



Stockholm den 6 oktober 2020

Justitiekanslern
Box 2308
103 17 Stockholm

Begäran om ersättning på grund av överträdelse av diskrimineringsförbudet i artikel 14 i Europakonventionen

Sökande:

Debbie Burston
Anna Burston
Holly Burston
Jack Burston
John Burston

Ombud:

Juristen Alexandra Loyd
Juristen Alexander Ottosson
Juristen Emilia Palm

Centrum för rättvisa
Box 2215
103 15 Stockholm

alexandra.loyd@centrumforrattvisa.se

alexander.ottosson@centrumforrattvisa.se

emilia.palm@centrumforrattvisa.se

Innehållsförteckning

1	BEGÄRAN.....	4
2	GRUNDER.....	4
3	VAD ÄRENDET HANDLAR OM.....	6
4	BAKGRUND	9
4.1	Olika regler gällde för fastställande av faderskap respektive föräldraskap	9
4.2	Debbie och Anna Burston träffas och dottern Holly föds.....	11
4.3	Det saknas lagstöd för att fastställa Debbie Burston som förälder till Holly.....	12
4.4	Tvillingarna Jack och John föds.....	13
4.5	Det saknas lagstöd för att fastställa Debbie Burston som förälder till Jack och John.....	13
4.6	Diskrimineringsombudsmannen väcker talan mot Malmö kommun för att ha diskriminerat Debbie, Anna och Holly Burston	14
4.7	Familjen Burston vänder sig till Justitiekanslern för att få statens ansvar för diskrimineringen prövad	15
5	RÄTTSLIG ARGUMENTATION.....	15
5.1	Prövningsordningen	15
5.2	Familjen Burston omfattas av skyddet för familjeliv i artikel 8 i Europakonventionen.....	16

5.3	Familjen Burston har på grund av makarna Burstons sexuella läggning och Debbie Burstons kön påverkats negativt i åtnjutandet av sitt familjeliv	17
5.4	Familjen Burston har särbehandlats i förhållande till ett heterosexuellt par som fått barn genom assisterad befruktning i utlandet med anonym donator, vilket utgör en relevant jämförbar situation	19
5.5	Det saknas objektiva och godtagbara skäl för särbehandlingen och den kan därför inte rättfärdigas	21
5.6	Familjen Burston har rätt till ideellt skadestånd.....	23

1 BEGÄRAN

- 1.1 Debbie, Anna, Holly, Jack och John Burston begär att Justitiekanslern ska tillerkänna dem gemensamt 300 000 kronor, tillsammans med ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen (1975:635) från den dagen som infaller 30 dagar efter framställningen av detta anspråk till dess beloppet är betalt.

2 GRUNDER

- 2.1 Staten har på följande sätt överträtt familjen Burstons rätt enligt artikel 14 i förening med artikel 8 i Europakonventionen att inte diskrimineras i åtnjutandet av sitt familjeliv på grund av sexuell läggning och kön.
- 2.2 Debbie och Anna Burston ingick äktenskap år 2014 i Malmö. Anna Burston födde dottern Holly den 8 juli 2016. Tvillingarna Jack och John föddes den 26 februari 2018. Samtliga barn tillkom efter att Anna, med samtycke från Debbie, genomgått assisterad befruktning med anonym spermiedonator på en fertilitetsklirik i Danmark.
- 2.3 När barnen föddes gällde enligt 1 kap. 8 och 9 §§ föräldrabalken olika regler för fastställande av faderskap respektive föräldraskap efter assisterad befruktning. För homosexuella par gällde att barnet måste ha tillkommit genom assisterad befruktning i Sverige med känd donator för att föräldraskapet skulle kunna fastställas. Motsvarande krav uppställdes inte för heterosexuella par. För heterosexuella par var mannens samtycke till behandlingen tillräckligt för att faderskapet skulle fastställas. Skillnaden i regleringen berodde alltså på om moderns make var en man eller kvinna och således om föräldrarna var ett hetero- eller homosexuellt

par. Vilken bestämmelse som var tillämplig grundade sig därför på makarnas sexuella läggning.

- 2.4 Eftersom makarna Burston lever i ett homosexuellt förhållande, och den assisterade befruktningen skedde i Danmark med anonym donator, har Debbie Burstons föräldraskap till barnen inte lagligen kunnat fastställas. Makarna Burston har därför särbehandlats i förhållande till ett heterosexuellt par i en relevant jämförbar situation. Holly, Jack och John har i sin tur särbehandlats i förhållande till barn som blivit födda i ett heterosexuellt förhållande under liknande omständigheter.
- 2.5 De aktuella reglerna i föräldrabalken har nu ändrats och för assisterad befruktning som skett efter den 1 januari 2019 gäller numera samma regler för hetero- och homosexuella par. För barn som tillkommit genom assisterad befruktning med anonym donator före den 1 januari 2019 gäller dock fortfarande olika regler för fastställande av faderskap respektive föräldraskap (se lag om ändring i föräldrabalken, 2018:1279, punkt 3 i övergångsbestämmelserna). Eftersom samtliga barn är födda före den 1 januari 2019 särbehandlas familjen Burston fortfarande av lagstiftningen.
- 2.6 Den särbehandlande lagstiftningen har negativt påverkat familjen Burstons åtnjutande av skyddet för familjeliv i artikel 8 i Europakonventionen. Särbehandlingen har fått till följd att barnen inte har getts rättsligt erkännande av sina faktiska familjeband till båda sina föräldrar. Att Anna Burston blivit ensam förälder och vårdnadshavare har medfört en större osäkerhet för barnen vad gäller vårdnad och arv. Att Debbie Burston på grund av sin sexuella läggning tvingas adoptera sina egna barn för att erkännas som deras förälder är därtill nedsättande och kränkande. Det signalerar att

familjen Burstons familjeliv är mindre värdefullt och skyddsvärt på grund av föräldrarnas sexuella läggning.

2.7 Det finns inga objektiva och godtagbara skäl som motiverar varför reglerna om fastställande av föräldraskap, men inte faderskap, krävde att den assisterade befruktningen skedde i Sverige med känd donator. Den omständigheten att Debbie Burston har möjlighet att ansöka om att få adoptera sina egna barn kan inte rättfärdiga särbehandlingen, utan utgör en del av diskrimineringen. Den omständigheten att lagen nu har ändrats kan inte heller rättfärdiga den diskriminering som redan skett och som alltjämt pågår i familjen Burstons fall.

2.8 Den särbehandling av familjen Burston som är en direkt följd av de krav som ställdes enligt den tidigare lydelsen av 1 kap. 8 och 9 §§ föräldrabalken innebär därför en överträdelse av diskrimineringsförbudet i artikel 14 i förening med artikel 8 i Europakonventionen.

2.9 Vid dessa förhållanden är staten enligt 3 kap. 4 § skadeståndslagen (1972:207) skyldig att utge ersättning till familjen Burston för den ideella skada som överträdelsen har medfört. Den ideella skadan kan enligt 5 kap. 8 § samma lag uppskattas till det yrkade beloppet.

3 VAD ÄRENDET HANDLAR OM

3.1 Den fråga som Justitiekanslern har att ta ställning till är om staten har överträtt familjen Burstons rätt att inte diskrimineras på grund av sexuell läggning och kön enligt artikel 14 i förening med artikel 8 i Europakonventionen.

3.2 Speciellt för det här ärendet är att diskrimineringen beror på själva lagstiftningen, nämligen reglerna i 1 kap. 8 och 9 §§ föräldrabalken som före den 1 januari 2019 innehöll olika krav för att fastställa

faderskap respektive föräldraskap och som direkt missgynnade homosexuella par.

- 3.3 Speciellt är även att familjen Burstön tidigare har företrätt av Diskrimineringsombudsmannen (DO) i en process mot Malmö kommun om diskrimineringsersättning. Det som prövades i det målet var om Malmö kommun hade gjort sig skyldig till otillåten direkt diskriminering enligt 2 kap. 13 § jämfört med 1 kap. 4 § diskrimineringslagen (2008:567) genom att tillämpa de diskriminerande reglerna i förädrabalken.
- 3.4 DO:s begäran om diskrimineringsersättning avslogs i tingsrätten och i hovrätten som båda ansåg att kommunen inte haft någon skyldighet att åsidosätta de diskriminerande reglerna. Hovrättens dom vann laga kraft när Högsta domstolen beslutade att inte meddela prövningstillstånd den 28 februari 2020.
- 3.5 Hovrätten har som ett led i bedömningen av om kommunen varit skyldig att åsidosätta de särbehandlande reglerna i förädrabalken prövat om reglerna, eller tillämpningen av dem, är förenliga med Europakonventionens förbud mot diskriminering. Hovrätten har vid denna prövning på ett riktigt sätt kommit fram till att de särskilda krav som gällde för fastställande av förädraskap utgjorde särbehandling på grund av sexuell läggning. Hovrätten kom dock fram till en felaktig slutsats när den bedömde att denna särbehandling kunde rättfärdigas och att särbehandlingen därför inte utgjorde otillåten diskriminering enligt artikel 14 i Europakonventionen. (Se Hovrätten över Skåne och Blekinges dom den 7 oktober 2019 i mål nr T 183-19, [bilaga 1](#).)
- 3.6 Hovrätten ansåg att barnets intresse av att kunna få kännedom om sitt genetiska ursprung, som främjas genom kraven på att den

assisterade befruktningen ska ha skett i Sverige med en känd donator, utgjorde ett objektivet och godtagbart skäl som rättfärdigade särbehandlingen.

- 3.7 Familjen Burstons uppfattning är att hovrätten har tillämpat rättfärdigandetestet enligt artikel 14 i Europakonventionen på ett felaktigt sätt. Familjen Burston ifrågasätter inte att det är ett legitimt intresse att barn ska kunna få kännedom om sitt genetiska ursprung. Detta intresse är dock inte ett godtagbart skäl för att särbehandla hetero- och homosexuella par i en jämförbar situation. Det räcker alltså inte att den *särbehandlande regeln* sedd för sig har tillkommit för ett legitimt intresse. Vad som krävs är att det legitima intresset utgör ett objektivet och godtagbart skäl för själva *särbehandlingen*.
- 3.8 Det har varken i lagmotiven till den särbehandlande regeln eller i något annat sammanhang gjorts gällande att barn som tillkommit efter assisterad befruktning i ett homosexuellt förhållande skulle ha ett större behov av att kunna få kunskap om sitt biologiska ursprung jämfört med barn som tillkommit på detta sätt i ett heterosexuellt förhållande. Det faktum att lagstiftningen ändrades den 1 januari 2019 så att kraven blev desamma för såväl hetero- som homosexuella par visar att barnets rätt i detta avseende gör sig gällande i samma utsträckning i båda situationerna. Hovrätten borde därför ha kommit fram till att familjen Burston utsatts för otillåten diskriminering enligt artikel 14 i Europakonventionen.
- 3.9 Det är ytterst staten som ansvarar för att enskildas fri- och rättigheter enligt Europakonventionen respekteras. Eftersom ansvar för den otillåtna diskrimineringen i det här fallet inte har kunnat utkrävas av kommunen är det familjen Burstons uppfattning att ansvaret för den diskriminerande lagstiftningen ligger hos staten. Den centrala frågan i det här ärendet är alltså om staten kan hållas ansvarig enligt artikel

14 i förening med artikel 8 i Europakonventionen för den diskriminerande lagstiftning som har drabbat familjen Burston på så sätt att de inte har kunnat få sina familjeband rättsligt erkända på samma villkor som gällde för heterosexuella par.

4 BAKGRUND

4.1 Olika regler gällde för fastställande av faderskap respektive föräldraskap

4.1.1 Innan familjen Burston redogör för vad som har hänt i deras fall vill de beskriva de regler som aktualiseras i ärendet.

4.1.2 Fram till den 1 januari 2019 gällde olika regler för fastställande av faderskap respektive föräldraskap till ett barn som tillkommit efter att modern genomgått assisterad befruktning.

4.1.3 Före den lagändring som trädde ikraft den 1 januari 2019 föreskrevs i 1 kap. 8 § föräldrabalken följande avseende fastställande av *faderskap* efter assisterad befruktning.

Har befruktning av moderns ägg utförts utanför hennes kropp med samtycke av en man som var hennes make eller sambo och är det med hänsyn till samtliga omständigheter sannolikt att barnet har avlats genom befruktningen, skall vid tillämpningen av 2–5 §§ den som har lämnat samtycket anses som barnets far. Detsamma skall gälla när befruktning utanför en kvinnas kropp har skett av ett ägg som kommer från en annan kvinna.

4.1.4 Före den lagändring som trädde ikraft den 1 januari 2019 föreskrevs i 1 kap. 9 § föräldrabalken följande avseende fastställande av *föräldraskap* efter assisterad befruktning.

Har insemination utförts på modern enligt 6 kap. lagen (2006:351) om genetisk integritet m.m. eller har befruktning av moderns ägg utförts enligt 7 kap. samma lag med samtycke av en kvinna som var moderns maka, registrerade partner eller sambo och är det med hänsyn till samtliga omständigheter sannolikt att barnet har avlats

genom inseminationen eller befruktningen, ska den som har lämnat samtycket anses som barnets förälder.

Ett föräldraskap enligt första stycket fastställs genom bekräftelse eller dom. Det som sägs i 4 § om bekräftelse av faderskap tillämpas också i fråga om bekräftelse av ett sådant föräldraskap.

- 4.1.5 Som hovrätten konstaterade i diskrimineringsmålet berodde skillnaden i regleringen alltså på om moderns make eller sambo var en man eller kvinna och således om makarna var hetero- eller homosexuella. Vilken bestämmelse som var tillämplig grundade sig därför på makarnas sexuella läggning. (Se hovrättens dom, s. 5, bilaga 1.)
- 4.1.6 För att maken eller sambon i ett homosexuellt par skulle kunna fastställas som förälder krävdes, till skillnad från för maken eller sambon i ett heterosexuellt par, att den assisterade befruktningen hade skett enligt lagen om genetisk integritet. På grund av reglerna i den lagen kunde moderns make eller sambo fastställas som förälder endast om behandlingen utförts inom svensk hälso- och sjukvård och om paret använt sig av en donator med känd identitet (se 6 kap. 2 och 5 §§ respektive 7 kap. 4 och 7 §§ lagen om genetisk integritet).
- 4.1.7 Maken eller sambon i ett homosexuellt par var därför hänvisad till att genomföra en adoption för att åstadkomma ett rättsligt giltigt föräldraskap om befruktningen skett utomlands, i egen regi eller med användande av anonym spermiedonator. Maken eller sambon i ett heterosexuellt par kunde däremot fastställas som far till barnet även om behandlingen skett utomlands, i egen regi eller med användande av anonym spermiedonator. (Se prop. 2017/18:155 s. 52.)
- 4.1.8 Den 1 januari 2019 trädde nya regler i kraft som ersatte de som tidigare gällt för att fastställa faderskap och föräldraskap efter assisterad befruktning. Från det datumet infördes ett krav på att

befruktningen skett i enlighet med lagen om genetisk integritet även vid fastställande av faderskap, medan kravet på att behandlingen skett i Sverige togs bort som krav för fastställande av föräldraskap.

- 4.1.9 I förarbetena till lagändringen anförde regeringen att den föräldraskapsrättsliga regleringen ska vara jämlik och inte utan tungt vägande skäl skilja på personer beroende på sexuell läggning eller kön (se prop. 2017/18:155 s. 52).
- 4.1.10 Det kan alltså konstateras att regleringen numera är densamma för hetero- och homosexuella par som får barn genom assisterad befruktning efter ändringarnas ikraftträdande den 1 januari 2019 (se prop. 2017/18:155 s. 53).
- 4.1.11 Lagstiftningen särbehandlar dock homosexuella par även efter ändringen i lagen år 2019. Den äldre lydelsen av 1 kap. 8 § föräldrabalken gäller nämligen fortfarande när en befruktning utanför kroppen har utförts före ikraftträdandet (se lag om ändring i föräldrabalken, 2018:1279, punkt 3 i övergångsbestämmelserna). Det innebär att en make eller sambo av manligt kön till en moder som fött ett barn genom assisterad befruktning med anonym donator innan den nya lagen trädde i kraft – till skillnad från en maka eller sambo av kvinnligt kön – fortfarande kan få faderskapet fastställt trots att det inte är möjligt enligt den nya lagen.
- 4.1.12 Det är mot denna rättsliga bakgrund som familjen Burstons ärende ska prövas.

4.2 Debbie och Anna Burston träffas och dottern Holly föds

- 4.2.1 Anna Burston, född år 1981, och Debbie Burston, född år 1955, ingick äktenskap i Malmö den 25 maj 2014. Makarna ville gärna bilda familj och kontaktade därför Reproduktionscentrum i Malmö,

som är en del av Skåne universitetssjukhus. På grund av Debbie Burstons ålder var det dock inte möjligt för Anna Burston att genomgå en assisterad befruktning i Sverige.

4.2.2 Paret vände sig därefter till Storkkliniken i Köpenhamn, en EU-certifierad fertilitetsklinik som står under tillsyn av den danska patientsäkerhetsmyndigheten. Debbie Burston undertecknade i juni 2014 en förklaring att hon samtyckte till att Anna Burston genomgick en fertilitetsbehandling i form av assisterad befruktning. Samtycket innefattade ett erkännande av föräldraskap till det eller de barn som eventuellt tillkom som ett resultat av behandlingen. Paret använde en anonym spermiedonator.

4.2.3 Den assisterade befruktningen genomfördes vid Storkkliniken den 15 oktober 2015 och Anna Burston födde dottern Holly den 8 juli 2016. Anna Burston fastställdes av Skatteverket i Sverige som Hollys mor och vårdnadshavare i samband med födseln. Både Anna och Debbie Burston fastställdes som Hollys föräldrar i Storbritannien där Debbie Burston är medborgare.

4.3 Det saknas lagstöd för att fastställa Debbie Burston som förälder till Holly

4.3.1 Efter att Holly fötts inledde Malmö kommun en faderskapsutredning. Utredningen som inleddes i juli 2016 lades ner den 30 november 2016. I beslutet angavs att Anna Burston lämnat in ett intyg på att hon genomgått den assisterade befruktningen i Köpenhamn och använt sig av en anonym spermiedonator. Kommunens nedläggningsbeslut motiverades med att det inte gått att bedöma faderskapsfrågan.

4.3.2 Makarna Burston överklagade inte beslutet att lägga ner faderskapsutredningen eftersom det enda som därigenom kunde uppnås var att få ett *faderskap* fastställt. Det var med andra ord inte möjligt att fastställa Debbie Burstons *föräldraskap* till Holly genom att överklaga kommunens beslut att lägga ner faderskapsutredningen.

4.3.3 Malmö kommun inledde inte heller någon föräldraskapsutredning. Skälet för det var att Anna Burston hade använt en anonym spermiedonator i utlandet och att det, som redogjorts för ovan, därför saknades lagstöd för att fastställa Debbie Burstons föräldraskap till Holly.

4.4 Tvillingarna Jack och John föds

4.4.1 Anna och Debbie Burston ville att Holly skulle få syskon och Anna Burston genomgick därför ytterligare en assisterad befruktning med anonym spermiedonator vid Storkkliniken. Paret använde sig av samma anonyma donator som för Holly.

4.4.2 Den 26 februari 2018 föddes tvillingarna Jack och John.

4.5 Det saknas lagstöd för att fastställa Debbie Burston som förälder till Jack och John

4.5.1 Eftersom familjen Burston bodde en tid i Storbritannien direkt efter tvillingarnas födsel inleddes en faderskapsutredning först under våren år 2020. Faderskapsutredningen för tvillingarna Jack och John pågår fortfarande. Även för tvillingarna saknas det lagstöd för att fastställa Debbie Burston som förälder (se nuvarande lydelsen av 1 kap. 9 § föräldralken och övergångsbestämmelserna i lag, 2018:1279, om ändring i föräldralken).

- 4.6 Diskrimineringsombudsmannen väcker talan mot Malmö kommun för att ha diskriminerat Debbie, Anna och Holly Burston**
- 4.6.1 Efter att Malmö kommun bedömt att det saknades lagstöd för att inleda en föräldraskapsutredning och fastställa Debbie Burston som förälder till Holly Burston vände sig makarna Burston till DO med en anmälan om diskriminering.
- 4.6.2 Efter utredning av anmälan beslutade DO att väcka talan mot Malmö kommun vid Malmö tingsrätt för otillåten diskriminering och begära diskrimineringsersättning för familjen Burstons räkning.
- 4.6.3 Som framgår av tingsrättens och hovrättens domar aktualiserades ett antal komplicerade konstitutionella frågor i målet eftersom Malmö kommun invände att den enbart hade tillämpat gällande lagstiftning. En viktig fråga blev om Malmö kommun med stöd av bestämmelser om lagprövning hade varit skyldig att åsidosätta de diskriminerande reglerna i föräldrabalken. Fråga uppstod även om hur lagkonflikten mellan de diskriminerande reglerna i föräldrabalken och diskrimineringsförbudet i diskrimineringslagen skulle hanteras.
- 4.6.4 Tingsrätten och hovrätten ogillade DO:s talan eftersom Malmö kommun inte ansågs ha varit skyldig att åsidosätta de aktuella bestämmelserna i föräldrabalken, samt eftersom de diskriminerande bestämmelserna i föräldrabalken ansågs utgöra *lex specialis* i förhållande till diskrimineringslagens mer generella diskrimineringsförbud. DO överklagade hovrättens dom till Högsta domstolen, som den 28 februari 2020 beslutade att inte meddela prövningstillstånd.

4.7 Familjen Burston vänder sig till Justitiekanslern för att få statens ansvar för diskrimineringen prövad

4.7.1 Familjen Burston gör nu hos Justitiekanslern gällande att staten, genom den diskriminerande lagstiftningen, har överträtt familjens rätt att inte bli diskriminerad enligt artikel 14 i förening med artikel 8 i Europakonventionen.

4.7.2 Vid den prövning som Justitiekanslern har att göra uppstår inte de konstitutionella frågor om lagprövning som aktualiserades i diskrimineringsmålet mot Malmö kommun.

5 RÄTTSLIG ARGUMENTATION

5.1 Prövningsordningen

5.1.1 Av artikel 14 i Europakonventionen följer att åtnjutandet av de fri- och rättigheter som anges i konventionen ska säkerställas utan diskriminering på någon grund såsom kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åsikt, nationalitet eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt. ”Ställning i övrigt” inkluderar bland annat sexuell läggning (se Europadomstolens dom i målet *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, no. 33290/96, § 28, ECHR 1999-IX).

5.1.2 Prövningen av om det föreligger otillåten särbehandling enligt artikel 14 i Europakonventionen avser om den enskilde har påverkats negativt i sitt åtnjutande av en konventionsskyddad rättighet; på grund av sitt kön, sin sexuella läggning eller annan skyddad diskrimineringsgrund; i förhållande till någon i en relevant jämförbar situation; och särbehandlingen inte kan rättfärdigas (se *Biao v. Denmark* [GC], no. 38590/10, §§ 88–90, 24 May 2016).

5.1.3 De frågor som Justitiekanslern har att pröva är följaktligen (i) om familjen Burston omfattas av skyddet för familjeliv i artikel 8 i Europakonventionen, (ii) om familjen Burston på grund av makarna Burstons sexuella läggning och Debbie Burstons kön har påverkats negativt i åtnjutandet av sitt familjeliv, (iii) om familjen Burston har särbehandlats i förhållande till någon i en relevant jämförbar situation, och (iv) om det finns objektiva och godtagbara skäl för särbehandlingen och den därför kan rättfärdigas. Dessa frågor kommer i följande avsnitt att redogöras för i denna ordning.

5.2 Familjen Burston omfattas av skyddet för familjeliv i artikel 8 i Europakonventionen

5.2.1 Som hovrätten korrekt har bedömt omfattas familjen Burston av skyddet för familjeliv i artikel 8 i Europakonventionen. I avgörandet *Gas and Dubois v. France* från år 2012 fann Europadomstolen att en familj, som familjen Burston, med två kvinnor som levde tillsammans med ett barn som den ena av kvinnorna fött efter assisterad befruktning omfattades av skyddet för ”familjeliv” enligt artikel 8 (se *Gas and Dubois v. France*, no. 25951/07, ECHR 2012). Denna praxis har därefter bekräftats i storkammaravgörandet *X and Others v. Austria* från år 2013 (se *X and Others v. Austria* [GC], no. 19010/07, ECHR 2013).

5.2.2 Av Europadomstolens praxis står det alltså klart att familjen Burstons familjesituation omfattades av skyddet för familjeliv när lagstiftningen första gången tillämpades i familjen Burstons fall i samband med att Holly föddes år 2016. Följaktligen omfattades familjen Burston av skyddet för familjeliv även när Jack och John föddes år 2018.

- 5.3 Familjen Burston har på grund av makarna Burstons sexuella läggning och Debbie Burstons kön påverkats negativt i åtnjutandet av sitt familjeliv**
- 5.3.1 Som hovrätten korrekt har funnit har familjen Burston påverkats negativt i åtnjutandet av sitt familjeliv enligt artikel 8 i Europakonventionen på grund av makarna Burstons sexuella läggning och Debbie Burstons kön. Som hovrätten har konstaterat är artikel 14 i Europakonventionen därför tillämplig.
- 5.3.2 Det bör här framhållas att kraven som måste vara uppfyllda för att artikel 14 i Europakonventionen ska vara tillämplig är lågt ställda. Tillämpningen av artikel 14 förutsätter inte att en annan rättighet i konventionen samtidigt har *överträtts*. Det räcker att en åtgärd faller inom konventionens generella tillämpningsområde eller, annorlunda uttryckt, att det finns en koppling mellan särbehandlingen och något typ av hinder för utövandet av en konventionsskyddad rättighet. (Se t.ex. *Biao v. Denmark* [GC] § 88, *Karner v. Austria*, no. 40016/98, §§ 32–33, ECHR 2003-IX och *Schmidt and Dahlström v. Sweden*, 6 February 1976, § 39, Series A no. 21.)
- 5.3.3 Den särbehandling av familjen Burston som följer av 1 kap. 8 och 9 §§ föräldrabalken har inneburit att Debbie Burston inte har kunnat fastställas som barnens förälder; att Anna Burston blivit ensam förälder och vårdnadshavare; samt att Debbie, Holly, Jack och John Burston saknar rättsligt erkännande av sina faktiska familjeband. Detta har i sin tur medfört en rad konkreta negativa rättsliga och faktiska konsekvenser för hela familjen.
- 5.3.4 Exempelvis har det arvsrättsliga konsekvenser för familjen att Debbie Burston inte fastställts som barnens förälder. Eftersom Debbie Burston inte är barnens förälder enligt svensk rätt saknar

barnen rätt att arva henne när hon dör (se 2 kap. 1–4 §§ ärvdabalken) och om Anna Burstons skulle gå bort kommer Debbie Burstons inte att kunna arva hennes kvarlåtenskap med fri förfoganderätt, vilket kan påverka familjens möjlighet att i en sådan situation kunna bo kvar i sitt hem (se 3 kap. 1 § och 17 kap. 2 § ärvdabalken).

- 5.3.5 En annan konsekvens av att Debbie Burstons inte fastställts som barnens förälder är att hon inte kan få vårdnaden om barnen (se 6 kap. 2 § föräldrabalken). Att ha vårdnaden om ett barn innebär att man har det juridiska ansvaret för barnet, vilket medför en rad rättigheter och skyldigheter. Som exempel kan nämnas att en vårdnadshavare kan samtycka till vissa åtgärder av socialnämnden (se 6 kap. 13 a § föräldrabalken), har rätt att ta del av information i vården som inte hindras av sekretess (se 3 kap. 3 § patientlagen, 2014:821), samt har rätt att ta del av information om barnens utveckling i skolan (se 3 kap. 3 § skollagen, 2010:800).
- 5.3.6 Därtill är det nedsättande och kränkande att Debbie Burstons, men inte en heterosexuell man i hennes situation, blir hänvisad till att ansöka om tillstånd att få adoptera sina egna barn för att kunna fastställas som förälder och erhålla rättsligt erkännande för familjebanden mellan henne och barnen.
- 5.3.7 I förarbetena till införandet av reglerna om könsneutrala äktenskap betonades att olika rättsliga institut kan ha olika symbolvärden, vilka kan vara av stor betydelse för den enskilde. Även om samma rättsliga resultat i princip kunde uppnås genom civilt partnerskap ansågs införandet av könsneutrala äktenskap vara viktigt för att par av samma kön skulle ges legitimitet och få stöd i lag för sin samlevnad på ett sätt som inte framstår som mindre värdefullt än heterosexuella pars samlevnad. Det ansågs även viktigt för barn till samkönade föräldrar att de ser att samhället jämställer deras

föräldrar med andras. (Se bet. 2008/09:CU19 s. 11 f.) Motsvarande överväganden gör sig gällande med styrka här.

5.3.8 Omvägen till föräldraskap genom adoption innebär inte bara en extra tidsutdräkt och osäkerhet för familjen; den signalerar också att makarna Burstons familjeliv är mindre värdefullt och skyddsvärt än heterosexuella pars: Den ger intrycket att Debbie Burstons föräldraskap inte betraktas som lika legitimt av samhället, eftersom det inte automatiskt kan fastställas rättsligt.

5.3.9 Adoption innebär normalt att någon blir förälder till någon annans barn. Holly, Jack och John Burston är dock Debbie Burstons egna barn i alla relevanta avseenden och är dessutom erkända som det i Storbritannien. Att Debbie Burston, men inte en heterosexuell man i hennes situation, tvingas adoptera sina egna barn för att fastställas som förälder utgör därför i sig en negativ påverkan på familjen Burstons rätt till skydd för sitt familjeliv.

5.3.10 Vid dessa förhållanden får familjen Burstons situation, som hovrätten redan har bedömt, anses uppfylla de lågt ställda krav som uppställts för att artikel 14 i Europakonventionen ska vara tillämplig.

5.4 Familjen Burston har särbehandlats i förhållande till ett heterosexuellt par som fått barn genom assisterad befruktning i utlandet med anonym donator, vilket utgör en relevant jämförbar situation

5.4.1 Hovrätten har korrekt bedömt att familjen Burston har särbehandlats i förhållande till ett heterosexuellt par i en jämförbar situation.

5.4.2 Jämförelsen ska enligt Europadomstolens praxis göras med hänsyn till de omständigheter som karaktäriserar jämförelseobjektens situation i den aktuella kontexten och mot bakgrund av ändamålet

bakom den särbehandlande åtgärden (se t.ex. *Fábián v. Hungary* [GC], no. 78117/13, § 121, 5 September 2017).

- 5.4.3 Som exempel kan nämnas Europadomstolens dom i målet *Vallianatos and Others v. Greece* från 2013. Frågan i målet var om det utgjorde diskriminering att enbart heterosexuella par kunde ingå civila partnerskap enligt grekisk rätt. Europadomstolen noterade att syftet med partnerskapsinstitutionen var att ge ett rättsligt erkännande och skydd till stabila och hängivna förhållanden. Vid en jämförelse kunde Europadomstolen konstatera att homosexuella par var precis lika kapabla att bilda stabila och hängivna förhållanden som heterosexuella par och att de därför hade samma behov av ett rättsligt erkännande och skydd. Följaktligen befann de sig i en relevant jämförbar situation. (Se *Vallianatos and Others v. Greece* [GC], nos. 29381/09 and 32684/09, § 78, ECHR 2013, extracts.)
- 5.4.4 Familjen Burstons menar att det inte finns något i den aktuella kontexten som på ett relevant sätt särskiljer makarna Burstons från ett heterosexuellt par. Det huvudsakliga ändamålet bakom den särbehandlande åtgärden är att värna barnets möjligheter att få kunskap om sitt biologiska ursprung (se prop. 2004/05:137 s. 44 f.). Detta intresse gör sig gällande med samma styrka oavsett om barnet föds i ett hetero- eller homosexuellt förhållande, vilket är ett av skälen till att lagstiftaren nu infört samma regler för hetero- och homosexuella par (se prop. 2017/18:155 s. 52 f.).
- 5.4.5 Makarna Burstons är därför i en relevant jämförbar situation till ett heterosexuellt par som fått barn genom assisterad befruktning i utlandet med anonym donator och Holly, Jack och John är i en relevant jämförbar situation till barn som blivit födda i ett heterosexuellt förhållande under liknande omständigheter.

5.5 Det saknas objektiva och godtagbara skäl för särbehandlingen och den kan därför inte rättfärdigas

- 5.5.1 Hovrätten har felaktigt bedömt att särbehandlingen av familjen Burston kunde motiveras på en objektiv och godtagbar grund. Familjen Burston gör gällande att barnets rätt till kännedom om sitt genetiska ursprung inte kan vara ett objektivt och godtagbart skäl för att särbehandla hetero- och homosexuella par på det sätt som lagstiftningen har gjort i det här fallet.
- 5.5.2 Rättfärdigandetestet enligt artikel 14 i Europakonventionen avser om staten kan visa objektiva och godtagbara skäl för *särbehandlingen*. Mer konkret innebär det att särbehandlingen måste tjäna ett godtagbart syfte och de negativa konsekvenserna för den enskilde måste stå i rimlig proportion till det syftet (se t.ex. *X and Others v. Austria* [GC], § 98 och *Biao v. Denmark* [GC], § 90).
- 5.5.3 Sexuell läggning och kön är så kallade kvalificerade grunder på vilka särbehandling typiskt sett inte kan rättfärdigas. För att rättfärdiga särbehandling på grund av sexuell läggning eller kön krävs särskilt tungt vägande skäl (se *Hämäläinen v. Finland* [GC], no. 37359/09, § 109, ECHR 2014). Skillnader som enbart beror på den enskildes sexuella läggning kan enligt Europadomstolens praxis aldrig rättfärdigas (se t.ex. *X and Others v. Austria* [GC], § 99 och *E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, § 93, 22 January 2008).
- 5.5.4 Hovrätten har vid en samlad bedömning ansett att det har funnits särskilt tungt vägande skäl till den åtskillnad som gjordes mellan hetero- och homosexuella par (se s. 10 i hovrättens dom, bilaga 1).
- 5.5.5 Hovrätten har dock tillämpat det rättfärdigandetest som följer av Europadomstolens praxis felaktigt. Hovrätten har i praktiken nöjt sig

med att konstatera att den *särbehandlande regeln* syftar till att främja barnets legitima intresse av att kunna efterforska sitt genetiska ursprung. Att märka är dock att hovrätten varken bedömer eller förklarar på vilket sätt detta intresse motiverar *särbehandlingen* av hetero- och homosexuella par.

5.5.6 Syftet att värna barnets rätt att känna till sitt genetiska ursprung genom att kräva att den assisterade befruktningen sker i Sverige och med känd donator är i sig ett legitimt syfte. Men varken i lagförarbeten eller på annat sätt har det gjorts gällande att barnets intresse av att kunna efterforska sitt genetiska ursprung gör sig gällande i högre grad enbart på grund av att det föds i ett homosexuellt förhållande. Barnets rätt att känna till sitt genetiska ursprung kan därför inte motivera särbehandlingen.

5.5.7 Den omständigheten att lagen nu är lika för hetero- och homosexuella par kan, till skillnad från vad hovrätten anför, inte rättfärdiga den diskriminering som redan skett på grund av hur reglerna var utformade fram till och med den 1 januari 2019. Som tidigare anförts gör dessutom reglerna än idag skillnad mellan hetero- och homosexuella par som genomgått en assisterad befruktning före lagändringen.

5.5.8 Inte heller den omständigheten att Debbie Burston kan ansöka om adoption kan rättfärdiga särbehandlingen. Som redogjorts för i avsnitt 5.3 ovan är en av de negativa konsekvenserna av särbehandlingen att Debbie Burston, men inte en heterosexuell man i hennes situation, tvingas adoptera sina egna barn för att fastställas som deras förälder. Detta utgör följaktligen i sig diskriminering om inte särbehandlingen i 1 kap. 8 och 9 §§ föräldrabalken kan rättfärdigas av några andra särskilt tungt vägande skäl.

5.5.9 Sammantaget saknas skäl för varför kraven på att den assisterade befruktningen utfördes i Sverige med känd donator enbart gällde homosexuella par. Särbehandlingen vilar därför inte på en objektiv och godtagbar grund och kan inte rättfärdigas. Vid sådana förhållanden har staten överträtt familjen Burstons rättigheter enligt artikel 14 i förening med artikel 8 i Europakonventionen.

5.6 Familjen Burston har rätt till ideellt skadestånd

5.6.1 Vad gäller pågående överträdelser är en utgångspunkt att ett effektivt rättsmedel ska innebära en möjlighet att få till stånd ett upphörande av överträdelsen (se t.ex. rättsfallen *S.J.P and E.S. v. Sweden* (dec.), no. 8610/11, §§ 72 och 73, 16 December 2014 och NJA 2013 s. 746 p. 22 och 23). Eftersom Justitiekanslern inte kan besluta om att Debbie Burston ska fastställas som förälder kan emellertid inte ett upphörande komma till stånd genom Justitiekanslerns beslut. Frågan som Justitiekanslern har att ta ställning till är därför begränsad till om familjen Burston har rätt till skadestånd till följd av överträdelsen.

5.6.2 Enligt 3 kap. 4 § första stycket 2 skadeståndslagen ska staten ersätta bl.a. den ideella skada som har uppkommit till följd av att den skadelidandes rättigheter enligt Europakonventionen har överträtts. Av andra stycket samma bestämmelse följer att skadestånd endast ska utges i den utsträckning det är nödvändigt för att gottgöra överträdelsen. Bestämmelsen trädde i kraft den 1 april 2018.

5.6.3 Europadomstolen har i flera fall som rör diskriminering på grund av sexuell läggning eller kön uttalat att det inte är tillräckligt att en stat erkänner en överträdelse av konventionen; det krävs även skadestånd för att gottgöra den ideella skada som överträdelsen orsakat (se

exempelvis *X and Others v. Austria* [GC], § 157, och *E.B. v. France* [GC], § 102).

- 5.6.4 Skadestånd för ideell skada vid överträdelser av Europakonventionen ska bestämmas efter vad som är skäligt med hänsyn till överträdelsens art och omständigheterna i övrigt (se 5 kap. 8 § skadeståndslagen). Med överträdelsens art avses i första hand vilken rättighet i Europakonventionen som har överträtts och hur allvarlig överträdelsen har varit. Hänvisningen till omständigheterna i övrigt avser i första hand subjektiva moment. Avgörande ska då vara hur den konstaterade överträdelsen typiskt sett upplevs av en person i den skadelidandes situation. (Se prop. 2017/18:7 s. 65.)
- 5.6.5 I det här fallet har familjen Burston diskriminerats på grund av makarna Burstons sexuella läggning och Debbie Burstons kön, vilka båda är kvalificerade diskrimineringsgrunder. För familjen Burston har diskrimineringen, som angivits ovan i avsnitt 5.3, också medfört flera konkreta negativa konsekvenser för deras familjeliv. Det är alltså i grunden en allvarlig överträdelse av diskrimineringsförbudet. Överträdelsen är vidare pågående eftersom lagstiftningen fortfarande särbehandlar sökandena i strid med Europakonventionen.
- 5.6.6 Det bör avslutningsvis få betydelse för skadeståndets storlek att familjen Burston har drabbats av direkt diskriminerande familjerättslig *lagstiftning*. Eftersom diskrimineringsförbudet i första hand är ett minoritetsskydd är det särskilt allvarligt när majoriteten undergräver minoriteters ställning genom diskriminerande lagstiftning. I synnerhet familjerättslig lagstiftning har därtill en normerande verkan som riskerar att cementera diskriminerande strukturer, stereotyper och fördomar.

5.6.7 Sammantaget bör skadeståndet för familjen Burstön bestämmas till gemensamt 300 000 kronor. Skälet till att den ersättning som begärs av staten är lägre än den som DO begärde av Malmö kommun i diskrimineringsmålet är att det inte gäller något preventionspåslag vid skadestånd för överträdelser av Europakonventionen.

Som ovan,

Alexandra Loyd

Alexander Ottosson

Emilia Palm