, 1990, och de av The International Society on Family Law ombesörjda årliga översikterna över utvecklingen på familjerättens område (Annual Survey of Family Law) i olika länder och som fram t.o.m. 1994 års översikt publicerats i University of Louisville, ed., Journal of Family Law men därefter i Bainham, A., ed., The International Survey of Family Law. Den senaste årgången av sistnämnda publikation utkom år 1997 och avser förhållandena år 1995.

År 1976 utmönstrades termerna ”barn i äktenskap” och ”barn utom äktenskap” helt ur den svenska lagstiftningen och man skiljer numera i svensk rätt i stället mellan barn fött av gift resp. av ogift mor.[30] Förhållandet är numera detsamma i bl.a. norsk rätt. På Island, där alla skillnader i rättsligt hänseende mellan ”barn födda i äktenskap” och ”barn födda utom äktenskap”avskaffades 1981, slopades dessa termer först genom lagstiftning 1992. Även i schweizisk rätt har termerna ifråga utmönstrats ur lagstiftningen. I vissa andra länder i Europa, såsom i t.ex. Grekland, har den terminologiska förnyelsen på det aktuella området endast inneburit att man avskaffat termerna ”äkta” och. ”oäkta barn” och i stället infört termerna ”barn fött i äktenskap” och ”barn fött utom äktenskap”.

Genom lagstiftning 1969 tillerkändes i Sverige ”utomäktenskapliga barn” samma rätt till arv efter far och fädernefränder som ”barn i äktenskap”. Ett föregångsland i Europa när det gäller likställande av alla barn arvsrättsligt var dock ett annat nordiskt land, nämligen Norge som genomförde sådan lagstiftning redan 1915. Först långt senare har andra länder i Europa, såsom – förutom övriga nordiska länder – Frankrike, Belgien, Schweiz och Tyskland följt efter när det gäller denna fråga.[31] – Som kommer att visas i den följande framställningen kvarstår dock bl.a. i svensk rätt fortfarande på vissa andra familjerättsliga områden, nämligen i fråga om fastställande av faderskap och vårdnad, vissa skillnader mellan barn fött av gift och barn fött av ogift mor.

Fastställande av föräldraskap

Enligt art. 7 i FN:s konvention om barnets rättigheter gäller bl.a. att ett barn skall registreras omedelbart efter födelsen och att det, så långt det är möjligt, har rätt att få vetskap om sina föräldrar samt att en konventionsstat skall säkerställa genomförandet av dessa rättigheter i enlig-

[30] Reformens syfte var att få bort i samhället kvardröjande fördomsfulla attityder mot barn till ogifta mödrar.

[31] I tysk rätt har dock länge gällt att utomäktenskapliga barn inte ansetts som delägare i dödsboet med rätt att tillsammans med övriga dödsbodelägare förvalta boets tillgångar utan arvsrätten har endast inneburit en rätt att utfå ett penningbelopp, dock till sin storlek motsvarande värdet av äktenskapligt barns arvslott. Se Frank, R. i Bainham, A., ed., The International Survey of Family Law, 1994, s. 265 ff.

het med sin nationella lagstiftning och sina åtaganden enligt tillämpliga internationella instrument på området ifråga. I svensk rätt har sedan mycket lång tid tillbaka gällt (och gäller numera enligt folkbokföringslagen (1991:481)) att anmälan om barns födelse skall ske till folkbokföringsmyndigheten. Av denna anmälan skall bl.a. framgå vem som är barnets moder. Några andra regler om moderskapets fastställande har hos oss liksom i de allra flesta andra länder ansetts obehövliga enligt satsen ”mater semper certa est”, eftersom ju nedkomsten vanligtvis utvisar vem som är ett barns moder (”mater est quam gestatio demonstrat”). I ett annat europeiskt land, nämligen Belgien, gällde dock tidigare inte mater semper certa est-regeln i fråga om barn födda av ogift mor utan moderskapet till sådana barn måste i stället fastställas genom moderns erkännande eller av domstol. Detta förklarade Europadomstolen 1979 i fallet Marckx v. Belgien stridande mot Europakonventionens art. 8 om rätten till skydd för bl.a. familjelivet.[32] – Någon rätt för moder att vara anonym finns inte enligt svensk och vanligtvis inte heller i annan europeisk rätt, så dock i fransk och även italiensk rätt.[33] – Nyare folkbokföringsuppgifter om moderskap kan i enstaka fall tänkas vara oriktiga på den grund att barnet avlats genom s.k. äggdonation.[34] Äggdonation tillåts visserligen inte i Sverige – och detta

[32] Jfr t.ex. Danelius, s. 195 f. – Belgisk lag har därefter ändrats på denna punkt. – I Italien däremot gäller dock fortfarande att moderskap till barn fött av ogift mor fastställs genom moderns erkännande.

[33] Om modern av någon anledning skulle vägra att låta registrera sig hos folkbokföringsmyndigheten som barnets mor bör enligt ett uttalande av JO i ett i pressen mycket omskrivet ”hittebarnsfall” (det s.k. ”Enköpingsfallet”) socialnämnden i moderns ställe göra födelseanmälan eller, vid en eventuell vägran från folkbokföringsmyndighetens sida att godta en sådan anmälan, föra talan vid domstol om moderskapets fastställande enligt rättegångsbalkens allmänna regler om s.k. fastställelsetalan. JO betonade, att detta fick anses ligga i socialnämnds allmänna skyldighet när det gäller att ingripa till barns skydd samt att det numera är ett allmänt omfattat synsätt i vårt land att ett barn i princip har rätt att få veta sitt ursprung, se Justitieombudsmännens ämbetsberättelse 1989/90, s. 223 ff. Se vidare om det aktuella fallet Saldeen, Å., Barnets rätt till sitt ursprung (i Rättsvetenskapliga studier tillägnade Carl Hemström, De Lege 1996, s. 254 f.).

[34] Se närmare härom Saldeen ovan i not 33 a.a. s. 251 ff.

bl.a. just på grund av de problem i moderskapsfrågan som sådan för med sig men bl.a. också med hänsyn till andra problem av olika slag, t.ex. psykiska sådana, som kan uppkomma för barnet – men det lär dock ha förekommit att svenska kvinnor fött barn efter att ha genomgått äggdonation i något annat land som tillåter sådan.[35]

I en av Statens medicinsk-etiska råd på regeringens uppdrag i april 1995 avlämnad utredningsrapport om äggdonation och s.k. surrogatmoderskap har dock rådets majoritet föreslagit att äggdonation bör på medicinsk indikation tillåtas för kvinnor i fertil ålder samt att barn avlade på sådant skall ha samma rätt som barn avlade genom s.k. donator- eller givarinsemination att få reda på sitt genetiska ursprung.[36] Utredningsrapporten har remissbehandlats men i skrivande stund ännu ej lett till något förslag till lagstiftning från regeringens sida.

Ifråga om fastställande av faderskap gäller, som här tidigare antytts, inte samma regler för alla barn.[37] Till gift mors barn presumeras utan vidare enligt den på alla håll i Europa gällande s.k. ”pater est-regeln” (”pater est quem nuptiae demonstrant”) den äkta mannen vara far. I svensk rätt innebär denna faderskapspresumtion numera att om modern är gift vid barnets födelse eller om barnet föds å sådan tid efter den äkta mannens död att det kan vara avlat före dödsfallet så presumeras denne vara barnets far (FB 1:1). Före 1977 gällde dessutom fader-

[35] Äggdonation är även otillåten i Norge och Tyskland men tillåten i flertalet andra europeiska länder. Äggdonation när det gäller svenska kvinnor har främst skett i England och Italien. Se Assisterad befruktning. Synpunkter på vissa frågor i samband med befruktning utanför kroppen. Utredningsrapport avlämnad av Statens medicinsk-etiska råd, 1995, s. 25 f. – Tidigare kunde i vissa fall felaktiga folkbokföringsuppgifter om moderskapet bero på att barnförväxling skett å ett sjukhus BB-avdelning. Se härom närmare Saldeen ovan i not 33 a.a. s. 255 f.

[36] Se Statens medicinsk-etiska råd ovan i not 35 a.a. s. 33 ff. – När det gäller frågan om det rättsliga moderskapet vid äggdonation menar rådet, att man torde kunna behålla mater semper certa est-regeln, dvs. den kvinna som föder fram barnet (den ”biologiska” modern enligt rådets terminologi) och inte den kvinna som donerat ägget (den ”genetiska” modern), skall rättsligt anses som barnets mor. Se a.a. s. 37.

[37] Se närmare om fastställande av faderskap Saldeen, Å., Fastställande av faderskap, 1980, Faderskapsfrågan i svensk rättsutveckling efter 1734 års lag, Lakimies 1984, s. 1250 ff. och Barn och föräldrar, 1995, s. 27 ff.

skapspresumtionen ifråga i det fall då kvinna födde barn å sådan efter äktenskapsskillnad att det kunde vara avlat dessförinnan.[38]

Faderskapspresumtionen kan givetvis vara felaktig i det enskilda fallet och det är därför också möjligt att häva den bl.a. genom förande av s.k. negativ bördstalan (FB 1:2). I svensk rätt gäller därvid att taleberättigade är, förutom barnet självt, endast den äkta mannen eller, om han är död, hans arvingar (FB 3:1 och 2).[39] Barnets talerätt är erkänd även i de flesta andra europeiska länder.[40] Tidigare svensk lagstiftning på det aktuella området var utformad bl.a. med hänsynen till det ofta stora intresset för ett barn att räknas som äktenskapligt även om den äkta mannen faktiskt inte var barnets far. Detta tog sig bl.a. uttryck i att lagen på olika sätt begränsade den äkta mannens (dock inte barnets) möjligheter att föra negativ bördstalan, bl.a. genom regler om talefrister.[41] Genom 1976 års lagstiftning slopades alla inskränkningar i den äkta mannens rätt att föra negativ bördstalan. Dessa ansågs nämligen

[38] Samma reform har genomförts i t.ex. norsk rätt. – I främmande rätt – dock inte i övrig nordisk – förekommer ofta att det i lagen anges en viss bestämd tid inom vilken barnet måstre födas efter mannens död (eller efter äktenskapskillnad) (s.k. legal konceptionstid) – t.ex. som i belgisk, fransk, grekisk, italiensk och spansk rätt (300 dagar), tysk rätt (302 dagar) eller nederländsk rätt (307 dagar) – för att faderskapspresumtionen skall gälla. I svensk rätt har man dock funnit att det för undvikande av materiell orättvisa i det enskilda fallet är bäst att frågan om konceptionstiden avgörs från fall till fall med hänsyn till barnets utvecklingsgrad vid födelsen. Se närmare härom Saldeen, Å., Fastställande av faderskap, 1980, s. 79 ff. Se också densamme, Rätt släkt. Om förhållandet mellan rättslig och genetisk släkttillhörighet (i Arv och anor. Årsbok för Riksarkivet och Landsarkiven 1996, s. 109 f.).

[39] Modern har alltså – till skillnad mot vad som gäller i t.ex. dansk, norsk och flera utomnordiska länder – ingen självständig talerätt men kan vara taleberättigad i egenskap av mannens arvinge.

[40] I t.ex. bulgarisk rätt saknar dock barnet talerätt. I grekisk rätt gällde före lagstiftning 1983 att endast den äkta mannen och dennes arvingar hade talerätt men sådan har nu även barnet och modern. Enligt schweizisk rätt kräver barnets talerätt att den presumerade fadern och modern inte längre har gemensamt hushåll samt att talan väcks innan barnet fyller tjugoett år. Jfr om utländsk rätt nedan vid not 43.

[41] Bl.a. stadgades att den äkta mannen måste instämma sin talan senast inom tre år efter kunskap om barnets födelse (enligt 1917 års lag om äktenskaplig börd som gällde fram till ikraftträdandet av föräldrabalken (FB) var preklusionstiden så kort som sex månader).

genom den utjämning som skett när det gäller rättsställningen för barn i resp. utom äktenskap inte längre kunna grundas på att barnet hade ett väsentligt intresse av att få behålla sin ställning som barn till gifta föräldrar. Tvärtom kunde det nu anses ligga inte endast i mannens utan även i barnets intresse att det legala faderskapet upphävdes om detta inte överensstämde med det genetiska.[42] Detta synsätt är däremot inte vanligt i andra europeiska länder. Sålunda gäller ofta i dessa att den äkta mannen måste instämma sin talan inom viss tid, som då vanligen räknas från tidpunkten för, eller för vunnen kunskap om, barnets födelse.[43]

När det gäller fastställande av faderskap till barn fött av ogift mor har i Sverige alltsedan tillkomsten av 1917 års lag om barn utom äktenskap gällt att det anses vara en uppgift för det allmänna (numera genom socialnämnden) att i barnets intresse verka för att faderskapet blir fastställt och detta i princip oberoende av moderns inställning när det gäller behovet härav. I Norge har liknande regler gällt sedan tillkomsten av lagstiftning 1915.[44] I finsk rätt däremot gäller att modern har rätt att motsätta sig att utredning av faderskapsfrågan sker.[45] Den dock alltså i svensk rätt intagna ståndpunkten om det allmännas uppgift i nu aktuellt avseende motiverades från början främst med barnets, men även med moderns och samhällets, ekonomiska intresse av att en man genom fastställt faderskap blev underhållsskyldig mot barnet, något

[42] Prop. 1975/76:170, s. 134. – I mindre god överensstämmelse med detta synsätt får nog den också genom 1976 års lagstiftning införda möjligheten att häva faderskapspresumtionen inte endast genom dom utan också genom det betydligt enklare förfarandet att den äkta mannen och modern skriftligen godkänner en annan mans formenliga faderskapsbekräftelse (FB 1:2, sista st.) anses vara. Jfr härom Saldeen, Å., Barnets rätt till sitt ursprung (i Rättsvetenskapliga studier tillägnade Carl Hemström, De Lege 1996, s. 264 f.).

[43] Denna talefrist är t.ex. i fransk och nederländsk rätt sex månader, i isländsk, italiensk, schweizisk och ungersk rätt ett år, i tysk rätt två år (räknad från den tidpunkt då mannen erhållet kunskap om de omständigheter som talar emot hans faderskap) samt i dansk och norsk rätt tre år.

[44] Ang. norsk rätt se Lødrup, P., Barn og foreldre, 4. utg. 1993, s. 41. I dansk rätt gäller att moder som underlåter att lämna upplysningar i frågan om vem som kan vara barnets far kan straffas med böter. Samtidigt finns dock en regel om att modern kan befrias från upplysningsplikten, vilken regel lär tillämpas mycket liberalt i praxis. Se närmare härom Lund-Andersen, I., m.fl., Familieret, 1990, s. 12.

[45] Se Aarnio, A. & Kangas, U., Äktenskap, arv och testamente, 1995, s. 103.

som bl.a. avspeglades i de äldre reglerna om faderskapets fastställande genom erkännande eller dom, som var så utformade att de gav små garantier för att det fastställda faderskapet verkligen överensstämde med det rätta genetiska förhållandet. År 1969 genomfördes i Sverige, som här tidigare nämnts, en arvsrättsreform innebärande införande av full arvsrätt för utomäktenskapliga barn även i förhållande till fader och fädernefränder. Denna reform, de utomäktenskapliga barnens successivt starkt förbättrade ekonomiska och sociala ställning i samhället genom olika sociala reformer, den förändrade synen på utomäktenskapliga förbindelser och frukterna av sådana, de successivt starkt förbättrade möjligheterna att medicinskt bedöma faderskapsfrågor, en som fader utpekad mans rättssäkerhetskrav och även barns intresse av överensstämmelse mellan rättsligt och genetiskt faderskap resulterade genom lagstiftning 1969 i införandet av nya regler om fastställande av faderskap genom erkännande och dom och som syftar till att möjliggöra säkrare avgöranden i faderskapsfrågor än som tidigare var möjligt. Efter denna reform torde kunna sägas att den på det allmänna, genom socialnämnden, vilande uppgiften att verka för att faderskap till barn fött av ogift mor fastställs nu inte minst kan motiveras med barnets rätt att få vetskap om sitt ursprung.

Liksom det vanliga är i andra europeiska länder kan i vårt land faderskap fastställas antingen genom frivilligt erkännande (numera ”faderskapsbekräftelse”) av den utpekade fadern eller genom rättegång och dom.[46] I fråga om faderskapsfastställelse genom dom gällde före 1969 års reform att styrkt samlag under konceptionstiden mellan modern och den instämde mannen utgjorde en presumtion för faderskap, en presumtion som dock den instämde mannen ägde rätt att söka bryta genom att visa att det var ”osannolikt” att barnet avlats vid detta sam-

[46] När det gäller faderskapserkännande innebar 1969 års reform bl.a. att möjligheten att muntligt (inför t.ex. präst som förde kyrkoböckerna) erkänna faderskapet, en möjlighet som ju knappast lämnade några garantier för erkännandets materiella riktighet, avskaffades och att den regeln i stället infördes att erkännandet (numera bekräftelsen) alltid skall ske genom skriftlig bevittnad handling, som skall godkännas av modern samt av socialnämnden vilken får lämna sådant godkännande endast om det kan antas att mannen ifråga är barnets far. Är barnet myndigt (eller står det enligt FB 6:2 inte under någons vårdnad) krävs i stället barnets eget godkännande (FB 1:4).

lag.[47] Den genom 1969 års lagstiftning införda regeln om faderskapsfastställelse genom dom (numera FB 1:5) innebär inte att styrkt samlag under konceptionstiden mellan modern och instämd man utgör en tillräcklig presumtion för dennes faderskap utan för att en instämd skall kunna fastställas vara barnets far krävs dessutom att det med hänsyn till samtliga omständigheter är sannolikt att barnet avlats av denne (s.k. ”positiv sannolikhetsbedömning” i stället för som tidigare ”negativ sannolikhetsbedömning”). Medan man också i finsk rätt infört liknande regler förekommer i andra länder fortfarande att styrkt samlag under konceptionstiden mellan modern och instämd man skapar en presumtion för dennes faderskap, en presumtion som dock genom motbevisning får brytas.[48]

I svensk rätt har det ända sedan början av 1930-talet varit möjligt för domstol att framtvinga genomförande av blodundersökning eller annan genetisk undersökning vid utredning av faderskap. Detta är inte alltid möjligt i annan europeisk rätt, bl.a. inte i engelsk men parts vägran att gå med på sådan undersökning kan komma att få betydelse vid faderskapsfrågans bedömning.[49]

Ofta har, inte minst i riksdagen, diskuterats om inte en faderskapspresumtion liknande den för äkta mans faderskap borde införas för en med ogift moder vid barnets födelse samlevande man. Då lagutskottet vid 1992/93 års riksmöte avslog en motion härom uttalade utskottet – som betonade de praktiska problemen med att i praktiken avgöra i vilka fall en sådan presumtion skulle gälla och vikten av att reglerna om fastställande av faderskap var så utformade att barns bästa tillgodoses – att den ”nuvarande ordningen för fastställande av faderskap erbjuder betryggande garantier för att det verkligen är den biologiske

[47] Enligt 1917 års lag om barn utom äktenskap, som gällde fram till FB:s ikraftträdande 1950, hade den instämde mannen för att bryta den faderskapspresumtion som styrkt samlag gav upphov till att t.o.m. visa att det var ”uppenbart” att barnet inte avlats vid det samlaget.

[48] Så t.ex. i tysk och grekisk rätt.

[49] Detsamma gäller i skotsk rätt. I grekisk rätt gäller genom lagstiftning 1983 att om en part utan speciella hälsoskäl vägrar att genomgå blodundersökning eller annan genetisk undersökning så godtas motpartens påståenden i faderskapsfrågan. Exempel på länder där sådana undersökningars genomförande kan (liksom i Sverige) framtvingas är Schweiz och Tyskland.

fadern och inte någon annan som fastställs som fader".[50] I isländsk rätt har dock genom lagstiftning 1992 införts en faderskapspresumtion även för ogift, men med modern sammanlevande, man.[51]

Vårdnad och umgänge

När det gäller vårdnad om barn kommer jag här endast att uppehålla mig något vid frågan om gemensam sådan, den vårdnadsform som nu anses generellt sett vara bäst för barnet, oavsett hur föräldrarnas relation gestaltar sig, dvs. t.ex. oavsett om dessa är gifta med varandra eller frånskilda. Enligt art. 18 p. 1 i FN:s barnkonvention gäller också att konventionsstaterna "skall göra sitt bästa för att säkerställa erkännandet av principen att båda föräldrarna har gemensamt ansvar för barnets uppfostran och utveckling ". Den gemensamma vårdnadens betydelse för främjande av goda förhållanden mellan barn och föräldrar har i Sverige och även i många andra europeiska länder bl.a. medfört införande av regler som möjliggör för frånskilda och ogifta föräldrar att ha gemensam vårdnad.[52] I vårt land togs det första steget i denna riktning genom lagstiftning 1976 då möjlighet för sådana föräldrar att efter domstols prövning få gemensam vårdnad infördes.[53] Numera är läget bl.a. det i svensk rätt att den gemensamma vårdnaden enligt huvudregeln fortsätter automatiskt efter en äktenskapsskillnad (FB 6:3, st. 2). I engelsk rätt gäller enligt 1989 års barnlag (The Children Act) att det gemensamma föräldraansvaret kvarstår efter en äktenskapsskillnad och kan upplösas endast på grund av särskilda omständigheter, såsom att en förälder utövat våld mot barnet.[54] Kan föräldrarna inte enas om hos

[50] Se lagutskottets betänkande 1992/93:LU 22, s. 39.

[51] Sålunda gäller att om det genom uppgifter i det nationella s.k. faellesregistret eller på annat otvetydigt sätt framgår att modern och den som far utpekade mannen sammanlevde vid barnets födelse så presumeras denne man vara barnets far.

[52] Som exempel på andra europeiska länder där gemensam vårdnad efter äktenskapsskillnad är möjlig kan nämnas de fyra övriga nordiska länderna, England, Frankrike, Nederländerna, Spanien och Tyskland.

[53] Se närmare om reformarbetet på området t.ex. Saldeen, Å., Barn och föräldrar, 1995, s. 50 ff.

[54] Uppgifterna om utländsk rätt i detta avsnitt är i huvudsak hämtade från - Vårdnadstvistutredningens betänkande Vårdnad boende umgänge, SOU 1995:79, s. 167 ff. Jfr om källmaterialet när det gäller utländsk rätt i denna uppsats ovan vid not 29.

vem av föräldrarna barnet skall bo stadigvarande eller om kontakten med den andra föräldern kan domstol besluta härom.[55]

I fråga om barn som föds av ogift mor gäller i svensk rätt – liksom i de flesta andra europeiska länder – att endast modern blir automatiskt vårdnadshavare vid barnets födelse (FB 6:3, st. 1).[56] På Island gäller dock att om föräldrarna enligt registrering i faellesregistret eller enligt annat otvetydigt bevismaterial bor tillsammans vid barnets födelse så är vårdnaden automatiskt gemensam.[57] Även enligt spansk rätt har föräldrarna gemensam vårdnad från barnets födelse. I svensk rätt gäller dock numera att ogifta föräldrar kan få gemensam vårdnad på ett tämligen enkelt sätt, nämligen genom registrering hos skattemyndigheten, t.ex. efter anmälan av dem båda till socialnämnden i samband med att nämnden skall godkänna en faderskapsbekräftelse (FB 6:4).

Det anses numera också klarlagt, att det för ett barns goda utveckling är mycket viktigt med ett väl fungerande umgänge eller annan kontakt med en förälder som är skild från vårdnaden. I art. 9 p. 3 i FN:s konvention om barnets rättigheter fastslås också rätten för ett barn som är skilt från den ena föräldern att ”regelbundet upprätthålla ett personligt förhållande till och direkt kontakt med båda föräldrarna, utom då detta strider mot barnets bästa”. I svensk rätt har dock redan sedan genomförandet av 1983 års lagstiftning gällt, att det är i första hand barnets behov av umgänge med den förälder som är skild från vårdnaden – och alltså inte som tidigare i första hand denne för-

[55] Jfr spansk rätt där föräldramyndigheten är oavsägbar och därför ligger kvar på båda föräldrarna efter en skilsmässa och frågan om hos vem av dessa barnet skall bo avgörs av domstol.

[56] Även i t.ex. dansk, finsk, norsk, engelsk, nederländsk och tysk rätt gäller att endast modern blir automatiskt vårdnadshavare vid barnets födelse.

[57] Om så inte är fallet blir modern ensam vårdnadshavare även på Island. – I fransk rätt stadgas att om endast en av barnets föräldrar erkänt detta så blir denne ensam vårdnadshavare. Om emellertid båda föräldrarna före barnets ettårsdag erkänt barnet och de därvid bodde tillsammans har de gemensam vårdnad.

älders rätt till umgänge med barnet – som skall tillgodoses.[58] Det är dock enligt gällande svensk rätt inte möjligt för domstol att besluta om umgängesrätt när vårdnaden är eller skall vara gemensam; en fungerande gemensam vårdnad förutsätter f.n. i stället att föräldrarna kan komma överens i alla viktigare frågor, såsom t.ex. om hos vem av föräldrarna barnet skall stadigvarande bo samt när och hur umgänget med den andra föräldern skall utövas. I flera andra europeiska länder är det däremot möjligt för domstol att besluta om umgänge även vid gemensam vårdnad.[59]

Reglerna om vårdnad och umgänge har nyligen varit föremål för översyn av den i oktober 1993 tillsatta ”Vårdnadstvistutredningen”, som år 1995 avlämnade sitt nu remissbehandlade betänkande Vårdnad boende umgänge (SOU 1995:79). Denna utredning har inte ansett sig kunna föreslå införande av en regel om automatisk gemensam vårdnad vid barnets födelse för när det gäller vid denna tidpunkt ogifta föräldrar, dvs. inte ens för vid barnets födelse med varandra samlevande föräldrar. Skälet härtill är närmast det praktiska problemet hos oss att avgöra när ett samboförhållande föreligger. En automatiskt verkande regel om gemensam vårdnad för vid barnets födelse ogifta föräldrar skulle enligt utredningen också i vissa fall inte vara förenlig med barnets bästa, såsom då en av föräldrarna av någon anledning kan anses direkt olämplig som vårdnadshavare. En sådan regel, som ju skulle

[58] Sålunda stadgas i FB 6:15 att barnets vårdnadshavare har att ansvara för att ”barnets behov av umgänge med en förälder som inte är vårdnadshavare eller med någon annan som står barnet särskilt nära så långt möjligt tillgodoses”. Det framgår vidare av denna regel bl.a. att rätten vid bedömande av frågor om umgänge har att ”beakta risken för barnet i samband med utövande av umgänge utsätts för övergrepp, olovligen bortförs eller kvarhålls eller annars far illa”. Betydelsen för barnet av ett fungerande umgänge med en förälder som är skild från vårdnaden kommer också till uttryck i regeln i FB 6:6 a varav framgår att rätten vid bedömande av vad som vid val av vårdnadshavare är bäst för barnet skall fästa särskilt avseende ”vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna”. Om andra omständigheter inte talar däremot bör rätten alltså i fall där gemensam vårdnad inte är aktuell tillerkänna den förälder vårdnaden som kan antas bäst komma att främja ett väl fungerande umgänge mellan barnet och den andra föräldern.

[59] Så i övriga nordiska länder utom Island samt t.ex. i England, Frankrike, Nederländerna och Spanien.

omfatta även barn avlade i tillfälliga förbindelser skulle vidare kunna tänkas ibland medföra att modern vägrade att medverka till utredning av faderskapsfrågan och den skulle leda till gemensam vårdnad även då barnet avlats vid våldtäkt eller annat sexualbrott.

Däremot har utredningen föreslagit att domstol, om detta kan anses vara bäst för barnet, skall även mot en förälders önskan kunna vägra att upplösa gemensam vårdnad eller förordna om sådan, något som är möjligt i vissa andra europeiska länder.[60] För att främja användningen av gemensam vårdnad och för att ytterligare markera denna vårdnadsform som den normala skall vidare enligt utredningens förslag domstol kunna, när föräldrar med gemensam vårdnad inte bor tillsammans, besluta om hos vilken av föräldrarna barnet skall bo. Det skall dock för ett dylikt beslut krävas att föräldrarna inte kan enas eller att de av annan anledning önskar ett sådant beslut. Utredningen har också föreslagit, att domstol skall t.ex. i sådana fall då ett fysiskt umgänge skulle vara skadligt för barnet kunna besluta om annan kontakt än umgänge, såsom telefon- eller brevkontakt med den förälder som barnet inte bor tillsammans med. En sådan möjlighet finns redan på vissa andra håll i Europa.[61] Slutligen skall nämnas att enligt förslaget skall båda föräldrarnas skyldighet att tillse att barnets behov av umgänge eller annan kontakt med denne förälder tillgodoses komma till uttryck i lagen. Denna markering måste anses välmotiverad, eftersom det i praktiken tyvärr inte är ovanligt, att barn en tid efter föräldrarnas skilsmässa förlorar all eller nästan all kontakt med den förälder de inte bor stadigvarande tillsammans med beroende på att någon av föräldrarna inte gör vad som bör göras för att det för barnet vanligen så viktiga umgänget skall fungera.[62] Tyvärr är det dock som bekant inte endast nu berörda förhållande som kan sägas innebära en kränkning av barns rättigheter. I den fortsatta framställningen skall jag beröra några olika förhållanden i vårt land som måste sägas utgöra mycket allvarliga kränkningar av barns rättigheter och jag börjar därvid med barnmisshandel.

[60] Så är fallet i Finland, Norge och Frankrike men däremot inte i t.ex dansk, isländsk, nederländsk eller tysk rätt.

[61] Så i dansk, finsk, fransk, spansk och tysk rätt men däremot inte i t.ex. isländsk eller norsk.

[62] Se närmare härom t.ex. Saldeen, Å., Något om faderns ställning i svensk rätt (i Festskrift till Anders Agell, 1994, s. 577 ff.).

Barnmisshandel

Antalet fall av barnmisshandel har ökat kraftigt under senare år.[63] Denna tragiska utveckling lär, när det gäller av föräldrar utövad barnmisshandel, till en del kunna förklaras av den vanmakt många föräldrar t.ex. p.g.a. arbetslöshet idag känner i en, bl.a. i ekonomiskt avseende, pressad situation.[64] – Barn i invandrarfamiljer lär utgöra en särskilt utsatt grupp när det gäller övergrepp från föräldrars sida. Detta förhållande kan ha flera orsaker, bl.a. synen på barnbestraffning i uppfostringssyfte i den invandrade förälderns hemland. Synen på barnaga är för övrigt något som till en del kan förklara situationen ifråga om barnmisshandel i i Storbritannien. Där lär – förutom sexuella övergrepp – fysisk och psykisk barnmisshandel vara synnerligen frekvent förekommande. Minst fyra barn per vecka, eller drygt 200 barn per år, lär misshandlas till döds i Storbritannien mot fem-sex barn per år i Sverige.[65] I Storbritannien anses barnaga av tradition vara en föräldrarättighet, en rättighet som föräldrar i vårt land förlorade genom lagstiftning redan för trettio år sedan.[66] I Sverige, som år 1979 som första land i världen i lagstiftningen införde ett uttryckligt förbud mot barnaga (FB 6:1),

[63] Under 1995 polisanmäldes drygt ca 5 100 fall av misshandel av barn i åldersgruppen 0–14 år vilket innebär en ökning med ca 50 % om man jämför med förhållandena 1993. Denna ökning kan möjligen till en viss del förklaras av en ökad anmälningsbenägenhet i samhället. Det är viktigt att notera att huvuddelen av all barnmisshandel inte lär utövas av föräldrar utan av jämnåriga barn. Se härom socialdepartementets utredningsrapport Barn idag, Ds 1996:57, s. 239ff. Se om barnaga i äldre tider bl.a. Rembe, A., red. (av Rädda barnen utg.) Barnets rätttigheter, 1991, s. 35.

[64] Vid Akademiska sjukhuset i Uppsala avser man att börja betrakta alla fall av frakturer hos barn under två år som orsakade av misshandel, om ingen annan uppenbar förklaring till skadan hittas, se Svenska Dagbladet (SvD) den 26 oktober 1996. Ang. kritik häremot av rättssäkerhetsskäl se art. ”Akademiska sjukhuset har vänt på bevisbördan ”, SvD den 6 november 1996.

[65] Se t.ex. Dagens Nyheter (DN) och SvD den 26 oktober 1996. – En ytterligare orsak till den för Storbritannien mycket besvärande statistiken kan givetvis också (liksom även i Sverige) vara de problem för många barnfamiljer som orsakats av nedskärningarna när det gäller den sociala välfärden vilka där har varit ännu kraftigare än i vårt land.

[66] Om en anmälan under hösten 1996 till Europadomstolen för mänskliga rättigheter för att de engelska domstolarna inte finner det lagstridigt att föräldrar agar sina barn. Se SvD den 10 september 1996.

har inställningen till barnaga för övrigt blivit alltmera negativ sedan nämnda lagstiftnings införande.[67] Ett uttryckligt förbud i lagstiftningen mot barnaga finns nu även i vissa andra europeiska länder, i varje fall i Norge, Danmark, Finland och Österrike.[68] – Då förutsättningar härför saknades kom dock FN:s barnkonvention inte att innehålla någon artikel med ett uttryckligt förbud mot aga.[69] Enligt art. 19, som riktar sig mot alla former av fysisk och psykisk misshandel av barn, skall emellertid konventionsstaterna ”vidta alla lämpliga lagstiftnings-, administrativa och sociala åtgärder samt åtgärder i utbildningssyfte för att skydda barnet mot alla former av fysiskt eller psykiskt våld, skada eller övergrepp, … misshandel eller utnyttjande, innefattande sexuella övergrepp, medan barnet är i föräldrarnas eller ena förälderns, vårdnadshavares eller annan persons vård”.[70]

Sexuella övergrepp, barnprostitution och barnpornografi

Under senare år har vi ofta haft anledning att uppröra oss över vad som genom massmedia blivit känt om sexuella övergrepp mot barn i vårt eget land och i vissa andra europeiska länder.[71] Ett i skrivande stund mycket aktuellt och synnerligen tragiskt exempel härpå är den belgiska pedofilhärvan som för övrigt framkallat stora protestdemonstrationer mot hela det belgiska rättssystemet. Ett ytterligare mycket färskt

[67] Se SCB, utg., Barn och aga. En undersökning om vuxnas och högstadieelevers inställning, erfarenheter och kunskap, Demografiska rapporter 1996:1.1.

[68] FN:s barnkommitté har beträffande t.ex. Spanien, Storbritannien och Tyskland uttalat att förbud mot barnaga bör införas även i dessa länder. Se Ruxton a.a. s. 12.

[69] Se prop. 1989/90:107, s. 54.

[70] Om straff för misshandel stadgas i brottsbalken (BrB) 3:5 och för grov misshandel i BrB 3:6. Misshandel av barn bedöms ofta som grov misshandel då misshandel av ett försvarslöst barn ofta kan anses som särskilt rå och hänsynslös. Se Beckman, N., m.fl., Kommentar till brottsbalken I. Brotten mot person och förmögenhetsbrott, 1987, s. 172. – Ang. frågan om huruvida vårdnadshavares uppsiktsplikt enligt regeln i FB 6:2 tillåter vårdnadshavare att utöva ett visst straffritt våld se Jareborg, N., Brotten. Första häftet. Grundbegrepp. Brotten mot person, 2 uppl., 1984, s. 194.

[71] Bestämmelser om straff för sexuellt utnyttjande av barn återfinns i 6 kap. i BrB. Dessa har ändrats under senare år, bl.a. 1994 då t.ex. möjligheten att döma för grovt brott infördes och preskriptionstiderna för sexualbrott mot barn förlängdes.

exempel är den i Polen avslöjade pedofilhärvan i vilken enligt uppgift i massmedia ett tusental vuxna personer, varibland några svenskar, lär vara inblandade.

En mycket allvarlig kränkning av barns rättigheter utgör vidare barnprostitution inkl. s.k. sexturism samt barnpornografi. Vad gäller barnprostitution och sexturism kan noteras att detta kommit att bli ett allt större problem inte bara i Västeuropa utan inte minst också i flera länder i Östeuropa, såsom i Polen, Rumänien och Ryssland. I fråga om barnpornografi kan konstateras att trots att produktion och spridning därav förbjöds i Sverige år 1980 har bl.a. två uppmärksammade fall i början av 1990-talet, varav det ena i Norrköping, visat att sådan pornografi fortfarande här levereras till köpare såväl inom som utom landet.[72] Spridningen av barnpornografi som under senare år framför allt skett genom videofilm, har nu också börjat ske via bl.a. Internet och s.k. e-post. Nämnas kan i sammanhanget den möjlighet digital fototeknik nu erbjuder att manipulera inte endast stillbilder utan även rörliga sådana på t.ex. det sättet att ett från början mer eller mindre ”oskyldigt” bildmaterial förvandlas till avancerad pornografi.[73] Sedan en tid tillbaka har i vårt land – inte minst p.g.a. av det nyss omnämnda ”Norrköpingsfallet” – diskuterats frågan om en eventuell kriminalisering av innehav av barnpornografi – något som torde kräva en grundlagsändring (tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen) – och denna fråga utreds f.n. av den s.k. barnpornografiutredningen, som beräknas framlägga sitt betänkande i mars 1997.[74]

[72] Nämnas kan här att riksdagen i april 1995 med en anledning av en motion i denna fattade beslut om att hos regeringen begära att denna söker driva på en utveckling mot hårdare tag inom EU mot barnpornografi. Se Justitieutskottets betänkande 1994/95:JuU14.

[73] Se SvD den 26 februari 1994.

[74] Den parlamentariska barnpornografiutredningen, som egentligen skulle ha avlämnat sitt betänkande redan under sommaren 1996 men som fått anstånd härmed, lär enligt vad som meddelats i massmedia (se t.ex. DN den 23 februari 1997, s. A 6) vara enig om att innehav av barnpornografi skall kriminaliseras men oenig när det gäller de lagtekniska lösningarna. – I dag gäller enligt BrB 16:10 a att den ”som skildrar barn i pornografisk bild med uppsåt att bilden sprids eller som sprider sådan bild av barn döms, om inte gärningen med hänsyn till omständigheterna är försvarlig för barnpornografibrott till böter eller fängelse i högst två år”. Eftersom produktion av barnpornografi förutsätter sexuella övergrepp mot barn

När det gäller frågan om internationellt samarbete för att söka komma tillrätta med problemen med barnpornografi, barnprostitution och andra former av sexuellt utnyttjande av barn kan här först erinras om den (första) världskongress mot barnprostitution, barnpornografi och annat kommersiellt utnyttjande av barn som ägde rum i augusti 1996 i Sverige. På denna kongress, som tilldrog sig ett mycket stort intresse p.g.a. den då nyligen avslöjade belgiska pedofilhärvan, antog företrädare för regeringar i 122 länder tillsammans med bl.a. vissa frivilliga organisationer och olika organ inom FN-familjen en gemensam deklaration samt en handlingsplan ”to assist in protecting child rights, particularly the implementation of the Convention on the Rights of the Child and other relevant instruments, to put an end to the commercial sexual exploitation of children worldwide”.[75] Alla stater anmodas att i samarbete med bl.a. nationella och internationella organisationer ge hög prioritet till åtgärder mot kommersiell sexuell exploatering av barn, att främja ett starkare samband mellan stater och alla sektorer i samhället för att förhindra att barn kommer in i sexhandeln, att kriminalisera kommersiell och annan sexuell exploatering av barn, att fördöma och straffa samtliga inblandade lagöverträdare (in- eller ut-

---

kan även BrB:s övriga gärningsbeskrivningar när det gäller sexuella övergrepp bli aktuella, såsom t.ex. sexuellt utnyttjande av underårig (BrB 6:4) eller sexuellt ofredande (BrB 6:7). I tryckfrihetsförordningen (TF) stadgas att som tryckfrihetsbrott anses bl.a. ”barnpornografibrott, varigenom någon skildrar barn i pornografisk bild med uppsåt att bilden sprids, om inte gärningen med hänsyn till omständigheterna är försvarlig” (TF 7:4, p. 12) och av yttrandefrihetsgrundlagen (YGL) 5:1 framgår bl.a. att gärning som anses som tryckfrihetsbrott i TF 7:4 skall anses som yttrandefrihetsbrott, om den begås i ett radioprogram, en film eller en ljudupptagning som är straffbar enligt lag. Vidare framgår av sistnämnda stadgande (st. 2) att under ”samma förutsättningar skall som yttrandefrihetsbrott anses även sådan olaga våldsskildring varigenom någon genom rörliga bilder närgånget eller utdraget skildrar grovt våld mot människor ... med uppsåt att framställningen sprids, om inte gärningen med hänsyn till omständigheterna är försvarlig”. – Jämlikt den under hösten 1994 antagna lagen (1994:1478) om förverkande av barnpornografi kan skildring av barn i pornografisk bild som påträffas i samband med förundersökning förklaras förverkad, ”om skildringen är av verklighetstrogen karaktär och det inte finns särskilda skäl mot att den förverkas”.

[75] Se Report of the World Congress against commercial exploitation of Children. Stockholm, Sweden, 27–31 August 1996, Part I och II.

ländska) och samtidigt säkerställa att de barn som är offer för den aktuella verksamheten inte bestraffas.[76] Vidare understryks kravet på effektiv tillämpning av gällande lagstiftning om skydd för barn mot sexuell exploatering samt på genomförande av ny behövlig sådan. Genom utbildning, social mobilisering och utveckling skall ett klimat skapas som säkerställer att föräldrar och andra med rättsligt ansvar för barn kan förverkliga sina rättigheter och skyldigheter samt sitt ansvar för att skydda barnen mot kommersiell sexuell exploatering. Senast år 2000 skall nationella handlingsplaner på det här aktuella området ha fastställts. – Slutligen kan nämnas att även EU:s råd för rättsliga och inrikes frågor vid ett möte i slutet av november 1996 enats om bl.a. ett rättsligt samarbete mellan medlemsländerna när det gäller att söka komma tillrätta med det här aktuella problemet.[77]

4. Slutord

Här har redogjorts något för internationellt samarbete, globalt och europeiskt, av betydelse för barns rättigheter i Europa. I detta har, inte minst när det gäller tillkomsten av FN:s konvention om barnets rättigheter, Sverige spelat en framträdande roll. Detta land antas genom sitt medlemskap i EU även komma att betyda mycket positivt för utvecklingen ifråga om barns rättigheter i de olika medlemsstaterna. Sverige betraktas nämligen ofta som ett föredöme när det gäller beaktandet av barns intresse i olika frågor som rör dessa, t.ex. de här berörda frågorna om fastställande av föräldraskap och om vårdnad och umgänge. På sistnämnda område bör för övrigt ett genomförande av vårdnadstvistutredningens här redovisade förslag innebära ett ytterligare stärkande av barns rättigheter. FN:s barnkommittés granskning av

[76] Konkret förutsätts bl.a. ett betydligt mera intensifierat samarbete mellan t.ex. Interpol, FN:s barnkommitté samt olika frivilligorganisationer än idag. – Vikten av att de sexuellt utnyttjade barnen ges all social, psykologisk och medicinsk hjälp betonas.

[77] Se Council of the European Union. General Secretariat. Press Release 12104/96 (Presse 346). 1971th Council meeting – Justice and Home Affairs, Brussels, 28/29 November 1996. – Man enades också om att utarbeta ett program för perioden 1996–2000 ”to develop coordinated initiatives on the combating of trafficking in human beings and the sexual exploitation of children, on disappearences of minors and on the use of telecommunications facilities for these purposes.”

Sveriges (socialdepartementet) första rapport (1992) om svensk rätts överensstämmelse med barnkonventionens bestämmelser (Initial Report by Sweden on the Convention on the Rights of the Child) utföll också i huvudsak mycket väl.[78] Vissa anmärkningar ansågs dock kunna riktas mot Sverige, varav en gällde ett av de i denna uppsats behandlade områdena, nämligen barnpornografin.[79] Förhoppningsvis kommer det i Sverige nu pågående lagstiftningsarbetet på detta område liksom det nyligen under världskongressen i Sverige 1996 mot barnpornografi, barnprostitution och andra former av sexuellt utnyttjande av barn beslutade globala, och även det inom EU på detta område beslutade, samarbetet mellan olika stater leda till ett starkt förbättrat skydd för barn i Sverige och på andra håll i Europa mot olika former av sexuellt utnyttjande. Slutligen vill jag endast nämna, att ett i Sverige besvärande problem när det gäller frågan om barns rättigheter i utlänningsärenden har man sökt lösa genom av riksdagen i december 1996 antagna förslag till ändringar i utlänningslagen (1989:529) syftande till att stärka barns rättigheter i sådana ärenden. Bl.a. har i den nya lagstiftningen, som trädde i kraft den 1 januari 1997, införts en portalbestämmelse (1 kap. 1 §, 2 st.) vari fastslås att barnets hälsa, utveckling och bästa i övrigt skall beaktas i alla utlänningsärenden som rör barn.[80]

[78] Se om denna FN-kommitté ovan vid not 6.

[79] Bl.a. framhölls att regeringen borde bevaka att barns bästa beaktades vid genomförandet av de kommunala besparingarna. Se t.ex. socialdepartementets utredningsrapport Barn idag, Ds 1996:57, s. 24f.

[80] Propositionen, prop. 1996/97:25 (Svensk migrationspolitik i globalt perspektiv), byggde på här aktuell punkt på Barnkommitténs delbetänkande Barnkonventionen och utlänningslagen, SOU 1996:115. – Den nya lagstiftningen har – bl.a. p.g.a. det s.k. ”Åsele-fallet” (avvisningen av familjen Sincari) och fallet med den lilla peruanska flickan Evelyn Barrantes – föregåtts av en omfattande diskussion i landet om utlänningslagens överensstämmelse med FN:s barnkonvention. I sistnämnda fall gällde frågan särskilt kollisionen mellan utlänningslagen (UtL) och lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga (LVU). Flickan var omhändertagen med stöd av denna lag men utlänningsnämnden ansåg dock att samhällets intresse av att kunna reglera invandringen måste gå före principen om barnets bästa. Nu har i UtL införts en bestämmelse (2 kap. 4 c §) som möjliggör meddelande av ett tidsbegränsat uppehållstillstånd för barn och vårdnadshavare så länge vård enligt LVU pågår.

Efterskrift

Först bör sägas att de uppgifter som lämnas i uppsatsen om rättsläget i andra länder än Sverige på de olika rättsområden som behandlas i uppsatsen har icke àjourförts.

Till avsnittet 1. (Inledning) kan tilläggas att ”Barnkommittén” år 1997 avlämnade sitt huvudbetänkande Barnets bästa i främsta rummet. FN:s konvention om barnets rättigheter förverkligas i Sverige (SOU 1997:116). Vidare kan tilläggas att 1993 års Haagkonvention om skydd av barn och samarbete vid internationella adoptioner ratificerades av Sverige år 1997. Konventionen gjordes samtidigt till svensk lag genom lagen (1997:191) med anledning av Sveriges tillträde till Haagkonventionen om skydd av barn och samarbete vid internationella adoptioner, se prop. 2003/04:131. – När det gäller samarbetet inom EU på familjerättens område kan nämnas att år 1998 antogs en konvention om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål bl.a. i vårdnadsfrågor, den s.k. Brysell II-konventionen. Denna konvention kom så att sakligt sett i princip oförändrad att omvandlas till en EG-rättslig förordning, nämligen Förordningen (EG) nr 1347/2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar för makas gemensamma.. Denna, den s.k. Brysell II-förordningen, antogs i maj 2000 och trädde i kraft den 1 mars 2001. Nämna förordning har så upphävts och ersatts av den s.k. Brysell IIa-förordningen vilken har ett mera omfattande tillämpningsområde genom att den när det gäller vårdnadsfrågor inte endast omfattar sådana vårdnadsfrågor som kommer upp i samband med ett äktenskapsmål, se närmare Jänterä-Jareborg, Mot en europeisk (internationell) familjerätt, Juridisk Tidskrift 2001–02, s. 48 ff. och Pålsson, Svensk domstols behörighet att pröva frågor om vårdnaden om barn, SvJT 2004, s. 437 ff.

När det gäller avsnitt 3. (Barns rättigheter, delavsnitten Fastställande av föräldraskap, Vårdnad och umgänge och Sexuella övergrepp, barnprostitution och barnpornografi) kan i fråga om fastställande av moderskap tilläggas att i samband med att äggdonation genom ändring år 2002 (SFS 2002:252, prop. 2001/02:89, 2001/02:SoU16) av lagen (1988:711) blivit tillåten i Sverige har en regel om moderskapet då barn avlats genom äggdonation införts i 1 kap. 7 § Föräldrabalken

(FB) (SFS 2002:251). Regeln innebär att om en kvinna föder barn som tillkommit genom att ett befruktat ägg från en annan kvinna förts in i hennes kropp skall hon anses som barnets mor. Den biologiska modern, dvs. den som föder fram barnet, och inte den genetiska modern, dvs. den kvinna som lämnat ägget, skall m.a.o. anses som barnets mor. Barnet har dock, precis som barn avlade genom s.k. givarinsemination, rätt att, när det uppnått tillräcklig mognad, ta del av de uppgifter om äggdonatorn, som antecknats i sjukhusets särskilda journal (7 § lagen (1988:711) om befruktning utanför kroppen) – Vidare kan i detta sammanhang nämnas följande. Kommittén om barn i homosexuella familjer föreslog i sitt slutbetänkande Barn i homosexuella familjer (SOU 2001:10) att lesbiska par som registrerat sitt partnerskap eller var sambor skulle få tillgång till assisterad befruktning inom den svenska sjukvården. Kommittén föreslog också hur det rättsliga föräldraskapet skulle regleras i dylika fall. Vid remissbehandlingen var många remissinstanser kritiska inte endast när det gällde frågan om lesbiska par över huvud taget skulle få tillgång till sådan befruktning utan även när det gällde förslaget till rättslig reglering av föräldraskapet. Regeringen har ännu inte tagit ställning i den förstnämnda frågan men i departementspromemorian ”Föräldraskap vid assisterad befruktning för homosexuella” (Ds 2004:19) lämnas förslag till hur det rättsliga föräldraskapet skall regleras *om* lesbiska par ges tillgång till assisterad befruktning. Enligt förslaget skall partnern eller sambon till en kvinna som föder ett barn efter assisterad befruktning inom den svenska sjukvården också anses som barnets mor om hon samtyckt till befruktningen och det är med hänsyn till samtliga omständigheter sannolikt att barnet avlats genom denna. Moderskapet skall fastställas genom bekräftelse eller dom för att bli rättsligt giltigt och barnet får alltså i sådant fall två mödrar. Om barnet däremot avlats genom assisterad befruktning utanför den svenska sjukvården skall detta inte gälla utan i sådant fall skall, liksom vad som gäller nu, faderskapet fastställas. Skulle det vara till fördel för barnet och övriga förutsättningar finns kan dock enligt förslaget ett gemensamt föräldraskap för det lesbiska paret åstadkommas genom adoption, se Ds 2004:19, s. 47ff.

När det gäller nordiska rättsjämförande undersökningar i fråga om fastställande av föräldraskap och om vårdnad om barn kan nu hänvisas

till bl.a, Lødrup, Noen farskapsspørsmål – biologiens seier i norsk rett (i Agell & Jänterä-Jareborg, red. Vänbok till Åke Saldeen, De lege 2003, s. 204), Nielsen, Faderskab og moderskab i nordisk belysning (i Strøm Bull, m.fl. red., Bonus Pater Familias, Festskrift til Peter Lødrup 70 år, 2002, s. 481f.), 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 och Danielsen, Nordisk børneret II. Foraeldreansvar. Et sammenlignende studie af dansk, finsk, islandsk, norsk og svensk ret med drøftelser af harmoniseringsmuligheder og reformbehov, Nord 2003:14.

Vidare kan nämnas följande. 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. 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 instämd 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 särskilda 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 bevislättnaden i 5 § (1 kap. Föräldrabalken (FB), min anm.) bör behållas för sådana tillfällen, se Ds 2004:19, s. 67 f. 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.

På grundval av Vårdnadstvistutredningens förslag i SOU 1995:79 genomfördes år 1998 ny lagstiftning, se prop. 1997/98:7. Reformen innebar bl.a. att det i lagen, 6 kap. 2 a §, 1 st. FB) infördes en portalparagraf om att barnets bästa skall komma i främsta rummet vid avgörande enligt 6 kap. FB av alla frågor som rör vårdnad, boende och umgänge. Till 2 st. i nämnda regel (2 a §) har förts den tidigare regeln i 6 kap. 6 a § om att vid bedömningen av vad som är bäst för barnet skall det fästas avseende särskilt vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Till paragrafen i fråga har också förts den tidigare regeln i 6 kap. 15 §, 4 st., 2 p. om att vid beslut om umgänge skall beaktas risken för övergrepp i samband med utövande av

umgänge utsätts för övergrepp, olovligen förs bort eller hålls kvar eller annars far illa. I en ny 2 b §, som har ersatt den tidigare regeln i 6 kap. 10 d §, stadgas att vid avgörande enligt 6 kap. FB av frågor som rör vårdnad, boende och umgänge skall hänsyn tas till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad. Reformen innebär vidare bl.a. lagen numera utgår från att gemensam vårdnad normalt är till barnets bästa; endast ”om det framkommer särskilda omständigheter som talar emot gemensam vårdnad skall”, som framhålles i rättsfallet *NJA 1999 s. 451*, ”vårdnaden anförtros en av föräldrarna ensam. Detsamma blir enligt den uttryckliga bestämmelsen i 6 kap. 5 § 2 st. följden när båda föräldrarna motsätter sig gemensam vårdnad”. Slutligen kan här om 1998 års reform nämnas att det blivit möjligt för rätten att förordna om umgängesrätt även då vårdnaden är gemensam samt att en regel (6 kap. 15 b § FB) införts om fördelning mellan föräldrarna av resekostnader i samband med utövande av umgänge, se vidare om 1998 års reform t.ex. Saldeen, Barn och föräldrar, 2001, Sjösten, Vårdnad, boende och umgänge. Bestämmelserna i föräldrabalken och näraliggande regler, 2 uppl., 2003, Ewerlöf & Sverne, Barnets bästa. Om föräldrars och samhällets ansvar, 1999, Walin & Vängby, Föräldrabalken. En kommentar. Del I. 1–13 kap., 2001 samt Wickström, 1998 års vårdnadsreform och socialtjänsten. Se också Danielsen, Nordisk børneret II. Foraldreansvar. Et sammenlignende studie af dansk, finsk, islandsk, norsk og svensk ret med drøftelser af harmoniseringsmuligheder og reformbehov, Nord 2003:14.

Bestämmelserna i 6 kap. Brottsbalken om sexualbrott har setts över av Sexualbrottskommittén, se betänkandet ”Sexualbrott. Ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor (SOU 2001:14). – År 1999 utvidgades kriminaliseringen i 16 kap. 10 a § Brottsbalken vid befattning med barnpornografi samtidigt som samtliga bestämmelser om barnpornografi i tryckfrihetsförordningen (TF) och yttrandefrihetsgrundlagen (YGL) upphävdes, se prop. 1997/98:43 och 1997/98: KU19 samt 1998/99:KU4.

Något om faderns ställning i svensk rätt

I. Inledning

Tidigt på morgonen söndagen den 3 juli 1994 lämnade jag Cardiff, Wales, med tåg mot London efter att ha deltagit i den av The International Society of Family Law där anordnade 8:e världskonferensen ”Families Across Frontiers” vid vilken också presidentbyte ägde rum i nämnda association. Den president som avgick, och som blev föremål och – inte blott på grund av sitt uppdrag som president utan även på grund av sina mångåriga insatser i övrigt för sammanslutningen ifråga – synnerligen välmotiverade hyllningar, var ingen mindre än föremålet för denna festskrift, kollegan och vännen Anders Agell.

När jag nu satt där på tåget, fann jag det lämpligt att börja fundera på ämne för min festskriftsuppsats. Sedan jag hunnit överväga och också förkasta en del olika alternativ, fick jag av en medpassagerare överta några delar av den högst omfångsrika The Sunday Times, vari på huvuddelens första sida ställdes frågan ”What are fathers for in the 1990s?” hänvisande till en lång bilageartikel med rubriken ”In the name of the father”. I denna, i vilken på ett både mycket underhållande och tankeväckande sätt faderns roll i det nuvarande brittiska samhället diskuterades, konstaterades bl.a. följande:

Fatherhood is a black hole. The collapsing star at its centre is invisible, crushed to dwarflike proportions, its existence apparent only in the perplexing agitation around its once awesome mass. Chips off the old block, unable to escape the parent body's gravitational pull, float aimlessly in new clusters, or crash into each other, or self-destruct. Observers have excitedly focused powerful telescopes on this debris in the hope of finding answers which lie deeply buried in their own folk wisdom.

The alarming effects on children of a father's absence have provided a rich field of research and political mischief. Sociologist, politicians and the media have pounced on findings that such children tend to be more prone to crime, die earlier, have more illness, do less well at school, enjoy lower nutrition, comfort and conviviality, suffer more unemployment and eventually repeat the cycle of unstable parenting from which they sprang.

... It is (the fathers) absence which excites interest, not his presence. Paradoxically, as he recedes in the blur of peripheral vision, he assumes greater importance and an enhanced mythic status.

He is, after all, a doomed species. In the short term, he is earmarked to join the ranks of the divorced. The statistics are inscribed on his puzzled brow. He now knows that 40 % of married men are divorced by their spouse, that 90 % of divorces are initiated by women and that he has only a one in 10 chance of winning custody of his children. He will be temped to string himself up when the Child Support Agency gets him in its range.

For the first time in human history, natural fatherhood can be dispensed with. Infertile women can now visit one of the 167 licensed in vitro fertilisation (IVF) clinics in Britain or, if they are so minded, fertilise themselves with a cup of sperm supplied by a helpful donor and a turkey baster purchased at Woolworth's.

The day has already dawned when he has to categorize himself as the genetic father (the sperm donor), the biological father (the father who implanted the fertilising sperm), the legal father (who in some countries is the sperm donor) or the social father (whom the child regards as a father figure). Such groups may already be meeting for a post-natal cup of tea.

His masculinity is mocked. The qualities of aggression and competitiveness which served society well for 99,9 % of man's tenancy on earth are reviled as neither conducive to family life nor appropriate to pass on to his sons. His hunting ground, the workplace, has been colonised by a new breed of women who by 2001 will represent 55 % of the workforce. As his role as provider becomes diluted, working women increasingly reject and even expel him from the home. The hunter has become the hunted..."

Artikeln ifråga gav mig uppslaget till denna undersökning av frågan om faderns ställning i svensk rätt.[1] Uppsatsen är så disponerad att jag först som en bakgrund till undersökningen söker säga något om den förändrade fadersrollen (II). Därefter undersöker jag frågan om faderns ställning när det gäller några av de olika frågor som skulle kunna tänkas behandlas i en sådan undersökning, nämligen reproduktionen (därvid jag främst uppehåller mig vid abortfrågan) (III), fastställande av faderskap (IV), adoption (V), namn (VI) samt vårdnad och umgänge (VII).

II. Den förändrade fadersrollen

1. Den patriarkaliska fadersrollen, vilken här inte torde behöva närmare beskrivas, fick, har det sagts, sin dödsstöt i det samhälle där familjen inte längre anses böra uppfattas som en försörjningsinstitution utan där i stället varje vuxen part anses böra ta ekonomiskt ansvar för sig själv.[2] – En ny fadersroll kan emellertid sägas ha så sakteliga börjat utvecklas.[3] Då samhällets politik rörande barn i slutet av 1940-talet började betecknas som ”familjepolitik” (senare som ”barn- och familjepolitik”) – i stället för som tidigare ”befolkningspolitik”och ännu längre tillbaks ”moderskapspolitik” – har detta ansetts som ett uttryck för att även fadern alltmera börjat betraktas som delaktig i omsorgen om och vården av barnen.[4] När det gäller vården av småbarn förutsattes ändock inom familjepolitiken under lång tid moderns ensamansvar härför. Sedan tillkomsten av 1973 års föräldraförsäkring har det dock varit möjligt icke blott för modern utan även för fadern att erhålla betald

[1] Frågan om faderns rättsställning har tidigare behandlats i utländsk doktrin. Se särskilt Marie-Therese Meulders-Klein, The Position of the Father in European Legislation, International Journal of Law and the Family, Vol. 4, Nr 2, Augusti 1990, s.131ff. Se också Deech, Ruth, The Rights of Fathers: Social and Biological Concepts of Parenthood (i Eekelaar, J. & Sarcevic', P., eds., Parenthood in Modern Society. Legal and Social Issues for the Twenty-first Century, 1993, s. 19 ff.)

[2] Uddenberg, N., Den urholkade fadern. En bok om män och fortplantning, 1982, s. 37.

[3] Se om det moderna faderskapet Hyvönen, U., Om barns fadersbild, Ak. avh., 1993.

[4] Ohlander, A.-S., Den historiska konflikten mellan produktion och reproduktion (i Agell, A., Arve-Parés, B. & Björnberg, U., red., En antologi från ett forskarseminarium, Socialvetenskapliga forskningsrådet, 1993, s. 27 f.).

ledighet för vård av barn. Utvecklingen när det gäller fäders utnyttjande av föräldraledighet har dock gått långsamt.[5] Hur läget ser ut idag när det gäller denna och andra frågor av betydelse för dagens fadersroll ger vissa av SCB ganska nyligen presenterade uppgifter besked om.

2. Båda ett barns föräldrar är numera oftast förvärvsarbetande. Sålunda hade enligt 1991 års arbetskraftsundersökning 1,1 miljoner barn en mor och 1,4 miljoner barn en far, som var i arbete en genomsnittlig vecka år 1991.[6] Fäderna till 80 % av de barn, som har samboende föräldrar var detta år i arbete.

Den lagliga möjligheten till långledighet från arbete för vård av barn utnyttjas icke oväntat fortfarande främst av mödrarna. Enligt 1991 års arbetskraftsundersökning togs detta år 182 000 barn om hand av en föräldraledig samboende mor men endast 10 000 barn av en föräldraledig samboende far. 7 000 barn togs om hand av en föräldraledig ensamstående mor. Ensamstående fäder tog inte ledigt några längre perioder för vård av barn. Om man inräknar även korta ledigheter för vård av barn hade under en genomsnittlig vecka 1991 22 000 barn en föräldraledig far och 209 000 barn en föräldraledig mor. Då ensamstående fäder är frånvarande från sitt arbete så är, enligt SCB:s undersökning, skälet härtill mycket sällan vård av barn.

När det gäller barn födda 1989 utnyttjades föräldraledigheten i drygt hälften av fallen endast av modern.[7] 92 % av de tillgängliga ”föräldralediga dagarna” utnyttjades av mödrarna och endast 8 % av fäderna. Det är vanligare bland sambor än bland gifta att fadern utnyttjar för-

[5] Vanligt anförda orsaker härtill är uppfattningen om att det ur familjeekonomisk synpunkt i allmänhet är sämre om fadern utnyttjar föräldraledigheten än om modern gör detta, att en föräldraledig fader riskerar att drabbas av omgivningens, i första hand arbetskamraters och arbetsgivares, ogillande vilket i sistnämnda fall antas kunna inverka negativt på karriärmöjligheterna samt att många mödrar haft svårt att s.a.s. ge upp sitt revir när det gäller skötsel av hem och barn.

[6] Se den av SCB utg., Föräldrars förvärvsliv och barns livsvillkor, Demografiska rapporter 1993:1, s. 28. – Läsaren bör givetvis vara medveten om att förhållandena kan vara något annorlunda idag bl.a. på grund av den långa lågkonjunkturen med ty åtföljande arbetslöshet.

[7] Se SCB utg., Att klara av ... arbete-barn-familj, Demografiska rapporter 1994:1, s. 40f.

äldraledigheten. De gifta fäderna utnyttjar dock flera föräldralediga dagar än de samboende fäderna.

Enligt SCB:s attitydundersökning Familj och Arbete anser drygt 40 % av kvinnorna och 1/3 av männen att idealet för småbarnsfamiljer (familjer med barn under sju år) är att båda föräldrarna arbetar deltid samt har ett delat ansvar för hem och barn.[8] I praktiken är det dock endast 5 % av dagens småbarnsfamiljer som har det så ordnat. Det vanligaste bland sådana familjer (55 % av gifta/samboende med barn under sju år) idag är i stället, att ena föräldern (normalt fadern) arbetar heltid och den andra föräldern (dvs. normalt modern) deltid. Svaren i nämnda attitydundersökning tyder dock alltså bl.a. på, att det finns ett önskemål bland fäderna att få möjlighet att ägna mera tid åt hem och barn. Att ena föräldern arbetar heltid och den andra deltid ansåg ca 30 % av såväl kvinnor som män vara det ideala. Då det gäller förhållandena i praktiken vid undersökningstillfället kan konstateras, att den näst vanligaste alternativet var att båda föräldrarna arbetade heltid. I attitydundersökningen föredrog dock endast ca 10 % av såväl män som kvinnor (något fler män än kvinnor) denna ordning. Den traditionella försörjningsmodellen med förvärvsarbetande fader och hemarbetande moder förordades av 17 % av männen och kvinnorna i attitydundersökningen. Inställningen till det vid undersökningstillfället i den allmänna debatten omdiskuterade förslaget om en kvotering av föräldraledigheten, dvs. att minst en månad av ledigheten skulle vara förbehållen fadern (”pappamånaden”), studerades också och gav till resultat att 42 % av kvinnorna och 37 % av männen var positivt medan 55 % av kvinnorna och 60 % av männen var negativt inställda till förslaget. (Övriga tillfrågade ansåg sig ej kunna ta ställning i frågan.)[9]

[8] Se vid not 7 a.a. s. 12 ff.

[9] Riksdagen beslöt under våren 1994 att föräldrapenningen skall sänkas från 90 till 80 % av den sjukpenninggrundande inkomsten vad gäller tio av föräldraförsäkringens tolv månader. För resterande två månader, av vilka den ena genom riksdagens beslut reserverats för modern och den andra för pappan (”pappamånaden”) skall dock ersättningen även fortsättningsvis utgöra 90 % av nämnda inkomst. Lagändringen träder i kraft den 1 januari 1995 och gäller efter detta datum födda barn. Prop. 1993/94:147 och socialförsäkringsutskottets bet. 1993/94:15.

3. Även om någon jämställdhet mellan könen då det gäller ansvaret för vården av barn och hem inte ännu föreligger så kan väl de nu presenterade uppgifterna ändock sägas visa, att en ny fadersroll är på väg att utvecklas; det är alltså fråga om en fader, som inte blott har att nöja sig med att fatta viktigare beslut rörande barnen, att försörja dessa eller att tjäna som en förebild utan om en far, som tar aktiv del i den nödvändiga dagliga omsorgen om och vården av barnen. Man kan också uttrycka det så, att mannen ”*har i stor utsträckning blivit far till barnen på samma sätt som kvinnan är mor*”.[10] (Kurs. här.) Resultaten av den här aktuella attitydundersökningen pekar också hän mot att allt fler föräldrar uppfattar denna fadersfigur som den ideala.[11] Det är mot denna bakgrund vi nu skall se litet på den svenska faderns rättsställning på de inledningsvis nämnda utvalda områdena.

III. Reproduktionen

1. Under denna rubrik är avsikten främst att se något på frågan om faderns ställning vid *abort*. Inledningsvis tar jag mig dock friheten att säga något om faderns roll då det gäller *reproduktionen* som sådan, även om denna denna fråga icke är av direkt rättsligt intresse. Avslutningsvis tas också upp frågan om samtycke till *användning av vävnad från aborterade foster för medicinska ändamål.*

2. Långt tillbaka i tiden ansågs *reproduktionen* eller barnalstrandet vara en plikt, som gift kvinna hade gentemot sin äkta man, vilken för övrigt kunde förskjuta hustrun, om hon visade sig vara ofruktsam och som kunde förkasta barnet, t.ex. genom utsättning, om han inte ville acceptera detta. Avgörandet av om och när kvinnan skulle bli befruktad låg också i mannens händer genom att tillgängliga preventivmetoder förutsatte manligt användande. Det var alltså mannen, som hade kontrollen över fortplantningen eller kvinnans fruktsamhet. Efterhand började så kvinnliga preventivmedel att utvecklas vilket naturligen minskade mannens och i samma mån ökade kvinnans kontroll över fortplant-

[10] Ohlander a.a. s. 30.

[11] Det är också en uppfattning som lagstiftaren låter komma till uttryck bl.a. i Äktenskapsbalkens 1:2 där det sägs att makar ”skall gemensamt vårda hem och barn och i samråd verka för familjens bästa”.

ningen. Genom introducerandet under mitten av 1960-talet av de högeffektiva, samlagsoberoende, preventivmedlen spiral och p-piller för kvinnor har kontrollen över reproduktionen övergått till kvinnan.[12] Hon kan ju därigenom själv bestämma om och när hon skall bli havande; mannen har inte ens möjlighet att kontrollera om kvinnan använder skyddsmedel eller ej. Detta innebär i realiteten bl.a., att en kvinna kan s.a.s. göra en man till far utan dennes samtycke eller vetskap.[13]

3. Vad gäller då om mannens/faderns ställning när fråga är om *avbrytande av havandeskapet* genom *abort*?[14] Enligt 1938 års lag om avbrytande av havandeskap, som medgav abort endast under vissa bestämda villkor (abortindikationer), gällde (5 §, st. 1) att innan prövning ägde rum huruvida havandeskapet skulle få avbrytas eller ej, så borde, när skäl härför förelåg, tillfälle till yttrande beredas bl.a. det väntade barnets far och detta även utan kvinnans medgivande.[15]

1965 års abortkommittés förslag till ny abortlag byggde på principen om kvinnans självbestämmanderätt ifråga om abortbeslutet. Något hö-

[12] Genom sterilisering, som nu regleras genom 1975 års steriliseringslag, är det möjligt för vissa män att s.a.s. återta kontrollen över reproduktionen. Den pågående forskningen när det gäller utvecklandet av manliga p-piller eller andra slags högeffektiva preventivmedel för män kan givetvis tänkas komma att medföra ett mera generellt återtagande av reproduktionskontrollen från männens sida. Jfr Uddenberg a.a. s. 33 och s. 74 f.

[13] I utländsk doktrin har diskuterats frågan om en man som genom vilseledande uppgifter av kvinnan angående hennes användande av preventivmedel mot sin vilja blivit far skulle kunna med någon framgång förneka faderskapet eller eventuellt göra gällande någon form av skadeståndsanspråk. Se Shifman, P., Involuntary Parenthood: Misrepresentation as to the Use of Contraceptives, International Journal of Law and the Family, Vol. 4, Nr 3, December 1990, s. 279 ff.

[14] Om abortlagstiftningens historia se bl.a. Sexualupplysning och reproduktiv hälsa i Sverige under 1900-talet. Bet. av Svenska Nationalkommittén för FN:s konferens om Befolkning och utveckling, SOU 1994:37, s. 20 ff.

[15] Enligt 1965 års abortkommitté (SOU 1971:58) var tillämpningen i praxis av regeln i 1938 års abortlag om hörande av annan än kvinnan själv skiftande. Allmänt tillämpades dock den principen att kurator sökte kontakt med utomstående endast om kvinnan samtyckte därtill. Kommittén tillade, att det dock torde förekomma, att mannen samt föräldrarna till unga kvinnor kontaktades även mot kvinnans vilja. Se prop. 1974:70 med förslag till abortlag, s. 80.

rande av mannen i abortfrågan förutsattes inte.[16] I propositionen, dvs. till den fortfarande gällande 1974 års abortlag, förklarade dock departementschefen, att det inte kunde ”bestridas att det många gånger kan vara värdefullt att även andra än kvinnan hörs i ett abortärende, eftersom man härigenom kan få en fylligare och mera nyanserad bild av kvinnan och hennes situation”. Enligt departementschefens mening borde ”det därför normalt ingå som ett led i ett abortärende att man med kvinnan tar upp frågan huruvida fadern till det väntade barnet och, när kvinnan är omyndig, hennes föräldrar/(vårdnadshavare, förmyndare) bör kontaktas i ärendet. Ställer sig kvinnan därvid positiv till en sådan kontakt kan det i vart fall vid abort efter 12:e veckan finnas skäl ge dessa personer tillfälle att yttra sig, om det kan ske utan tidsutdräkt och andra olägenheter av betydelse”. Departementschefen delade ”emellertid kommitténs uppfattning att det inte bör förekomma att någon hörs i ett abortärende utan att kvinnan har lämnat sitt medgivande till det. En sådan ordning [var] enligt [hans] mening nödvändig bl.a. av sekretesskäl. Den kvinna som vänder sig till läkare med anledning av inträffad graviditet skall kunna lita på att uppgifter om hennes situation inte förs vidare utan hennes samtycke. En annan ståndpunkt skulle enligt [departementschefens] mening kunna medföra risk för att kvinnan väljer att utföra aborten på illegal väg för att därigenom slippa de olägenheter, som hon finner vara förenade med att andra personer måste höras under det abortförfarande som samhället ställer till hennes förfogande. En utveckling i sådan riktning måste ovillkorligen förhindras.”[17]

Vid riksdagsbehandlingen av propositionen hade socialutskottet bl.a. att ta ställning till en motion vari det yrkades att fadern till det väntade barnet skulle höras i abortärendet, såvida inte särskilda skäl talade

[16] Kommittén var dock inte enig på denna punkt. En reservant menade sålunda, att mannens uppfattning skulle inhämtas, såvida inte särskilda skäl talade däremot. Enligt reservantens uppfattning borde detta vara självklart när fråga var om gifta eller eljest närstående. Vid remissbehandlingen av abortkommitténs förslag ifrågasatte också några av remissinstanserna, om inte mannen eller det väntade barnets far borde beredas tillfälle att ge uttryck åt sin inställning i abortärendet. Se Abortfrågan. Remissyttranden över 1965 års abortkommittés betänkande Rätten till abort (SOU 1971:58), SOU 1972:39.

[17] Prop.1974:70 med förslag till abortlag, s. 80 f.

häremot.[18] Socialutskottet, som avstyrkte motionen, menade dock att departementschefens ställningstagande i propositionen beträffande denna fråga var välgrundat. ”Det bör också beaktas”, förklarade utskottet, ”att för att en lagstadgad rätt för det väntade barnets fader eller kvinnans vårdnadshavare att yttra sig skall bli meningsfull ett visst hänsynstagande måste inrymmas till de skäl för eller mot abortingreppet som dessa anför. Vad gäller aborter före utgången av 18:e veckan står emellertid en sådan ordning i strid med den i det föregående av utskottet biträdda grundtanken om kvinnans principiella rätt att själv avgöra om hon önskar abort eller ej”.[19]

Enligt direktiven för 1980 års abortkommitté, som bl.a. hade undersöka vad den genom 1974 års abortlag införda fria aborträtten inneburit för kvinnor som övervägt och eventuellt fått abort genomförd, borde ”även mannens roll i abortsituationen särskilt uppmärksammas”.[20] Kommitténs betänkande utmynnade bl.a. i förslag om ett förstärkt psykosocialt stöd till alla berörda i samband med abort, dvs. även det väntade barnets far.[21] Det bör tilläggas, att det enligt direktiven inte var aktuellt med någon ändring av abortlagens princip om kvinnans självbestämmanderätt.[22]

I kommitténs betänkande redovisas bl.a. resultaten av olika undersökningar bland abortsökande rörande frågan om mannens delaktighet i abortbeslutet.[23] Sålunda visade t.ex. en enkätundersökning bland ca 460 kvinnor i abortsituation att i 51 % av fallen hade kvinnan och mannen fattat beslut tillsammans, i 21 % av fallen hade kvinnorna fattat beslutet själva efter att ha talat med mannen och i 21 % av fallen hade kvinnorna ensamma beslutat i abortfrågan. I 7 % av fallen hade

[18] Mot. nr 1974:1729.

[19] Socialutskottets bet. SoU 1974:21, s. 34.

[20] Se Familjeplanering och abort. Erfarenheter av ny lagstiftning. Bet. av 1980 års abortkommitté, SOU 1983:31, s. 21.

[21] SOU 1983:31, s. 17.

[22] Se SOU 1983:31, s. 34.

[23] Det kan i detta sammanhang nämnas, att enligt socialstyrelsens i januari 1989 utkomna allmänna råd i fråga om tillämpningen av abortlagen (SOSFS 1989:6) bör kvinnan erbjudas att ta med mannen i det abortrådgivande samtalet. Jfr Den gravida kvinnan och fostret – Två individer. Om fosterdiagnostik. Om sena aborter, SOU 1989:51, s. 67.

kvinnorna fattat beslut om abort mot det väntade barnets fars vilja. I en annan undersökning, omfattande intervjuer med 100 kvinnor, framkom bl.a. att hälften av kvinnorna ansåg, att abortbeslutet varit helt och hållet deras eget samt att 12 % av männen varit negativa till aborten.

Riksdagen har under det senaste decenniet haft att ta ställning till åtskilliga motioner angående abortlagstiftningen. I några, av socialutskottet avstyrkta, motioner har tagits upp den här aktuella frågan om mannens ställning i abortsammanhang.[24] Betydligt fler motioner har dock gällt frågan om konflikten mellan kvinnans fria aborträtt och fostrets rättsskydd, en fråga som blivit särskilt aktuell och problematisk genom den fosterdiagnostiska utvecklingen. Man torde inte helt kunna utesluta en utveckling där resultaten av fosterdiagnostiska undersökningar utvisande från det normala större eller mindre avvikelser hos fostret eller att detta inte har av kvinnan eller av föräldraparet önskade egenskaper, t.ex. ”rätt” kön, kommer att efterhand få allt större betydelse i praktiken vid beslut om abort.[25]

Frågan om fosterdiagnostik och fri aborträtt har för några år sedan behandlats av utredningen om det ofödda barnet.[26] Utredningen, i vars direktiv det *inte* ingick att diskutera den fria aborträtten, intager den ståndpunkten att man inte längre kan betrakta modern och det väntade barnet som *en* individ utan som *två* självständiga individer, båda med anspråk på rättsordningens skydd.[27] Svårigheten att förena denna nya syn på fostret med den fria aborträtten söker utredningen lösa bl.a.

[24] Se t.ex. mot. nr 1992/93: So418 och socialutskottets bet. SoU 1993/94:2, s. 18 ff.

[25] Vanliga abortorsaker är annars numera, att kvinnan inte anser sig kunna eller orka att vid det aktuella tillfället ta emot barnet, att hon anser sig sakna praktiska och/eller ekonomiska möjligheter att klara av barnet, att hon anser sig vara för ung eller för gammal, att barnet kommer olämpligt med hänsyn till hennes yrkeskarriär, att barnet är frukten av en gift kvinnas otrohet eller att relationen till det väntade barnets far är problematisk. Jfr härtill SOU 1989:51, s. 62. Jfr också i not 26 nedan.

[26] Resultatet av utredningens arbete redovisas i dess slutbetänkande Den gravida kvinnan och fostret – Två individer. Om fosterdiagnostik. Om sena aborter, SOU 1989:51. Detta har remissbehandlats men någon proposition i frågan har i skrivande stund ännu ej framlagts.

[27] Samma ståndpunkt intog utredningen i det tidigare betänkandet Skydd för det väntade barnet. Åtgärder mot missbruk m.m. under graviditet, SOU 1987:11.

genom att förklara, att om kvinnan befinner sig i en pressad situation och saknar den psykiska beredskapen att föda barnet ”(h)umanitära skäl talar för att hennes intresse i dessa fall av att få abortera fostret skall få väga tyngre än det i och för sig berättigade intresset hos det spirande människolivet av att få fortsätta att utvecklas till människa”.[28]

Det faller utom ramen för denna uppsats att ta upp en diskussion av frågan om hållbarheten i detta utredningens resonemang. Den tanken förefaller väl dock inte alldeles orimlig att ett allvarligt menat erkännande av fostrets rättsskydd fick som en naturlig konsekvens att visst avseende i ett abortärende måste fästas vid de *skäl* som ligger bakom en havande kvinnas önskemål om abort. Med en sådan ordning – som givetvis skulle innebära en inskränkning i den nuvarande fria aborträtten – borde då också kunna följa, att mannen fick en starkare ställning i abortärendet än han har idag, i varje fall såtillvida att han medgavs rätt att höras i ärendet oavsett kvinnans inställning härtill. Man kan ju inte bortse från det förhållandet att parterna kan ha olika synpunkter i abortfrågan.[29] (”Mannens svaga position blir kanske extra tydlig i de fall då han skulle vilja ha barnet, men kvinnan väljer att göra abort” har det sagts.)[30] (Partsförhållandena i exemplet kan givetvis lika väl tänkas vara omvända.) Alldeles orimlig synes tanken inte vara – om man menar att fostret bör betraktas som en självständig individ och inte endast som en del av kvinnans kropp – att i fall där en intressekonflikt mellan fostrets rätt att födas och moderns rätt till abort föreligger betrakta det väntade barnets far som en möjlig företrädare för fostret i abortärendet.[31] Enligt utredningens mening är det dock t.o.m. i frågan om vem som är berättigad att informeras

[28] SOU 1989:51, s. 78.

[29] Läser man det aktuella betänkandet (SOU 1989:51) kan man dock möjligen få en annan uppfattning i denna fråga. När där i motivtexten inte endast talas om ”kvinnan” då det gäller frågor om abort och fosterdiagnostik, talas det nämligen genomgående om ”kvinnan/föräldrarna” (alt. ”kvinnan/föräldraparet”) eller endast om ”föräldrarna”. Någon ändring i förhållande till gällande rätt föreslås dock inte i fråga om abortlagstiftningen utan i utredningens lagtextförslag talas det alltså endast om ”kvinnan”.

[30] Uddenberg a.a. s. 31.

[31] Rättsligt sett kan dock mannen ej anses som far förrän barnet fötts, om modern var gift, eller förrän faderskapet i särskild ordning fastställts, om modern var ogift vid barnets födelse.

om resultaten av fosterdiagnostiska undersökningar modern som ”*är den enda som i denna situation kan företräda den ofödde*”.[32] (Kurs. här.). Oavsett vad man anser om detta påstående så måste dock medges att en representationsrätt även för mannen är i praktiken av rätt ringa värde, eftersom kvinnan ensam har beslutanderätten i frågan om huruvida abort skall ske eller ej.

Av intresse för den berörda frågan är ett avgörande av Europakommissionen år 1980 (13/5), nämligen i fallet *X v. United Kingdom* (8416/78). I detta fall gjorde klaganden, en engelsk äkta man, gällande dels å det ofödda barnets vägnar att artikel 2 i Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna om rätten till liv kränkts, dels å egna vägnar att artikel 8 i samma konvention om rätten till familjeliv kränkts, eftersom hans hustru mot hans vilja medgivits abort. Kommissionen fann dock att ordet ”person” i artikel 2 inte avsåg den som ej ännu var född samt att i abortfall måste den äkta mannens och potentiella faderns rätt till familjeliv stå tillbaka för kvinnans/moderns rätt, varför kommissionen avvisade klagomålen.[33]

Frågan om en begränsning av den fria aborträtten har under senare år diskuterats vid olika tillfällen i riksdagen. Den diskussionen ger inte anledning att tro, att principen om den fria aborträtten skulle vara på väg att överges.[34] Detta torde man sålunda ha att utgå ifrån, om

[32] SOU 1989:51 s. 101 f. – Enligt utredningen bör kvinnan erhålla information om själva möjligheten att genomföra fosterdiagnostiska undersökningar, om syftet med dessa samt om deras tillförlitlighet och begränsningar och annan liknande information. ”Någon skyldighet att informera mannen eller kräva dennes samtycke till fosterdiagnostik föreligger inte”, förklarar dock utredningen. ”Mannen har emellertid – särskilt om de blivande föräldrarna lever i ett familjeförhållande – en betydelsefull roll i sammanhanget. Enligt vår uppfattning bör alltså också denne så långt möjligt informeras om fosterdiagnostiken på samma sätt som kvinnan”. SOU 1989:51, s. 91.

[33] Jfr Meulders-Klein a.a. s. 134 f.

[34] Se t.ex. socialutskottets bet. SoU 1987/88:2 och 1993/94:2. – Enligt en artikel i Svenska Dagbladet (SvD) den 23 april 1994 visade en s.k. Sifo-undersökning, att endast 6 % av de tillfrågade ansåg, att abort bör tillåtas utan begränsningar. Enligt en artikel i samma tidning den 25 maj 1992 ville dock, enligt en av opinionsinstitutet IMU-Testologen utförd undersökning, 80 % av de tillfrågade behålla nuvarande abortlag och endast 14 % önskade att abort skulle vara förbjuden utom i vissa speciella situationer. Denna undersökning visade också, att stödet för den fria aborten var något större i det socialistiska än i det borgerliga blocket.

man önskar söka lägga fram ett realistiskt förslag om stärkande av den potentiella faderns ställning i abortärenden. Ett sådant förslag är enligt min mening att det väntade barnets far som regel skall – n.b. om han är känd – kunna höras i abortärendet även utan kvinnans medgivande. Frågan om ett havandeskaps avbrytande måste ju kunna antas vara av stor betydelse inte blott för kvinnan utan också för mannen. Icke osannolikt kommer denna betydelse dessutom att öka i takt med utvecklingen inom fosterdiagnostiken. Enligt min mening måste nu såväl fostrets som den potentiella faderns rätt i regel väga tyngre än kvinnans krav på sekretess. Någon större risk för att en ändrad lagstiftning på denna punkt skulle leda till att kvinnan i stället väljer illegal abort bör väl knappast finnas, eftersom förslaget ju utgår ifrån att det fortfarande är hon som har sista ordet i abortfrågan. Det är dock alltså enligt min mening svårt att inse det rimliga i att den potentiella fadern, om kvinnan så vill, hålls helt utanför abortdiskussionen.

4. *Vävnad från aborterade foster* kan användas för olika medicinska ändamål, bl.a. i transplantationsverksamhet för behandling av vissa allvarligare sjukdomar. Lagregler saknas ännu på området och i stället tillämpas i praktiken f.n. vissa av Svenska Läkaresällskapets delegation för medicinsk etik utfärdade etiska riktlinjer. Frågan har dock behandlats av den år 1987 tillsatta s.k. transplantationsutredningen.[35]

När det gäller frågan om vilken betydelse som skall tillmätas mannens synpunkter i den aktuella frågan konstaterar utredningen att delade meningar råder i denna i de etiska regelverken men att flertalet, liksom det svenska, endast uppställer krav på kvinnans samtycke. Utredningen, som anser detta vara ett riktigt ställningstagande, förklarar så att liksom mannens uppfattning får stå tillbaka när det gäller själva abortbeslutet, bör den få stå tillbaka när fråga uppkommer om att använda fostret efter aborten. ”*Det bör t.ex. inte få komma i fråga att mannen inlägger veto mot användningen av fostervävnad därför att han har en uppfattning om fostrets status som står i strid med den kvinnan lagt till grund för beslutet att genomgå abort*”. (Kurs. här.) Utredningen anser dock samtidigt att det många gånger kan ”vara en fördel om mannens synpunkter kommer att ingå i kvinnans beslutsunderlag”. Men då

[35] Se Aborterade foster m.m., SOU 1991:42.

mannens identitet i vissa fall inte är känd, och då det enligt utredningens mening inte kan komma ifråga att införa en regel som skulle göra det möjligt att – ytterst mot kvinnans vilja – fastställa denna, och då det även om det är känt vem mannen är det i vissa fall (t.ex. i våldtäktsfall) kan vara olämpligt att mannen ges tillfälle att yttra sig, blir utredningens slutsats att "*det i praktiken finns utrymme för yttranderätt för mannen endast med kvinnans goda minne. Under sådana förhållanden är det inte motiverat att ge mannen en lagstadgad rätt att yttra sig i fråga om användning av fostervävnad utan den frågan får lösas mellan kvinnan och mannen enskilt*". (Kurs. här.)

Vid bedömande av transplantationsutredningens här ovan redovisade synpunkter synes det vara viktigt, att man känner till att utredningen säger sig ha haft att utgå ifrån den nu gällande abortlagen och de intresseavvägningar som där görs.[36] Man bör väl dock kunna diskutera om principen om kvinnans exklusiva beslutanderätt beträffande själva aborten nödvändigtvis måste få som konsekvens en ensidig beslutanderätt för henne även när det gäller frågan om användning av vävnad från det aborterade fostret. Denna fråga kan väl givetvis många gånger tänkas beröra även mannen djupt, varför det rimliga vore att båda föräldrarnas samtycke krävdes i sådana fall där mannen är känd. En annan ordning kan väl i varje fall inte anses innebära ett stärkande av fadersrollen. Det bör givetvis kunna sägas vara en helt annan sak att mannen/fadern måste acceptera att kvinnan/modern har sista ordet när det gäller själva abortbeslutet. Inom den medicinska verksamheten kan man naturligtvis tänkas ha stort intresse av en regel om krav på endast kvinnans samtycke i det här aktuella fallet men om detta intresse skall gå före mannens intresse av att få sin eventuella uppfattning i frågan beaktad kan väl inte anses alldeles givet.

Det kan vara av intresse att här jämföra med vad som gäller ifråga om mannens ställning när fråga är om *forskning* och *försök på utanför kroppen befruktade ägg*. Enligt lag (1991:115) om åtgärder i forskningseller behandlingssyfte med befruktade ägg från människa kräver sådana åtgärder – som inte får ske senare än fjorton dagar från konceptionen – samtycke av såväl äggdonatorn, dvs. kvinnan, som av spermadonatorn, dvs. mannen. I propositionen hade föreslagits att kvinnans samtycke

[36] SOU 1991:42, s. 56f.

alltid skulle krävas medan krav på mannens samtycke endast skulle föreligga, om detta kunde inhämtas. På socialutskottets förslag gjordes dock kravet på spermadonatorns samtycke obligatoriskt, vilket alltså innebar en skärpning i förhållande till propositionens förslag på denna punkt.[37]

Det kan sålunda konstateras att med transplantationsutredningens förslag skulle mannen ha en starkare ställning när det gäller att bestämma vad som får göras med ett endast fjorton dagar gammalt utanför kroppen befruktat ägg än när det gäller att besluta om vad som får göras med ett utvecklat, aborterat foster.[38]

IV. Fastställande av faderskap

1. En förutsättning för ett barns genetiska fars lagliga rättigheter och skyldigheter i förhållande till barnet är att hans faderskap är rättsligt fastställt.[39] Ur denna synpunkt är det därför givetvis av största betydelse att faderskap till barn blir rättsligt fastställda och detta så snart som möjligt samt att det rättsliga faderskapet verkligen överensstämmer med det rätta genetiska förhållandet. Som nedan skall visas måste faderns ställning även när det gäller frågan om faderskapet anses tämligen svag i förhållande till moderns.

Det är för övrigt givetvis inte är endast ur rättslig synpunkt som det får anses viktigt att det blir utrett, hur det verkligen förhåller sig i faderskapsfrågor. För både barn och fäder kan detta ofta också tänkas vara av mycket stor betydelse ur psykologisk synpunkt. Det är också mycket viktigt för den personhistoriska forskningen och ur medicinsk synpunkt, såsom i transplantationssammanhang men också – och inte minst – genom upptäckten av att en stor mängd sjukdomar är ärftliga. Det kan t.ex. vara av livsavgörande betydelse för en person att få veta

[37] Se Socialutskottets bet. SoU 1990/91:10, s. 19.

[38] Det kan tilläggas, att enligt transplantationsutredningens förslag måste även en konflikt mellan mannen och kvinnan i frågan om hur ett dödfött eller aborterat foster skall tas om hand, dvs. om begravning eller liknande ceremonier skall förekomma eller ej, ”lösas på det sättet att kvinnans ståndpunkt får företräde. En annan lösning skulle i stå i motsättning till de överväganden som ligger bakom abortlagstiftningen och som lägger frågan om avbrytande av graviditeten uteslutande i kvinnans hand”, menar utredningen. Se SOU 1991:42, s. 94f.

[39] Se om denna problematik Saldeen, Å., Fastställande av faderskap, 1980.

om han bär på anlag för en viss ärftlig sjukdom vars utbrott kanske kan förhindras genom en ändrad livsföring eller botas om behandling sätts in i tid.[40] – Tilläggas bör att ett barn enligt artikel 7 p. 1 i den av Sverige ratificerade FN-konventionen om barnets rättigheter har ”så långt det är möjligt, rätt att få vetskap om sina föräldrar”.[41]

Är modern gift (eller nybliven änka) vid barnets födelse behöver som bekant inga särskilda åtgärder för fastställande av faderskapet vidtas, eftersom den äkta mannen då automatiskt presumeras vara far enligt den i Föräldrabalkens (FB) 1 kap. 1 § upptagna s.k. pater est-regeln (”pater est quem nuptiae demonstrant”). Denna faderskapspresumtion kan dock givetvis slå fel i det enskilda fallet. Hur ofta så är fallet går det av naturliga skäl inte att ge något mera bestämt svar på. Som jag tidigare redovisat i annat sammanhang har det dock t.ex. hävdats, att det för inte mindre än omkring 8–10 % av barnen förhåller sig så, att det rättsliga faderskapet är felaktigt.[42] Denna sifferuppgift måste emellertid anses som mycket osäker. Den lär inte grundas på några mera systematiska undersökningar utan i stället på uppskattningar gjorda inom transplantationsverksamheten där man ju kan ha anledning att genetiskt testa far och barn, varvid man alltså i en del fall tvingas konstatera att det inte föreligger ett genetiskt möjligt far–barnförhållande. Vad man nog utan vidare vågar utgå ifrån är att det antal fall varje år där rättsligt och biologiskt faderskap ej överensstämmer i varje fall sannolikt är mycket större än det antal fall där presumtionen för den äkta mannens faderskap faktiskt hävs enligt reglerna därom i FB 1:2. Förmodligen var dock antalet sådana fall ännu vanligare före lagstiftning år 1976 då olika regler som begränsade den äkta mannens rätt att

[40] Jfr härom Eriksson, A. & Saldeen, Å., Parenthood and Science. – Establishing and Contesting Parentage (i Eekelaar, J. & Sarcevic', P., eds., Parenthood in Modern Society. Legal and Social Issues for the Twenty-first Century, 1993, s. 78).

[41] Se prop. 1989/90:107, s. 96, jfr s. 36 f.

[42] Se Saldeen, Å., Faderskapsfrågan i svensk rättsutveckling efter 1734 års lag, Lakimies 1984. s. 1279 f. och Eriksson & Saldeen i not 40 a.a. s. 79. Se också Billstrand, A., Pater est-presumtionen och dess hävande. Teori och praktik. Uppsats i tillämpade studier. Juridiska institutionen, Uppsala universitet, 1985, vari bl.a. redovisas resultaten av en liten empirisk undersökning av den aktuella frågan.

föra talan om hävande av faderskapspresumtionen – bl.a. regler om att talan måste väckas inom viss tid – upphävdes.[43]

Nu nämnda regler var införda till barnets skydd. Detta skulle ej efter lång tid behöva riskera att ryckas upp från sin vanda miljö och dessutom förlora sin ställning som barn i äktenskap. Detta synsätt frångicks genom 1976 års lagstiftning, som i stället i denna fråga utgår från tanken att det bör ligga i både barnets och mannens intresse att det rättsliga faderskapet upphävs, om detta inte överensstämmer med det biologiska.

Självklart förhåller det sig så att regeln om den äkta mannens faderskap i fall där gift kvinna föder barn i de allra flesta fall leder till ett materiellt riktigt resultat. Samtidigt kan man dock inte bortse från det förhållandet att presumtionen om den äkta mannens faderskap förmodligen årligen slår fel i flera fall. I vissa av dessa blir detta tidigt klarlagt. I andra fall kan det dröja lång tid innan det rätta förhållandet uppdagas, kanske tills barnet befinner sig i en känslig tonårsålder eller kanske ända till dess barnet hunnit bli vuxet. I en del fall, slutligen, blir det antagligen över huvud taget aldrig tal om ett ifrågasättande av den äkta mannens faderskap, trots alltså att han i realiteten inte är barnets far.

Det torde inte behövas mycken fantasi för att inse vad alla dessa tre olika situationer kan betyda för – förutom för modern – den äkta mannen, barnet och barnets rätta biologiska far. Här är det dock egentligen endast situationen för den sistnämnde som intresserar. Det hävdas numera alltoftare, att ett barn i regel har stort intresse av få veta sitt rätta biologiska ursprung. Frågan är dock, om det inte måste antas, att också en far normalt har stort intresse att få vetskap om sin avkomma. Vidare är det ju faktiskt så i svensk rätt att – om man bortser från adoptivförhållanden och legala givareinseminationsfall – det är blodsbandet mellan barn och far, som utgör grunden för en fars rättigheter och skyldigheter visavi barnet. I äldre rätt på området innebar dock

[43] Jfr Saldeen i Lakimies 1984, s. 1256. – Det bör påpekas att 1976 års lagstiftning bl.a. även innebar, att faderskapspresumtionen upphörde att gälla i fall där frånskild kvinna födde barn å sådan tid efter skilsmässan att det kunde vara avlat av den f.d. äkta mannen. Detta berodde just på att man antog, att det i dylika fall var vanligt, att en annan man var barnets biologiska far. Se prop. 1975/76:170, s. 132 f.

reglernas utformning att man – med hänsyn till barnets behov av ett stabilt uppväxtförhållande och intresse av att få räknas som äktenskapligt – medvetet också accepterade ett icke biologiskt men väl ett s.k. socialt faderskap som grund för en faders rättigheter och skyldigheter. Senare tiders lagstiftning, bl.a. då den här tidigare nämnda 1976 års, innebär dock alltså – även om det, som skall visas här nedan kan ifrågasättas om den är helt konsekvent – ett betonande av vikten av överensstämmelse mellan rättsligt och biologiskt faderskap.

Mot bakgrund av vad nu sagts bör man kunna ställa frågan om lämpligheten av pater est-regeln. Under förarbetena till 1976 års lagstiftning diskuterades faktiskt frågan om man inte borde avskaffa denna regel och i stället införa regler om att faderskapet, även när modern är gift, skulle fastställas på det sätt som gäller i fall där modern är ogift.[44] Motivet härför var då, att man genom en sådan lagändring skulle skapa likställighet mellan alla barn i denna fråga. Bortsett härifrån hade dock en sådan lagändring också medfört, att faderskapsfrågan i fall där modern är gift vid barnets födelse blivit föremål för i varje fall någon kontroll, även om denna kontrolls effektivitet nog inte bör överdrivas. (Jfr nedan.) Det borde dock finnas andra och enklare lösningar på problemet att söka åstadkomma någon slags kontroll från samhällets sida av att överensstämmelse råder mellan rättsligt och biologiskt faderskap i fall där modern är gift vid barnets födelse. Ett förslag till en sådan lösning har jag redovisat tidigare i annat sammanhang, vilket jag tar mig friheten att här återkomma med.[45]

De flesta barn föds som bekant på sjukhus där den möjliga konceptionstiden in casu beräknas. Genom sjukhusets försorg skulle så en födelseanmälan med den möjliga konceptionstiden däri angiven överlämnas till modern för att av henne senast inom en månad från barnets födelse insändas till skattemyndigheten. I anmälan skulle modern ha att på heder och samvete intyga den äkta mannens faderskap, vilken sedan på samma anmälan skulle kunna bekräfta faderskapet. Om modern däremot inte skulle kunna på angivet sätt intyga den äkta mannens faderskap skulle ärendet överlämnas till socialnämnden för utredning.

[44] Se prop. 1975/76:170, s. 88 f. och lagutskottets bet. LU 1975/76:33, s. 73.
[45] Saldeen i Lakimies 1984, s. 1281.

Möjligen skulle nu beskrivna ordning kunna tillämpas även i samboendefall. (Jfr härom närmare nedan under 2.)

2. Om modern var ogift vid barnets födelse skall enligt FB 1:3 faderskapet om möjligt fastställas genom s.k. faderskapsbekräftelse (FB 1:4) eller dom (FB 1:5). I dessa fall åligger det socialnämnden (FB 2:1) att utreda faderskapsfrågan.[46] Det förhållandet att denna utredningsskyldighet även gäller i sådana numera mycket vanligt förekommande fall där barnets föräldrar visserligen inte är gifta med varandra men sammanlevande har, trots att utredningen i dessa fall vanligen är av mycket enkel beskaffenhet, vid flera olika tillfällen diskuterats i riksdagen med anledning av motioner i frågan.[47] I dessa har t.ex. anförts, att den ogifta fadern är i förhållande till den gifta fadern diskriminerad, eftersom han måste ”för att rättsligen bli far fylla i en integritetskränkande blankett om faderskapet” och att i stället ”en far måste kunna bli far i samma ögonblick som modern blir mor”.[48] Motionärerna har därför, dock utan framgång, krävt införande av en faderskapspresumtion för samboförhållanden liknande den som nu gäller i äktenskap. Då frågan behandlades vid 1992/1993 års riksmöte förklarade lagutskottet, att det inte kunnat finna, att det förelåg några nya omständigheter, som motiverade att riksdagen frångick sin tidigare inställning i frågan. Utskottet tillade, att det var viktigt att reglerna om fastställande av faderskap var så utformade att barnets bästa tillgodosågs. ”Den nuvarande ordningen för fastställande av faderskap erbjuder betryggande garantier för att det verkligen är den biologiske fadern och inte någon annan som fastställs som fader”, fortsatte utskottet. Utskottet pekade vidare

[46] För en fältundersökning (”pilotundersökning”) av socialnämndernas arbete med faderskapsutredningar se Bandstigen, A.-C., Socialnämndernas utredning för fastställande av faderskap. Skriftligt arbete i civilrätt, Juridiska institutionen, Uppsala universitet, ht 1992. Se också Rehn, S., Barnavårdsnämndernas utredning för fastställande av faderskap, Uppsats i tillämpade studier i civilrätt, Juridiska institutionen, Stockholms universitet, 1978. – I förstnämnda uppsats (s. 64) konstaterades bl.a. att ”protokollen som användes av socialnämnderna för faderskapsutredningarna var mycket kortfattade och knapphändigt ifyllda”.

[47] Se t.ex. lagutskottets bet. LU 1985/86:28, s. 2 ff., LU 1988/89:33, s. 33 ff., LU 1990/91:13, s. 29 ff. och LU 1992/93:22, s. 38 ff.

[48] Se LU 1985/86:28, s. 9 f.

med rätta på de praktiska problem ett införande av en faderskapspresumtion för ogifta men sammanlevande föräldrar skulle föra med sig. Folkbokföringen var sålunda inte tillräcklig i sammanhanget och av olika skäl ej heller lagen (1987:232) om sambors gemensamma hem (den s.k. sambolagen). Enligt den lagen får ju i sista hand frågan om huruvida ett samboförhållande i lagens mening föreligger eller ej avgöras av domstol och det kunde knappast komma i fråga att införa ett regelsystem som skulle innebära att det inte gick att ”vid varje givet tillfälle enkelt avgöra om någon verkligen är far till barnet”. De som önskade en mera fullständig rättslig reglering av sitt förhållande hade enligt utskottet att ingå äktenskap. Då det slutligen dessutom numera var möjligt för ogifta föräldrar att få gemensam vårdnad om sina barn genom en anmälan till socialnämnden i samband med faderskapets fastställande, avstyrkte utskottet den då aktuella motionen i frågan.

Av det anförda har framgått att önskemålet om införande av en faderskapspresumtion för ogifta fäder i samboförhållanden svårligen kan tillmötesgås. Detta hindrar emellertid inte att man kan fråga sig om den nuvarande ordningen för fastställande av faderskapet i dylika förhållanden verkligen är den enda tänkbara. Enligt lagutskottet innebär, som framgått ovan, denna ordning ”betryggande garantier” för att faderskapet blir materiellt riktigt fastställt.

Visserligen innebär socialnämndens faderskapsutredning att vissa uppgifter inhämtas från modern och den utpekade fadern men det torde vara synnerligen ovanligt att dessa ifrågasätts och att nämnden vägrar godkänna en faderskapsbekräftelse från mannens sida.[49] Här har tidigare (se ovan under 1) föreslagits en ny ordning för faderskapets fastställande i fall där modern är gift vid barnets födelse, innebärande att hustrun på födelseanmälan efter erhållen uppgift om den

[49] I en dagstidning kunde man under hösten 1994 om att en vad tidningen kallar ”falsk far” nyligen åtalats för brottet ”förvanskande av familjeställning” (BrB 7:3). Mannen ifråga medger, att han av sin sambo övertalats att erkänna faderskapet till ett barn vars riktige far påstås vara en fängslad mördare. Åklagaren ser enligt tidningsartikeln allvarligt på det hela. ”Han pekar på arvsrätten och de medicinska aspekterna som exempel på betydelsen av att ha korrekta besked om släktbanden. Vems gener är det man bär? Vad vet vi i dag om vilken betydelse kunskapen om detta kommer att ha i den medicinska framtiden” undrar åklagaren. Se SvD den 15/10 1994, s. 9. Jfr härtill Eriksson & Saldeen ovan i not 40 a.a. s. 78.

möjliga konceptionstiden in casu har att på heder och samvete uppge hur det förhåller sig i faderskapsfrågan samt att den äkta mannen därefter på samma anmälan kan bekräfta faderskapet. Frågan är om inte ett liknande förfarande för sambofallens del skulle kunna ge i praktiken lika betryggande garantier för en materiellt riktig faderskapsfastställelse som det nuvarande – och av den ogifta fadern (kanske även av modern) stundom som integritetskränkande och diskriminerande uppfattade – socialnämndsförfarandet. (I sambofallen skulle förstås behöva tillkomma att parterna också hade att intyga, att de var sammanlevande under konceptionstiden och vid barnets födelse.)

Att modern är en nyckelfigur när det gäller frågan om huruvida faderskapet till barn fött av ogift mor skall över huvud taget kunna fastställas och dessutom kunna fastställas på ett sätt som överensstämmer med det rätta genetiska förhållandet behöver knappast påpekas. Om modern vid socialnämndens faderskapsutredning av någon anledning vägrar att uppge vem som kan vara far till barnet skall socialnämnden visserligen inte utan vidare låta sig nöja härmed, eftersom nämndens uppgift är att tillvarata barnets intresse av att faderskapet blir fastställt. En samarbetsovillig moder riskerar dock inte att drabbas av några särskilda påföljder, om man bortser från risken att hon kan gå miste om möjligheten att erhålla bidragsförskott för barnet (2 § lagen (1964:143) om bidragsförskott). I en del sådana fall måste man räkna med att fadern över huvud taget aldrig får någon vetskap om möjligheten av sitt faderskap. I andra fall kan man tänka sig att han är väl medveten om att han kan vara far till barnet men är enbart tacksam för moderns tystnad på denna punkt. Man kan dock inte bortse från, att det även kan finnas sådana fall, där en man anser sig ha starka skäl att tro, att han är barnets far och att han dessutom vill ha detta rättsligt fastslaget. Man kunde då möjligen tro att faderns, får man väl anse, högst legitima intresse av att få faderskapet rättsligt fastställt var tillgodosett på det sättet att han medgavs rätt att föra talan vid domstol om faderskapets fastställande. Så förhåller det sig dock inte.[50] Han har i stället ansetts kunna få sina intressen tillräckligt tillgodosedda genom möjligheten att meddela socialnämnden sin upp-

[50] För en ingående behandling av den aktuella frågan se Singer, A., Mannens talerätt vid fastställande av faderskap, SvJT 1992, s. 549 ff.

fattning i faderskapsfrågan. Om modern därvid bestrider mannens uppgifter kan man nog utgå ifrån att socialnämnden som regel inte anser sig kunna vidare utreda frågan om dennes eventuella faderskap. Om socialnämnden så fattar beslut om nedläggande av faderskapsutredningen (FB 2:7) i detta fall inställer sig gärna den frågan om huruvida mannen kan anföra besvär mot detta beslut. Svaret på den frågan är att mannen på detta stadium i en faderskapsutredning inte torde anses som part i ärendet, varför han han ej heller har någon besvärsrätt.[51]

Utsikterna för en man som tror sig vara far till ett barn fött av ogift mor att mot moderns vilja få frågan om sitt faderskap närmare prövad och få detta rättsligt fastställt måste sålunda bedömas som små. I en del dylika fall kan dock mannen tänkas få glädje av en nyligen i barnets intresse vidtagen ändring i sekretesslagen. Uppgifter om enskilds personliga förhållanden i en socialnämndsakt i ett faderskapsärende är sekretesskyddade enligt regeln i sekretesslagen 7:4, innebärande ett s.k. omvänt skaderekvisit. Detta har bl.a. inneburit, att ett vuxet barn, som t.ex. i ett nedlagt faderskapsärende önskat få tillgång till uppgifter i socialnämndsakten för att om möjligt söka vinna kunskap om sitt biologiska ursprung, kunnat med stöd av nämnda lagrum nekas sådan tillgång.[52] Sedan riksdagen vid flera olika tillfällen behandlat frågan har nu den regeln införts i sekretesslagen 7:4 att sekretessen ej hindrar att ”uppgift lämnas till enskild som uppnått myndig ålder om förhållanden av betydelse för att denne skall få vetskap om vilka hans biologiska föräldrar är”.[53] I framtiden kan man alltså tänka sig att en presumtiv far som på grund av moderns inställning inte lyckats realisera sitt önskemål om att få faderskapet fastställt kan till slut ändå

[51] Se Singer a.a. s. 563f. – Antalet barn årligen för vilka faderskapsutredningen nedläggs uppgår till ca 300–400, år 1991 närmare bestämt till 425 och 1992 till 391. Se Statistisk Årsbok för Sverige 1994, tabell 358, s. 303. Ett beslut om nedläggande av faderskapsutredning är dock inte definitivt. Framkommer t.ex. nya omständigheter kan alltså utredningen återupptas.

[52] Då barnet uppnått vuxen ålder upphör socialnämndens skyldighet att utreda faderskapsfrågan, varför barnet ej kan betraktas som part i ärendet. Jfr prop. 1993/94:165, s. 28.

[53] Prop. 1993/94:165 och KU 1993/94:38. Jfr bl.a. KU 1991/92:11 och KU 1992/93:38. – Lagändringen trädde i kraft den 1 juli 1994.

lyckas med detta genom det vuxna barnets agerande.[54] Om barnet är myndigt är det barnet självt som skall godkänna en faderskapsbekräftelse och detta kan också självt föra en talan om faderskapets fastställande genom dom.

Intressant kan vara att notera att lagrådet avstyrkte förslaget om införande av det aktuella undantaget i sekretesslagen. Lagrådet anförde som stöd härför bl.a.:[55]

> Det starka sekretesskydd som i dag råder för uppgifter av ifrågavarande slag har till syfte bl.a. att underlätta utredningen i ärenden om fastställande av faderskap. Genom garantier om sekretess kan modern till ett utomäktenskapligt barn förmås berätta om sitt kanske vidlyftiga sexualliv under konceptionstiden och på så sätt bidra till att faderskapet kan fastställas med större säkerhet. Ställs en mor till ett utomäktenskapligt barn inför utsikten att barnet vid vuxen ålder kan komma att ta del av dessa uppgifter och därigenom kanske få en negativ bild av henne, kan hon bli mindre benägen att medverka i utredningen.
>
> *Det är heller inte självklart att ett utomäktenskapligt barn, för vilket faderskapet har blivit fastställt i vederbörlig ordning, vid myndig ålder skall ha rätt att ta del av innehållet i socialakten för att se om han eventuellt har en annan biologisk far än den som framgår av faderskapsbekräftelsen eller domen i faderskapsmålet. Hans intresse i saken bör vägas mot moderns och övriga berördas intresse av att frågan anses utagerad i och med att faderskapet fastställts på föreskrivet sätt. Nuvarande sekretessbestämmelser möjliggör en sådan intresseavvägning.* (Kurs. här.)

3. Lagrådets citerade och här kursiverade yttrande kan sägas aktualisera den sista fråga rörande fastställande av faderskap som jag här önskar beröra, nämligen frågan om hur långt man bör gå, när det gäller strävan efter överensstämmelse mellan rättsligt och biologiskt faderskap. Den lagstiftning som ägt rum i Sverige på det aktuella området sedan slutet av 1960-talet bygger på uppfattningen att det är viktigt, att det råder överensstämmelse mellan rättsligt och biologiskt faderskap. Detta gäller de genom 1969 års lagstiftning ändrade reglerna om fastställande av faderskap till barn fött av ogift mor och det gäller t.ex. också den här tidigare berörda 1976 års lagstiftning, innebärande bl.a. ett

[54] Enligt en uppgift i DN den 26/8 1994 tar ett hundratal barn – de flesta mellan 30 och 40 år – årligen kontakt med familjerättsbyrån i Stor-Stockholm för att söka efterforska sin okände far.

[55] Se prop. 1993/94:165, s. 95.

slopande av tidigare inskränkningar i den äkta mannens rätt att föra s.k. negativ bördstalan. Bakom den sistnämnda lagstiftningen ligger tanken att det är bäst för både barnet och den äkta mannen att det legala faderskapet upphäves, om detta inte överensstämmer med det rätta biologiska förhållandet och detta oavsett under hur lång tid den äkta mannen gällt som barnets far. Enligt min mening är dock inte den lagstiftning, som på ett eller annat sätt rör faderskapsfrågor helt konsekvent. Ett exempel härpå är en genom lagstiftning 1982 införd regel (1 a §) i lagen (1958:642) om blodundersökning m.m. vid utredning av faderskap. Man torde utan vidare våga utgå ifrån att många av de faderskap till barn födda av ogift mor som fastställts genom faderskapserkännande (numera ”faderskapsbekräftelse”) eller genom dom är materiellt oriktiga. Särskilt bör detta då givetvis gälla äldre avgöranden på grund av dels rättsreglernas utformning, dels ock tidigare bristfälliga möjligheter att medicinskt bedöma faderskapsfrågan. Före nyss nämnda lagändring var det ej möjligt att framtvinga (ny) blodundersökning sedan faderskapet en gång väl fastställts. Detta innebar bl.a. ett försvårande av möjligheterna att beviljas resning i ett faderskapsmål. Genom nämnda lagändring har det emellertid blivit möjligt att framtvinga blodundersökning även i fall där faderskapet tidigare fastställts. Denna möjlighet är dock begränsad på så sätt att det krävs att det efter bekräftelsen (erkännandet) eller domen framkommit omständigheter, som ger anledning till antagande att någon annan man än den som fastställts vara barnets far haft samlag med modern under konceptionstiden. Av departementschefens uttalande i propositionen framgår, att denna begränsning gjordes för att inte relationerna mellan ett barn och dess rättsliga far skulle i onödan störas och därigenom menade man sig också beakta ett av de, som man uppfattade det, starkaste skälen mot lagändringen, nämligen att ett barn inte borde riskera att bli faderlöst lång tid efter sin födelse.[56] Som jag tidigare i annat sammanhang framhållit kan det ifrågasättas, om denna begränsning är rimlig.[57] Den innebär nämligen bl.a., att en (ny) blodundersökning inte kan framtvingas i sådana fall, som avgjordes under perioden efter 1917 fram till 1950 och i vilka den instämde mannen

[56] Prop. 1982/83:8, s. 7.
[57] Se Saldeen i Lakimies 1984, s. 1285 ff.

kanske mycket väl kände till att modern haft samlag under konceptionstiden även med annan man men inte tilläts åberopa detta faktum. Under perioden från 1950 till 1970 fick den instämde mannen visserligen föra bevisning om att även annan man haft samlag med modern men på grund av den mot svaranden mycket stränga faderskapsregeln fick ofta denna bevisning inte någon betydelse för målets utgång. Man kan givetvis inte bortse från risken att en del barn skulle bli rättsligt sett faderlösa om man accepterade en mera vidsträckt möjlighet att med nu tillämpad medicinsk faderskapsdiagnostisk teknik, nämligen DNA-analys, undersöka faderskapsfrågan i tidigare avgjorda fall.[58] Frågan är dock, om inte intresset av att det rättsliga faderskapet överensstämmer med det biologiska – vilket intresse ofta även barnet kan antas ha – borde väga tyngre.[59] Som antytts inledningsvis i detta avsnitt motiveras ett klarläggande av ett barns rätta härstamning icke endast av rent rättsliga skäl utan även av psykologiska, personhistoriska och icke minst av medicinska sådana. Tilläggas bör att i alla de fall en ny rättsgenetisk undersökning av tidigare fastställda faderskap kommer att visa, att den rättsliga fadern också med största sannolikhet är barnets biologiske far detta kan komma att förändra en – beroende på att fadern inte velat tidigare riktigt tro på sitt faderskap – kanske dålig relation mellan far och barn till det bättre. Av nu anförda skäl finns det, enligt min mening, anledning att se över den här aktuella lagstiftningen.

Avslutningsvis vill jag tillägga, att jag givetvis är fullt medveten om att det i vissa fall kan anses bäst för alla parter att ett s.a.s. ”oäkta far–barnförhållande” får bestå. Men detta bör dock alltså i så fall enligt

[58] Med DNA-analys, som från årsskiftet 1993/94 görs i samtliga faderskapsärenden vid Statens Rättsserologiska Institut i Linköping, och som visar variation direkt i arvsmassan, kan man idag utesluta praktiskt taget samtliga felaktigt utpekade män i ett faderskapsärende. Metoden ger också säkrare statistisk värdering av en icke utesluten mans faderskapssannolikhet än tidigare använda blodundersökningsmetoder. Det kan tilläggas att varje år registreras 2000 faderskapsärenden vid nämnda institut, vilket motsvarar blott 2 % av alla nyfödda barn i Sverige. 75 % av ärendena omfattar endast en man, vilken i ca en femtedel av fallen blir utesluten som möjlig far. Se Rättsmedicinalverket. Statens Rättsserologiska Institut, utg., Faderskapsundersökning med DNA-teknik, 1994.

[59] Jfr härtill Eriksson & Saldeen i not 40 a.a. s. 78.

min mening inte ske genom upprätthållande av en p.g.a. lagens faderskapsregler grundad men i själva verket s.a.s. genetiskt ”oäkta” relation utan i stället genom att man genomför en adoption.

V. Adoption

1. Adoption av den som är under aderton år får inte ske utan föräldrarnas samtycke (FB 4:5a, st. 1, p. 1). Samtyckeskravet gäller dock inte förälder som är utan del i den rättsliga vårdnaden om barnet (FB 4:5a, st. 2, p. 1) men denne skall dock om möjligt höras i adoptionsärendet (FB 4:10, st. 2). Reglerna innebär tydligen att en förälder kan mot sin vilja få se sitt barn bli bortadopterat, något som i så fall innebär att alla rättsliga – och kanske också alla känslomässiga – band mellan förälder och barn avklipps. Då det i praktiken är betydligt vanligare, att modern är ensam vårdnadshavare än att fadern är detta gäller också den aktuella frågan i praktiken främst fäder.

I förarbetena till vår första adoptionslagstiftning, dvs. 1917 års lag om adoption, uttalade lagberedningen (LB), att det ”kunde särskilt vad angår det fall att föräldrarna äro separerade eller varit gifta, ifrågasättas att tillerkänna även den av föräldrarna, som ej har barnet i sin vård, ett veto mot adoption. Då emellertid det ofta kan inträffa att sådan fader eller moder har mycket ringa beröring med barnet och följaktligen endast med svårighet kan bedöma frågan om adoptionens lämplighet, samt det dessutom kan befaras att han skulle i vissa fall begagna sig av sin vetorätt till att förskaffa sig själv obehörig fördel har förslaget stannat vid att icke fordra hans samtycke”.[60] I LB:s motiv betonades dock samtidigt, att man i adoptionsärendet borde ta största hänsyn till den icke vårdnadshavande förälderns inställning till adoptionen. I förarbetena till FB kommer denna uppfattning också till uttryck.[61]

Vad som enligt HD kan anses tala emot en adoption mot den biologiske icke vårdnadshavande förälderns vilja är det förhållandet att en adoption medför att rätten till umgänge mellan denne och barnet upphör.[62] HD har dock samtidigt betonat, att man måste i varje enskilt

[60] NJA II 1917, s. 486.
[61] NJA II 1950, s. 60.
[62] Ang. rättspraxis se *NJA 1952 s. 293* och *s. 521, 1965 s. 256* samt *1987 s. 116* och *s. 628.*

fall pröva frågan om vilket värde ett sådant umgänge har för barnet enligt principen om ”barnets bästa”.

2. Frågan om en icke vårdnadshavande förälders ställning i adoptionsärenden togs upp i en motion vid 1985/86 års riksmöte.[63] Motionären, som ansåg att frågan om krav på samtycke vid adoption borde utredas, framhöll bl.a. att om en ”far förlorar sin umgängesrätt leder detta ofta till att fadern och barnet mister alla möjligheter till djupare känslomässiga kontakter”. Lagutskottet, som också ansåg skäl föreligga att närmare utreda frågan om huruvida ett krav på samtycke till adoption från en icke vårdnadshavande förälders sida borde införas i lagstiftningen, anförde bl.a. följande:[64]

> Det förhållandet att den umgängesberättigade föräldern skall höras i adoptionsärendet torde enligt utskottets mening som regel utgöra en garanti för att en förälder inte genom ett tillstånd till adoption berövas sin umgängesrätt om den har ett reellt innehåll. Enligt utskottets mening kan emellertid inte bortses från att det kan förekomma fall där en förälders bristande umgänge med barnet har sin grund i åtgärder från vårdnadshavarens sida och där det således inte är uteslutet att relationerna mellan barnet och föräldern något längre fram i tiden skulle kunna förbättras och fungera på ett för barn och förälder bra sätt. I sådana fall skulle ett krav på samtycke av den umgängesberättigade föräldern till adoption kunna förhindra en adoption som annars kanske skulle komma till stånd.

Enligt förmynderskapsutredningen, som fick uppdraget att närmare utreda den aktuella frågan, blir – eftersom värdet för barnet av umgänge med den icke vårdnadshavande föräldern kan variera från fall till fall – slutsatsen att denna förälder ”lika litet som f.n. bör ha en absolut rätt att förhindra en adoption. En lagändring bör emellertid göras så att det tydligare än idag anges vilken avvägning som bör göras. Utredningen föreslår att det i FB införs en regel om att även en biologisk förälder eller en adoptivförälder som är utan del i vårdnaden skall samtycka till adoptionen men att ett vägrat samtycke inte utgör hinder för ett adoptionsbeslut, om adoptionen ändå kan anses förenlig med barnets bästa. En sådan formulering kan sägas innebära en

[63] Mot. nr 1985/86:L237.
[64] Lagutskottets bet. LU 1985/86:28, s. 8.

kodifiering av vad högsta domstolen har uttalat i rättsfallen på området".[65]

3. Det torde kunna diskuteras, om umgängesfrågan verkligen bör ha den stora betydelse den sålunda fått, när det gäller vilket avseende som skall fästas vid den icke vårdnadshavande förälderns inställning till en adoption. Denna innebär ju ett avklippande av alla rättsliga band mellan barnet och denne förälder, för vilken adoptionen dessutom kan i vissa fall tänkas ha mycket negativa verkningar ur psykologisk eller känslomässig synpunkt. I denna för barn och förälder normalt så livsavgörande fråga bör det väl vara synnerligen viktigt, att man verkligen söker göra klart för sig vad som kan anses vara mest förenligt med barnets bästa inte endast vid adoptionstillfället eller på mera kort utan även på längre sikt. En sådan bedömning kan kanske i vissa fall resultera i det ställningstagandet, att det måste anses vara mest förenligt med barnets bästa, att man i stället för adoption söker vidta åtgärder för att om möjligt få till stånd ett bättre fungerande umgänge mellan barn och här aktuell biologisk förälder.

VI. Namn

1. Enligt 1963 års namnlag gällde att barn i äktenskap vid födelsen automatiskt förvärvade faderns och barn utom äktenskap moderns släktnamn. Nu gäller (1982 års namnlag, 1 §) att om föräldrarna har olika efternamn men tidigare har ett eller flera gemensamma barn som står under deras vårdnad så förvärvar barnet det efternamn, som det senast födda syskonet bär. Saknar föräldrarna i detta fall tidigare gemensamma barn förvärvar barnet det av föräldrarnas efternamn som inom tre månader efter födelsen anmäls till skattemyndigheten. Sker inte sådan anmälan anses barnet enligt en hjälpregel ha förvärvat *moderns* efternamn. Denna hjälpregel innebär sålunda, att man i svensk

[65] Se utredningens slutbetänkande Adoptionsfrågor, SOU 1989:100, s. 167. Någon lagstiftning har ej ännu skett på grundval av betänkandet.

rätt övergivit den starkt historiskt förankrade agnatiska namnföljden för en kognatisk sådan.[66]

2. Frågan om *byte* av underåriga barns *efternamn k*an aktualiseras bl.a. i fall där efter föräldrarnas äktenskapsskillnad (eller separation) en förälder, som är ensam vårdnadshavare önskar att barnet skall byta till dennes efternamn som ogift eller, om vårdnadshavaren och barnet nu lever i en ny relation, till en styvförälders efternamn. Om därvid bytet avser ett efternamn, som bärs av den förälder som ej har del i den rättsliga vårdnaden – dvs. i praktiken vanligast fadern – gäller att denne förälders samtycke krävs för namnbytet ”eller att domstol har funnit att namnbytet är förenligt med barnets bästa”(6 § namnlagen). Kravet på samtycke motiverades i propositionen med att ett namnbyte i den här aktuella typen av fall riskerar kunna störa relationen mellan barn och den icke vårdnadshavande föräldern.[67] Detta förhållande bör givetvis en domstol också beakta vid en domstolsprövning av namnbytesfrågan. Av propositionen framgår vidare att rätten vid sådan prövning i takt med barnets stigande ålder och utveckling bör ta allt större hänsyn till barnets egna synpunkter och önskemål.[68] Viss ledning för domstolsprövningen – vid vilken rätten, om så kan ske, skall höra den vars efternamn barnet bär (45 §, st. 2 namnlagen) – sägs vidare i förarbetena den praxis som utbildats vid tillämpningen av 1963 års namn-

[66] Förändringen motiverades av önskemålet om att reglerna skulle vara lika för alla barn, dvs. oavsett föräldrarnas civilstånd vid barnets födelse. Det var då inte lämpligt att utforma hjälpregeln så att barnet skulle anses ha förvärvat faderns släktnamn, eftersom ifråga om barn födda av ogift mor faderskapet ej alltid är klarlagt vid barnets födelse. Se Nya namnregler. Bet. av namnlagsutredningen, SOU 1979:25, s. 105f.

[67] Prop. 1981/82:156, s. 30. – Det kan nämnas, att namnlagsutredningens bet. Nya namnregler, SOU 1979:25, inte innehöll något förslag om krav på sådant samtycke. Vid remissbehandlingen av betänkandet visade det sig meningarna i denna samtyckesfråga vara delade. Flera remissinstanser anslöt sig till utredningens uppfattning i denna fråga och menade, att en konflikt mellan föräldrarna i namnbytesfrågan inte var något annat än en återspegling av själva skilsmässokonflikten. Andra remissinstanser framförde i stället den uppfattning, som departementschefen i propositionen anslöt sig till. Se Ds Ju 1987:5, Översyn av namnlagen (1982:670), s. 21f.

[68] Prop. 1981/82:156, s. 54.

lag i motsvarande fall kunna ge.[69] Allmänt kan sägas om utvecklingen i rättspraxis att denna gått från en sträng till en mindre sträng inställning till här aktuella namnbyten. Den stränga inställningen har därvid särskilt kommit i uttryck i fall där fråga varit om byte från en biologisk förälders till en styvförälders efternamn.[70]

I fråga om *byte* av ett barns *förnamn* är att märka att det inte föreligger något krav på samtycke från förälder som är utan del i vårdnaden. Detta förhållande diskuterades bl.a. i samband med den översyn av namnlagen som ägde rum omkring mitten av 1980-talet. I den departemetspromemoria som låg till grund för denna översyn konstaterades bl.a., att den icke vårdnadshavande förälderns önskemål om att få vara med och bestämma om barnets förnamn kunde ses om ett uttryck för en naturlig önskan hos denne att alltjämt ha inflytande över barnets angelägenheter i allmänhet, även om namnet i och för sig kunde ha större känslomässig betydelse än många andra frågor.[71] ”Det rör sig alltså om ett mer allmänt problem, nämligen i vilken utsträckning vårdnaden bör inskränkas genom krav på samtycke av den förälder som inte är vårdnadshavare. Andra åtgärder kan vara väl så viktiga som ändring av förnamn, t.ex. val av utbildningsväg eller bostadsort, och således vara av den karaktären att det kan hävdas att också de bör kräva den förälderns samtycke”, framhölls det vidare i departementspromemorian. I och för sig var det dock önskvärt att föräldrar i så stor utsträckning som möjligt samrådde i barnets angelägenheter men i sådana fall detta var möjligt var det lagstiftarens mening att föräldrarna skaffade sig gemensam vårdnad.

[69] Jfr härtill och till det följande Höglund, O., Namnlagen. En kommentar, 1985, s. 74 f.

[70] Se t.ex. ang. den strängare inställningen *NJA 1965 s. 259 I och II* (ett av dessa fall gällde dock fråga om byte till moderns efternamn som ogift) och ang. den mera välvilliga inställningen *NJA 1976 s. 77I, s. 198 I och s. 594.* I flera fall där fråga varit om litet äldre barn har barnets egen inställning till namnbytet varit av betydelse. Se t.ex. *NJA 1978, s. 1* och *s. 428, 1980 s. 228, 1987 s. 496, 1988 s. 146* och *1990 s. 565.*

[71] Ds Ju 1987:5, Översyn av namnlagen (1982:670), s. 22 f. – Se också mot. nr 1985/86:L 233 och lagutskottets bet. LU 1985/86:19.

VII. Vårdnad och umgänge

1. På rubricerade område har lagstiftningsaktiviteten varit betydande sedan början av 1970-talet.[72] Av här särskilt intresse att nämna är bl.a. att år 1973 infördes regler syftande till att stärka fäders ställning när det gäller att få vårdnaden om sina barn i fall där föräldrarna inte är gifta med varandra.[73] Därigenom har föräldrarna blivit likställda i fråga om rätten att efter en domstolsprövning få vårdnaden om sina barn.[74] Av intresse här är också utvecklingen när det gäller möjligheterna för frånskilda och ogifta föräldrar att ha gemensam vårdnad om sina barn. Sålunda är i fråga om äktenskapsskillnad huvudregeln numera den att den gemensamma vårdnaden fortsätter automatiskt och när det gäller barn födda av ogift mor kan föräldrarna numera på ett mycket enkelt sätt få gemensam vårdnad om sina barn, t.ex. (genom lagstiftning 1990) genom anmälan till socialnämnden i samband med att nämnden godkänner en faderskapsbekräftelse. Vidare bör nämnas att om en förälder begär upplösning av gemensam vårdnad så kan rättten genom en lagändring år 1990, om denna förälder inte direkt motsätter sig detta, låta den gemensamma vårdnaden bestå, om detta kan anses vara mest förenligt med barnets bästa (FB 6:5). Detta års reform innebar även införandet av en särskild regel om att rätten vid avgörandet av vad som i vårdnadshänseende är bäst för barnet skall fästa avseende ”särskilt vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna” (FB 6:6a). Om en förälder kan som vårdnadshavare antas komma att göra sig skyldig till s.k. umgängessabotage kan detta alltså tala emot denne förälders lämplighet som vårdnadshavare.[75]

Samtidigt fick vi en regel om att vårdnadshavaren är skyldig att lämna den umgängesberättigade föräldern sådana upplysningar om barnet,

[72] Se till det följande t.ex. Saldeen, Å., Barn och föräldrar, Familjerätt II, 1993, s. 48 ff.

[73] Prop. 1973:32 och lagutskottets bet. LU 1973:20.

[74] Tidigare kunde fadern i denna typ av fall bli tillerkänd vårdnaden endast om modern befanns vara olämplig att handha denna.Det räckte alltså ej med att fadern kunde anses lämpligare än modern som vårdnadshavare. Om modern var olämplig gällde dessutom att vårdnaden inte skulle automatiskt överföras till fadern utan till honom eller särskilt förordnad förmyndare.

[75] Se om s.k. umgängessabotage Saldeen, Å., Betydelsen av umgängessabotage vid val av vårdnadshavare, Juridisk Tidskrift 1989/90, s. 340 ff.

som kan främja umgänget (6:15). Det som avses är upplysningar i mera viktiga frågor, såsom om barnets skolgång, hälso- och sjukdomstillstånd, fritidsintressen eller om att det skall flytta till annan ort eller utomlands. Slutligen skall här nämnas att genom lagstiftning 1993 gjordes det tillägget till regeln om umgänge i FB 6:15 att rätten vid bedömning av fråga om umgängesrätt skall beakta risken för att barnet vid umgängesrättens utövande utsätts för övergrepp, olovligen bortförs, kvarhålls eller annars far illa.

När det gäller rättspraxis är här av stort intresse att notera att HD i ett för några år sedan avgjort fall (*NJA 1989 s. 335*), som gällde betydelsen av umgängessabotage vid val av vårdnadshavare och där fadern tillerkändes vårdnaden om föräldrarnas sjuåriga dotter, uttalade att Föräldrabalkens bestämmelser innebär ”*att ingen av föräldrarna på grund av sitt kön är mera lämpad som vårdnadshavare än den andre*”. (Kurs. här.)

Av vad hittills anförts kunde man tro, att fädernas ställning är god när det gäller här aktuella frågor. Massmedia, som visat ett synnerligen stort intresse för frågor om vårdnad och umgänge, ger dock ofta en något annorlunda bild av sakernas tillstånd. Däri har t.ex. påståtts att en orsak till att män inte riktigt vågar satsa på sina barn är vetskapen om att spricker äktenskapet så förlorar de barnen. Papporna är, har det sagts, chanslösa när det gäller möjligheten att få vårdnaden efter en skilsmässa och samhället stöder ensidigt mamman. Man har t.o.m. velat jämföra många frånskilda män med flyktingar. Flyktingar, som haft anseende i sitt hemland (”varit någon”) men som här förlorar sin gamla identitet och endast räknas som invandrare bland andra. På samma sätt skulle många fäder efter en skilsmässa uppleva, att de i omgivningens ögon inte längre är pappa.[76]

Den bild som massmedia ofta ger av fädernas ställning när det gäller vårdnadsfrågor är alltså att denna fortfarande är mycket svag.[77] Låt

[76] SvD den 13/12 1993.

[77] Det lär över huvud taget vara så att männen ofta är de stora förlorarna vid skilsmässor. Se t.ex. Wadsby, M., Children of Divorce and their Parents, Ak. avh., 1993. En förklaring härtill, som dock inte redovisas i nämnda avhandling, är enligt författaren till denna att kvinnorna i flertalet fall får ta hand om barnen efter skilsmässan. Se Upsala Nya Tidning den 22/2 1994. Enligt avhandlingen ifråga mår dock inte skilsmässobarn generellt sett sämre än barn i intakta familjer.

mig efter detta konstaterande få redovisa några aktuella familjestatistiska uppgifter av intresse i sammanhanget.

3. Varje år får många barn i vårt land uppleva att förädrarna skiljs eller separerar, t.ex. år 1991 inte mindre än 46 000 barn under 18 år.[78] År 1990 gällde för ca 1/3 av landets 17-åringar att den ursprungliga familjegemenskapen med både mor och far upphört.[79] Samma år utgjorde antalet traditionella kärnfamiljer, dvs. familjer bestående av föräldrar och enbart gemensamma barn (eller adoptivbarn) 728 911. Antalet s.k. ombildade familjer, dvs. familjer där det ingår barn som endast är en av parternas jämte eventuella gemensamma barn var 141 371. Antalet familjer bestående av ensamstående mor med barn uppgick till 158 087 och antalet familjer med ensamstående far och barn till 27 149.[80]

Enligt en undersökning av 1992 års äktenskapsskillnader behöll föräldrarna den gemensamma vårdnaden även efter äktenskapsskillnaden i 82 % av fallen. I 17 % av fallen blev modern och i 1% av fallen fadern ensam vårdnadshavare.[81] Som jämförelse kan nämnas att enligt en undersökning avseende första halvåret 1983, då gemensam vårdnad efter äktenskapsskillnad fortfarande krävde särskild begäran därom från föräldrarnas sida, kvarstod då den gemensamma vårdnaden efter äktenskapsskillnaden för endast 37 % av barnen. För 53 % av barnen blev modern och för 10 % av barnen fadern ensam vårdnadshavare.[82] När

[78] Se SCB, utg., fakta om Den svenska familjen – sammansättning och förändringar från barndom till ålderdom, Demografiska rapporter 1994:2, s. 36.

[79] I merparten av fallen är anledningen härtill sålunda att föräldrarna skilt sig eller separerat och i endast ett fåtal fall ena förälderns död.

[80] Se SCB, utg., Demografiska rapporter 1994:2, tabell 2:3, s. 12.

[81] Se SCB, utg., Demografiska rapporter 1994:2, s. 39.

[82] Ibidem. – Enligt en undersökning av SCB rörande samtliga domar och beslut vid landets tingsrätter år 1989 rörande vårdnad omfattande drygt 10 000 avgöranden eller ca 17500 barn till tidigare med varandra gifta föräldrar innebar avgörandet för 76 % av dessa barn fortsatt gemensam vårdnad, för 22 % av barnen att modern blev ensam vårdnadshavare och för 2 % att fadern blev detta. I frågan om den faktiska vården (dvs. frågan om hos vem av föräldrarna barnet skulle huvudsakligen bo) i de fall där den gemensamma vårdnaden fortsatte så visade undersökningen, att modern skulle ha den faktiska vården om 90 % och fadern om 10 % av barnen. Om barnet var under sex år fick fadern vårdnaden endast för 1 % av barnen med modern fick detta i 32 % av fallen. Fadern fick vidare ensam vårdnaden om 2 % av pojkarna och 1 % av flickorna. Se SCB, utg., Vårdnad och underhåll 1989, 1991.

det återigen gäller 1992 års äktenskapsskillnader kan vidare konstateras att gemensam vårdnad var vanligare när fråga var om äldre än om yngre barn. Sålunda kvarstod den gemensamma vårdnaden för 89 % av 15–17 åringarna men endast för 65 % av barnen under 2 år. Modern blev ensam vårdnadshavare för 35 % av barnen i åldern 0–1 år och för 9 % av 15–17 åringarna. – Det har för år 1992 beräknats att oavsett vad som gällde ifråga om den rättsliga vårdnaden så vistades 91 % av barnen varaktigt hos modern och endast 9 % av barnen hos fadern.[83] För första halvåret 1983, då gemensam vårdnad efter äktenskapsskillnad fortfarande krävde särskild begäran härom av parterna, var motsvarande tal 85 resp. 15 % vilket sålunda visar att den ökade frekvensen av fall med gemensam vårdnad efter äktenskapsskillnad inneburit att färre barn varaktigt vistas hos fadern efter äktenskapsskillnaden.

Enligt de nu redovisade statististiska uppgifterna har det – trots den förändrade fadersroll som här tidigare antagits vara under utveckling – tydligen blivit synnerligen ovanligt, att fadern blir ensam vårdnadshavare. Vad som emellertid blivit desto vanligare är, att den gemensamma vårdnaden om barnen kvarstår även efter en äktenskapsskillnad. Detta måste sägas vara en synnerligen glädjande utveckling, då denna vårdnadsform som regel måste av flera olika skäl antas vara den bästa för både barn och föräldrar. Bl.a. torde det förhålla sig så, att utsikterna för att kontakten mellan barn och båda föräldrarna skall behållas i framtiden är generellt sett betydligt större vid gemensam vårdnad än vad fallet är vid ”ensamvårdnad”, även om det också ifråga om gemensam vårdnad vanligen förhåller sig så att barnet varaktigt bor hos den ena av föräldrarna.[84] Det naturliga bör väl

[83] Enligt aktuell och tillgänglig forskning lär det vara så ”att mindre barn (0–3 år) sannolikt har störst behov av att bo hos den förälder som barnet tidigt utvecklat starkast band till (vanligtvis modern) men att äldre barn (> 6–7 år) har störst behov av att bo med föräldern av samma kön”. Svedin i bilaga till Ds 1989:52, s. 15.

[84] Jfr Andersson, S. & Sundström, L-E, Gemensam vårdnad och umgängesrätt i praktiken, Del I och II, Uppsats i tillämpade studier i civilrätt, Juridiska institutionen, Uppsala universitet, 1982. Uppsatsen är baserad på enkätundersökning i Uppsala omfattande drygt 300 föräldrar med gemensam vårdnad och lika många föräldrar med ”ensamvårdnad”. – Som framgår av den av SCB utg. Familj i förändring. Levnadsförhållanden, Rapport nr 71, 1992, s. 30 är dock gemensam vårdnad ingen garanti för att kontakten med bägge föräldrarna upprätthålls. Sålunda

egentligen också vara att frågan om båda föräldrarnas rättigheter och skyldigheter visavi sina barn inte alls påverkades av frågan om hur deras egen relation råkar gestalta sig. Detta innebär m.a.o. att föräldrar egentligen alltid borde ha gemensam vårdnad om sina barn.[85] Det är för övrigt en ordning som bäst överensstämmer med FN-konventionen om barnets rättigheter, där det i artikel 18 sägs att konventionsstaterna ”skall göra sitt bästa för att säkerställa erkännandet av principen att båda föräldrarna har gemensamt ansvar för barnets uppfostran och utveckling”. Man kan dock inte kan bortse från fall där det får sägas vara direkt olämpligt, att en förälder är vårdnadshavare eller t.ex. fall där de praktiska förhållandena är sådana eller motsättningarna mellan föräldrarna så djupa att en gemensam vårdnad svårligen kan fungera. Därför får nog det svenska rättsläget, som detta gestaltar sig efter den senaste lagreformen på området, dvs. 1990 års lagstiftning, när det gäller möjligheterna till gemensam vårdnad i varje fall tills vidare anses vara tillfredsställande, dock givetvis beroende på hur reglerna tillämpas i praxis.[86] Vad som däremot kan anses mindre tillfredsställande är att det inte är möjligt att vid gemensam vårdnad erhålla domstols förordnande om barnets rätt till kontakt med den förälder, som det inte varaktigt bor hos, i praktiken vanligen fadern.

Den nu aktuella frågan berördes i 1990 års lagstiftningsarbete.[87] Vid riksdagsbehandlingen av propositionen diskuterades frågan med anledning av en motion, vari begärdes att en bestämmelse, som skulle göra det möjligt att förordna om umgängesrätt även vid gemensam vårdnad skulle införas i Föräldrabalken.[88] Lagutskottet konstaterade,

---

träffar vart sjätte barn, vars föräldrar har sådan vårdnad, den förälder barnet normalt inte bor hos mer sällan än varannan helg. 25 % av sådana barn träffar dock båda föräldrarna ungefär lika mycket.

[85] Enligt en tidningsuppgift synes det också vara vad den av den tidigare borgerliga regeringens s.k. ”pappagrupp” kommer att kräva. Se Expressen den 21/8 1994. Jfr olika riksdagsmotioner, såsom t.ex. mot. nr 1993/94:L427.

[86] Med det sagda avses närmast att det naturligtvis är viktigt att domstolarna verkligen utnyttjar möjligheten att, om detta kan antas vara bäst för barnet, besluta om gemensam vårdnad i sådana fall där ena föräldern begärt att ensam få vårdnaden utan att dock direkt motsätta sig gemensam vårdnad (FB 6:5).

[87] Se departementspromemorian Ds Ju 1989:52, s. 57f.

[88] Prop. 1990/91:8.

att en lagreglering av umgängesrätt vid gemensam vårdnad var oförenlig med den tanke gällande regler om gemensam vårdnad bygger på, dvs. att föräldrarna kan komma överens i alla väsentliga frågor, som rör barnet. Med hänsyn till det av utskottet tillstyrkta förslaget om domstols möjlighet att besluta om gemensam vårdnad även i fall då ena föräldern begärt ensam vårdnad utan att dock direkt motsätta sig gemensam vårdnad, kunde man dock enligt utskottet inte längre bortse från risken att föräldrarna vid gemensam vårdnad i vissa fall kunde få svårt att enas i fråga om umgänget. Utskottet hade därför viss förståelse för motionärens önskemål men önskade en tid avvakta erfarenheterna av tillämpningen av nämnda nya bestämmelse.[89]

Det förefaller inte osannolikt, att det är just i den här aktuella frågan som föräldrar kan i vissa fall ha svårt att enas. Med nuvarande regler riskerar då följden bli, att gemensam vårdnad inte kommer till stånd eller att, om sådan redan föreligger, denna kommer att upplösas. Med hänsyn till den gemensamma vårdnadens för både barn och föräldrar i regel stora fördelar kan denna ordning knappast anses rimlig. En lagändring bör därför, enligt min mening, nu vidtas som gör det möjligt för domstol att vid gemensam vårdnad förordna om vad som skall gälla i fråga om kontakten mellan barnet och den förälder, som det normalt inte bor hos.[90]

4. Enligt officiell statistik förlorar 20 % av skilsmässobarnen all eller nästan all kontakt med den förälder barn inte bor ihop med. 30 % träffar denne förälder mer sällan än varannan helg. Sämst är situationen i det aktuella avseendet för barn som bor tillsammans med sin mor i en s.k. ombildad familj. Hela 70 % av dessa barn har nämligen endast liten eller ingen kontakt med sin far och endast vart fjärde barn har kontakt med fadern åtminstone varannan helg. För barn som lever med en ensamstående far är läget betydligt bättre. Av sådana barn är det bara ett av fyra som har liten eller ingen kontakt med modern och vart fjärde barn träffar modern i mycket stor utsträckning.[91] Då som

[89] Lagutskottets bet. LU 1990/91:13, s. 23 f.

[90] Behovet av en sådan lagändring har förf. fått bekräftad från advokathåll. Se nu också Renström, C., i Advokaten, Nr 7, 1994, s. 308.

[91] Se SCB utg., Familj i förändring. Levnadsförhållanden. Rapport nr 71, 1992, s. 28 f.

här tidigare redovisats många barn årligen, t.ex. år 1991 ca 46 000, får vara med om att deras med varandra gifta föräldrar skiljs eller deras ogifta men sammanlevande föräldrar separerar förstår man att det finns ett högst betydande antal barn i vårt land, som alltså inte har någon eller endast obetydlig kontakt med ena föräldern, vanligen fadern.[92] Detta är givetvis ett mycket allvarligt problem, särskilt om man menar att det för ett barns goda utveckling är av största betydelse att det får möjlighet att känna samhörighet med båda sina föräldrar.[93]

En orsak till att umgängesrätten inte fungerar kan vara att vårdnadshavaren försvårar eller förhindrar umgänget mellan barn och den icke vårdnadshavande föräldern. Hur man i svensk rätt sökt komma tillrätta med sådant s.k. umgängessabotage har här tidigare redovisats.[94] En annan orsak kan vara att umgängesrättsföräldern bor på annan ort än barnet och att kostnaderna för resor blir för ekonomiskt betungande för umgängesrättsföräldern.[95] Detta problem har med anledning av olika motioner vid ett flertal tillfällen diskuterats i riksdagen under senare år.[96] I motionerna har framförts förslag om införande av regler

[92] Två opolitiska och könsneutrala föreningar, som arbetar med frågor om vårdnad och umgänge är Föreningen Söndagsförälder och Umgängesrättsföräldrars riksförening. Se närmare om dessa t.ex. Wijgård, T., Umgängesrätten enligt föräldrabalken – en studie över dess problematik. Examensarbete i civilrätt, Juridiska institutionen, Uppsala universitet, vt 1992, s.73f.

[93] Se om vad faderlösheten innebär för barn och fäder bl.a. Öberg, B. & G., Pappa, se mig! Om förnekade barn och maktlösa fäder, 1992, som bygger på ett antal intervjuer med barn och fäder. Se också Hyvönen, U., Om barns fadersbild, Ak. avh., 1993 samt Sandqvist, K., Vad betyder kontakten med en ”bortapappa” för barns utveckling? (i Agell, A., Arve-Parés, B. & Björnberg, U., red., En antologi från ett forskarseminarium, Socialvetenskapliga forskningsrådet, 1993, s. 229ff.) Se också Sandqvist, K., Pappor och riktiga karlar: om mans- och fadersroller i ideologi och verklighet, 1993.

[94] För en diskussion och ett förslag till lagändring när det gäller problemet med att en vårdnadshavare flyttar utomlands med barnet se Renström, C., i Advokaten, Nr 7, 1994, s. 308ff.

[95] Föräldrabalken innehåller ingen regel om fördelning föräldrarna emellan av umgängeskostnaderna. – Om möjligheten för domstol att förordna härom se *NJA 1990 s. 219*.

[96] Se t.ex. lagutskottets betänkanden LU1986/87:25, LU 1987/88:33, LU 1990/91:13, LU 1990/91:29, LU 1991/92:30, LU 1992/93:22 samt LU 1993/94:19.

om skatteavdrag för umgängesresor, om fria kontakt- eller umgängesresor (dvs. om att det allmänna skall stå för kostnaderna för sådana resor), om att kostnaderna för umgängesresor skall fördelas lika mellan föräldrarna och om utvidgade möjligheter för den umgängesberättigade föräldern att göra avdrag på underhållsbidraget.[97] Lagutskottet har varje gång förklarat, att det är angeläget att problemet med umgängeskostnader får en lösning och förväntat sig att det får detta i samband med pågående arbete med reformering av reglerna om underhåll.[98] En annan orsak till att umgänge inte fungerar kan helt enkelt vara att, när fråga är om en mera schablonmässigt bestämd umgängesrätt (såsom avseende t.ex. vartannat veckoslut och varannan storhelg), den umgängesberättigade och eventuellt även barnet efter en tid upplever umgänget som ”konstlat” eller onaturligt och därför mindre givande.[99] I allmänhet kan nog antas, att det förhåller sig så att förutsättningarna för att umgängesrätten skall fungera ökar, om det är möjligt att in casu anordna s.k. ”vardagsumgänge”, innebärande att barn och umgängesberättigad förälder kan träffas ofta och på olika tider i veckan, något som dock givetvis tyvärr inte är praktiskt möjligt i alla fall. Det kan nämnas att HD i fallet *NJA 1988 s. 559*, i vilket domstolen betonade vikten av att frågan om bestämmande av umgängesrätt sker efter en prövning av de individuella omständigheterna in casu och inte enligt några mera schablonmässiga principer, förordnade om

[97] F.n. gäller i sistnämnda hänseende att den underhållsskyldige har rätt att göra avdrag på underhållsbidraget, om han eller hon haft barnet hos sig under en sammanhängande tid av minst fem hela dygn. Avdraget utgör en fyrtiondel av underhållsbidraget för varje helt dygn, som barnet vistas hos den underhållsskyldige (FB 7:4).

[98] F.n. arbetar en särskild av regeringen i juni 1993 tillkallad utredare med en översyn av reglerna om underhållsbidrag och bidragförskott (dir. 1993:82). Utredaren skall enligt direktiven bl.a. undersöka om reglerna om underhåll kan utformas så, att umgängeskostnaderna kan fördelas mellan föräldrarna.

[99] Enligt en av socialstyrelsen genomförd undersökning vid bl.a ett antal tingsrätter är vad man kallar ”varannan-umgänge” den i praktiken mest vanliga ”umgängestypen”, stundom kallad ”vanlig umgängesrätt”. Detta umgänge kan t.ex. innebära, att umgänget omfattar vartannat veckoslut från fredag kväll till söndag kväll, varannan storhelg, vartannat sportlov och tre–fyra veckor på sommaren. Se Umgänget mellan barn och föräldrar efter skilsmässa/separation, i serien Socialstyrelsen redovisar 1988:11.

just sådant vardagsumgänge.[100] Man får hoppas, att detta rättsfall fått den betydelse det förtjänar som vägledning för domstolarna vid bedömning av frågor om umgängesrätt.[101] En anledning till ett icke fungerande umgänge kan också i vissa fall vara att den umgängesberättigade föräldern helt enkelt av olika skäl inte vill ha någon kontakt med barnet, ibland kanske beroende på en ny partners avoga inställning till sådan kontakt. I den allmänna debatten har stundom föreslagits att stränga åtgärder skall vidtas mot umgängesvägrande föräldrar, dvs. i praktiken vanligen fäder. Så har man t.ex. i pressen kunnat läsa om att chefen för en fångvårdsanstalt, som menar att en av orsakerna till de s.k. värstingarnas kriminella karriär är frånvarande pappor, önskar se en lag införd, som skulle göra det möjligt att vid äventyr av bötesstraff tvinga fäder att umgås med sina barn.[102] Det har t.ex. också föreslagits att en förälder som gjort sig skyldig till upprepad umgängesvägran skulle kunna förpliktas utge skadestånd som skulle tillfalla barnet som myndig för att då kunna användas till att bekosta den terapi barnet som vuxen troligen var i behov av.[103]

Enligt artikel 9, p. 3 i FN-konventionen om barnets rättigheter skall konventionsstaterna ”respektera rätten för det barn som är skilt från den ena av eller båda föräldrarna att regelbundet upprätthålla ett personligt förhållande till och direkt kontakt med båda föräldrarna, utom då detta strider mot barnets bästa”.[104] Det bör tilläggas att konventionsåtagandena inte endast gäller att barnets rättigheter kommer

[100] Se om umgängesrätt t.ex. Wijgård, T. i not 94 a.a.

[101] Lagutskottet, som utgått ifrån att utvärdering av rättspraxis i umgängesfrågor skall komma till stånd i lämpligt sammanhang, har flera gånger hävdat, att man bör avvakta utvecklingen efter nämnda HD-avgörande innan man tar upp frågan om en mera allmän ändring av umgängesreglerna till prövning. Se t.ex. lagutskottets bet. LU 1992/93:22, s. 21.

[102] Chefen för Österåkersanstalten, Ann-Britt Grünewald. Se Upsala Nya Tidning den 17/11 1990. – Frågan om införande av särskilda sanktionsregler för sådana fall där umgängesvägran förekommer har berörts i riksdagen. Lagutskottet har dock hittills icke ansett sig berett att förorda några sådana regler. Se lagutskottets bet. LU 1990/91:29, s. 8.

[103] Fil.kand. Birgitta Nilsson, mentalvårdare inom barn- och ungdomspsykiatri, i DN den 24/4 1994.

[104] Se prop. 1989/90:107, s. 97. Jfr a.a. s. 40. Se också Socialdepartementets Första rapport av Sverige om konventionen om barnets rättigheter, s. 28.

till uttryck s.a.s. ”på pappret”, dvs. i lagstiftningen, utan också i praktiken. Enligt min mening kan det ifrågasättas om det inte krävs ett nytänkande, när det gäller de svenska reglerna på det aktuella området. Bakom de gällande svenska reglerna om umgänge ligger tanken att det är i första hand barnets behov och intresse av umgänge med den icke vårdnadshavande föräldern och inte dennes intresse av umgänge med barnet som skall tillgodoses. Mot den bakgrunden kan det synas något märkligt att det endast är den icke vårdnadshavande föräldern, som kan framställa yrkande om umgängesrätt och som också kan kräva verkställighet av ett avgörande om sådan rätt därest vårdnadshavaren icke frivilligt medverkar till att umgänget kommer till stånd. Det rimliga vore väl, att det även för barnets räkning var möjligt att framställa yrkande om umgängesrätt samt att om den icke vårdnadshavande föräldern vägrar att rätta sig efter ett avgörande härom denne skulle kunna ytterst drabbas av verkställighetsåtgärder, i varje fall av vitesföreläggande. Detta skulle inte behöva innebära att barnet gavs talerätt.[105] Frågan kunde lösas på det sättet att socialnämnden gavs rätt att föra talan om umgängesrätt i fall där upprepad och oursäktlig umgängesvägran föreligger och frågan inte gått att lösa på annat sätt.[106]

VIII. Slutord

När detta skrives återstår ännu några månader av det av FN proklamerade familjeåret, ett år i vårt land fyllt av aktiviteter av olika slag, varav en del av intresse för de frågor som behandlats i denna uppsats.[107] Denna uppsats, som dock givetvis på intet sätt kan anses uttömmande när det

[105] I den nu sedan ganska lång tid tillbaka i vårt land diskuterade frågan om huruvida barn bör tillerkännas talerätt eller ej i mål om vårdnad och umgänge synes nu läget genom ett nyligen presenterat departementsförslag vara det att det i varje fall inte f.n. är aktuellt med införande av regler om sådan talerätt Se Justitiedepartementets promemoria Barns rätt att komma till tals. Regler för familjerättsliga och sociala mål och ärenden, Ds 1994:85. – Ang. tidigare förslag om talerätt se särskilt Barnets rätt. 3. Om barn i vårdnadstvister – talerätt för barn m.m. Delbet. av utredningen om barnens rätt, SOU 1987:7.

[106] Jfr socialnämndens exklusiva talerätt då någon annan än ett barns föräldrar, t.ex. en mor- eller farförälder, begär att få umgås med barnet men vårdnadshavaren motsätter sig detta (FB 6:15, st. 3).

[107] Se Kommitténs för FN:s familjeår, utg., Utdrag ur databasen: Aktiviteter och evenemang under FN:s familjeår 1994, Socialdepartementet, 1994-03-28.

gäller det behandlade ämnet, har förhoppningsvis visat, att det finns olika frågor, som kan diskuteras när det gäller männens ställning i samhället, varvid jag då här givetvis främst tänker på frågan om fäders rättigheter och skyldigheter visavi sina barn. Måhända kan redan vad här redovisats sägas ge visst stöd för en uppfattning, som under året på olika håll kommit till uttryck i vårt land, nämligen att det nu kan vara dags för en *mannens* FN-konferens.[108]

Efterskrift

Vad gäller först avsnitt II. 2 (Den förändrade fadersrollen) kan nu tilläggas följande. Enligt en rapport från Socialstyrelsen är andelen av antalet föräldradagar som papporna tar ut fortfarande låg men den har ökat under senare år. Medan fäderna år 1997 tog ut 9,9 procent av dagarna är siffran nu uppe i ca 17,5 procent. Vidare gäller att fäderna oftare är pappalediga i hög- än i lågutbildade familjer. Fler och fler fäder tar också ut en längre föräldraledighet. Sålunda tog ca 15 procent av fäderna till barn födda år 1997 ut minst två månaders ledighet medan denna siffra när det gäller fäderna till barn födda fyra år senare ökat till drygt 22 procent. Men även om alltfler fäder tar hand om sina barn gäller detta verkligen inte alla fäder. Sålunda fick 25 procent av de barn, som fötts under andra hälften av 1990-talet inte vara hemma en enda dag med sin far under de första fyra levnadsåren. Trots att den ”obligatoriska” pappamånaden infördes för ca tio år sedan valde ca var sjätte pappa i den första generation som omfattades av reformen att inte ta ut en enda dag av denna månad, se r&d, Från Riksdag & Departement, Nr 14, 26 april 2004, s. 9. F.n. arbetar en statlig kommitté med uppgiften att göra en översyn av reglerna i föräldraförsäkringen (vilka för övrigt var föremål för en reform år 2001, se prop. 2000/01:44 och 2000/01:SfU10) i avsikt att öka jämställdheten mel-

[108] Åsikten om att det efter tre stora kvinnokonferenser i FN:s regi nu kan vara dags med en manlig sådan konferens har framförts från olika frivilligorganisationers sida, såsom t.ex. Rädda Barnen. I början av juni 1994 uppvaktades dåvarande jämställdhetsministern Bengt Westerberg i frågan, som förklarade sig gilla förslaget och som också fick det förankrat i regeringen. Förslaget lär sedan också ha diskuterats med representanter för övriga nordiska regeringar. Se härom SvD den 23/6 1994.

lan könen när det gäller föräldraledighet, se Kommittédirektiv Dir 2004:44.

I fråga om avsnitt III. 3 kan tilläggas att Regeringen på grundval av betänkandet i SOU 1989:51 vid 1994/95 års riksmöte till Riksdagen överlämnade prop. 1994/95:142. Propositionen, som antogs av Riksdagen, resulterade inte i någon särskild lagstiftning om fosterdiagnostiken utan i stället endast i olika riktlinjer för verksamheten. Se härom t.ex. Saldeen, Barn och föräldrar, 2001, s. 244. Jfr om fosterdiagnostik också ovan efterskriften till uppsatsen Några frågor om "ofödda barns" rättsskydd. – När det gäller avsnittet III. 4 kan antecknas att frågan om tillvaratagande och användning av vävnad från aborterade foster för medicinska ändamål nu är reglerad i 11 § lagen (1995: 831) om transplantation, som har följande lydelse:

Vävnad från ett aborterat foster får användas endast för medicinska ändamål. För att sådant material skall få tas till vara fordras att den kvinna som burit fostret samtycker till åtgärden. Innan samtycke inhämtas skall kvinnan ha informerats om åtgärden och den tilltänkta användningen.

Vävnad får tas till vara enligt första stycket endast med Socialstyrelsens tillstånd. Sådant tillstånd får lämnas endast om det finns synnerliga skäl.

Vad gäller avsnitt IV. 2 (Fastställande av faderskap) kan tilläggas att lagen (1987:232) om sambors gemensamma hem ersatts av sambolagen (2003:376), som trädde i kraft den 1 juli 2003. – När det gäller frågan om fastställande av faderskap för ogifta fäder se nu också 2001/02: LU9. – Frågan om en mans möjlighet att föra talan vid domstol om att han skall fastställas vara ett visst barns far har nu i litteraturen också behandlats av bl.a. Bull, Diskriminering och dekonstruktion. Om positiv faderskapstalan, Tidsskift for Rettsvitenskap 2000, s. 693 ff. Se nu också Singer, Föräldraskap i rättslig belysning, 2002, s. 170, Lødrup, Noen farskapsspørsmål – biologiens seier i norsk rett (i Agell & Jänterä-Jareborg, red. Vänbok till Åke Saldeen, De lege 2003, s. 204) och Nielsen, Faderskab og moderskab i nordisk belysning (i Strøm Bull, m.fl. red., Bonus Pater Familias, Festskrift til Peter Lødrup 70 år, 2002, s. 481 f.).

I fråga om avsnitt IV. 3 kan beträffande litteratur rörande spörsmå-

let om ändring av fastställda faderskap nu hänvisas också till bl.a. Lødrup, Noen farskapsspørsmål – biologiens seier i norsk rett (i Agell & Jänterä-Jareborg, red., Vänbok till Åke Saldeen, De lege 2003, s. 189 ff.).

Vad gäller avsnitt VII. 1 (Vårdnad och umgänge) kan antecknas att regeln i FB 6:6 a upphävts genom lagstiftning år 1998. Innehållet i den upphävda regeln återfinns nu i stället i FB 6:2 a. Regeln om att rätten vid bedömning av fråga om umgängesrätt skall beakta risken för att barnet vid umgängesrättens utövande utsätts för övergrepp, olovligen bortförs, kvarhålls eller annars far illa återfinns nu också i FB 6:2 a. I fråga om avsnitten VII. 3 och 4 kan tilläggas att genom lagstiftning år 1998 gäller numera enligt regeln i FB 6:5 (st. 2) att rätten inte får ”besluta om gemensam vårdnad, om båda föräldrarna motsätter sig det”. Genom 1998 års lagstiftning har det vidare blivit möjligt för domstol att besluta om umgängesrätt även vid gemensam vårdnad (FB 6:15). Genom denna lagstiftning har det också genom en ny regel (FB 6:15 b) blivit möjligt för domstol att besluta om fördelning mellan föräldrarna av resekostnader i samband med utövande av umgängesrätt. – Rätten enligt FB 7:4 för en underhållsskyldig förälder att göra avdrag på underhållsbidraget gäller numera inte endast om han eller hon haft barnet hos sig under en sammanhängande tid av minst fem hela dygn utan även i det fallet då vederbörande under en kalendermånad haft barnet hos sig under minst sex hela dygn. – Den i juni 1993 tillsatta utredningen med uppgift att göra en översyn av reglerna om underhållsbidrag och bidragsförskott (dir. 1993:82) avlämnade i mars 1995 betänkandet Underhållsbidrag och bidragsförskott (SOU 1995:26). De delar av betänkandet som rörde bidragförskott kom dock att bli inaktuella genom införandet av lagen (1996:1030) om underhållsstöd, som ersatte lagen om bidragförskott. På grundval av betänkandet genomfördes dock lagstiftning om kostnader för umgänge och umgängesresor. – Se nu om frågan om barns talerätt Dahlstrand, Barns deltagande i familjerättsliga processer, Ak. avh., 2004 och i övrigt om vårdnad bl.a. Beckman & Höglund, Svensk familjerättspraxis, 1984 med senare supplement, Schiratzki, Vårdnad och vårdnadstvister, Ak. avh., 1997, Wickström, 1998 års vårdnadsreform och socialtjänsten, 1998, Ewerlöf & Sverne, Barnets bästa. Om föräldrars och samhällets ansvar, 1999, Singer, Föräldraskap i rättslig belys-

ning, Ak. avh., 2000, Walin & Vängby, Föräldrabalken. En kommentar. Del I. 1–13 kap., 2001 (och Supplement 3, februari 2004), Saldeen, Barn och föräldrar, 4. uppl., 2001, Sjösten, Vårdnad, boende och umgänge. Bestämmelserna i föräldrabalken och näraliggande regler, 2. uppl., 2003, Rejmer, Vårdnadstvister. En rättssociologisk studie av tingsrätts funktion vid handläggning av vårdnadskonflikter med utgångspunkt från barnets bästa, Ak. avh., 2003, Socialstyrelsen, utg., Vårdnad, boende och umgänge, 2003 och Danielsen, Nordisk børneret II, Foraeldreansvar. Et sammenlignende studie af dansk, finsk, islandsk, norsk og svensk ret med drøftelser af harmoniseringsmuligheder og reformbehov, Nord 2003:14.