



BESLUT

Datum
2021-03-25

Dnr
2020/5915

SKADESTÅNDSANSPRÅK MOT STATEN FÖR PÅSTÅDD SÄR- BEHANDLING AV SAMKÖNADE GIFTA PAR VID BEKRÄF- TELSE AV FÖRÄLDRASKAP

Justitiekanslerns beslut

Justitiekanslern avslår sökandenas anspråk.

Ärendet

Bakgrund

AA och BB, ett samkönat kvinnligt gift par, vände sig i juni 2014 till en fertilitetsklirik i Danmark. AA undertecknade ett samtycke till att BB genomgick en fertilitetsbehandling i form av assisterad befruktning med anonym spermiedonator. I juli 2016 födde BB barnet CC. Skatteverket fastställde i samband med födseln BB som CC:s mor och vårdnadshavare.

I samband med CC:s födelse inledde Malmö kommun en faderskapsutredning inom ramen för vilken AA och BB bekräftade att de använt sig av en anonym spermiedonator. Socialnämnden beslutade den 30 november 2016 att lägga ned utredningen eftersom det inte var möjligt att få de upplysningar som behövdes för att bedöma faderskapet. I beslutsunderlaget angavs bl.a. att BB hade visat intyg på att hon hade genomgått en IVF-behandling under konceptionstiden och att AA och BB hade valt en anonym spermiedonator. Socialnämnden fastställde inte AA som förälder till CC. Beslutet överklagades såvitt framkommit inte. AA registrerades som förälder till CC i sitt hemland Storbritannien. Skatteverket accepterade inte den registreringen som grund för att i Sverige registrera AA som CC:s förälder. Inte heller Skatteverkets beslut att avslå registreringen överklagades såvitt framkommit inte. AA har ansökt om att få adoptera CC.

Diskrimineringsombudsmannen (DO) väckte 2017 talan mot Malmö kommun för otillåten diskriminering och begärde diskrimineringsersättning för AA:s, BB:s och CC:s räkning. Som grund för talan angavs bl.a. att föräldrabalkens bestämmelser om fastställande av föräldraskap stred mot Europakonventionen. Tingsrätten och senare hovrätten ogillade talan. Högsta domstolen meddelade inte prövningstillstånd i målet.

BB genomgick, efter samtycke från AA, ytterligare en assisterad befruktning med anonym spermiedonator och i februari 2018 föddes tvillingarna DD och EE. En faderskapsutredning startades 2020 och är såvitt framkommit i ärendet inte avslutad.

Anspråket

AA, BB, CC, DD och EE (sökandena) har begärt skadestånd av staten med tillsammans 300 000 kr jämte ränta på beloppet från den 6 november 2020. Det yrkade beloppet avser ideellt skadestånd.

Sökandena har åberopat att staten har överträtt deras rätt enligt artikel 14 i förening med artikel 8 i Europakonventionen att inte diskrimineras i åtnjutande av sitt familjeliv på grund av sexuell läggning och kön. Överträdelsen har bestått i att det vid tidpunkten för CC:s, DD:s och EE:s födelse 2016 respektive 2018 gällde olika regler för homo- och heterosexuella par för registrering och fastställande av föräldraskap. De anför i huvudsak följande.

För gifta homosexuella par gällde vid tidpunkten att barnet måste ha tillkommit genom assisterad befruktning i Sverige med känd donator för att föräldraskapet skulle kunna fastställas. Motsvarande krav uppställdes inte för gifta heterosexuella par. För heterosexuella par var mannens samtycke till behandlingen tillräckligt för att faderskapet skulle kunna fastställas. Skillnaden i reglering berodde alltså på om moderns make var en man eller kvinna och på om föräldrarna var homo- eller heterosexuella.

Makarna AA och BB har ett homosexuellt förhållande och den assisterade befruktningen skedde utomlands med en anonym spermiedonator. AA:s föräldraskap till barnen har därför inte lagligen kunnat fastställas i Sverige. Makarna AA och BB samt deras barn har särbehandlats i förhållande till föräldrar och barn till föräldrar som lever i en heterosexuell relation. Den särbehandlande lagstiftningen har negativt påverkat familjens åtnjutande av skyddet för familjeliv enligt artikel 8 i Europakonventionen vilket fått till följd att barnen inte getts rättsligt erkännande av sina faktiska familjeband till sina båda föräldrar. Att AA på grund av sin sexuella läggning tvingas adoptera sina barn för att erkännas som deras förälder är nedsättande och kränkande. Därtill har BB blivit ensam förälder och vårdnadshavare vilket medfört en större osäkerhet för barnen vad gäller vårdnad och arv.

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. Att AA har att ansöka om adoption av sina egna barn är en del av särbehandlingen. Hovrätten har tillämpat det s.k. rättfärdigandetestet i Europadomstolens praxis felaktigt och förklarar inte på vilket sätt barnets bästa motiverar särbehandlingen av hetero- och homosexuella par.

Staten ska utge ersättning till sökandena för den ideella skada som överträdelsen medfört. Den ideella skadans storlek har uppskattats till det begärda beloppet.

Justitiekanslerns bedömning

Skadeståndsrättsliga och konventionsrättsliga utgångspunkter

Enligt 3 kap. 2 § 2 skadeståndslagen ska staten ersätta skada på grund av att någon kränks på sätt som anges i 2 kap. 3 § samma lag genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning. Ersättning för sådan ideell skada kan utgå med stöd av 2 kap. 3 § skadeståndslagen endast när den skadelidande har utsatts för en allvarlig kränkning genom vissa typiskt sett integritetskränkande brott. Med stöd av dessa regler är staten normalt inte skyldig att ersätta ideell skada som uppkommer vid myndighetsutövning.

Skadestånd ska också ges ut när Europakonventionen har överträtts, om det är nödvändigt för att gottgöra överträdelsen (se främst NJA 2005 s. 462 och NJA 2007 s. 584, jfr 3 kap. 4 § skadeståndslagen beträffande skadefall som inträffar efter den 1 april 2018). Med det menas skyldigheten enligt artikel 13 i konventionen att på det nationella planet tillhandahålla rättsmedel för att komma till rätta med konventionsöverträdelser. I dessa fall ska skadestånd, enligt Högsta domstolens praxis, i första hand ges ut med stöd av 3 kap. 2 § skadeståndslagen. Vid prövningen ska denna bestämmelse tolkas konformt med konventionen. När det gäller ersättning för ideell skada kan enligt Högsta domstolen de begränsningar som följer av 2 kap. 3 § skadeståndslagen inte bortfalla ens vid en konventionskonform tolkning. Därmed kan ersättning för ideell skada vid överträdelser av konventionen i regel inte grundas på skadeståndslagen. Sådan ersättning kan dock ges ut utan särskilt lagstöd och även i fall där anspråket avser beslut fattade av regeringen och riksdagen som inte har upphävts eller ändrats (jfr 3 kap. 7 § skadeståndslagen).

Kravet på effektivt rättsmedel enligt artikel 13 innebär i korthet att den som på rimliga grunder påstår sig ha blivit utsatt för en konventionsöverträdelse ska ha möjlighet att få påståendet prövat inför nationell myndighet. Rättsmedlet måste kunna leda till att kränkningen upphör eller att den som utsatts för en konstaterad överträdelse får rättelse eller gottgörelse. (Se SOU 2010:87 s. 156–158 och prop. 2017/18:7 s. 17.) Att överklaga en dom eller ett beslut till högre instans kan vara effektivt om överklagandet ger en reell möjlighet för den enskilde att få en ändring i sak. När detta inte är möjligt kan i stället ett kompensatoriskt rättsmedel som skadestånd vara det mest ändamålsenliga och effektiva rättsmedlet. Avhjälpan eller gottgörande på något annat sätt än genom ersättning är dock i allmänhet primära rättsmedel i förhållande till skadestånd (a. prop. s. 22 och NJA 2012 s. 211 I p. 25).

I artikel 8.1 i Europakonventionen slås fast att den enskilde har rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens. Enligt

artikelns andra paragraf får staten inskränka rättigheten under förutsättning att ingreppet har stöd i lag och är ägnat att tillgodose något allmänt eller enskilt intresse som räknas upp i artikel 8.2, t.ex. skydd för hälsa och moral eller andra personers fri- och rättigheter. Dessutom krävs att det finns en rimlig proportion mellan detta ändamål och de åtgärder som har vidtagits för att uppnå målet (den s.k. proportionalitetsprincipen). Som familj räknas bl.a. gifta makar och sambor – oavsett om samlevnaden är homosexuell eller inte – samt deras minderåriga barn. Rätten till respekt för familjelivet innebär som huvudregel en rätt för familjemedlemmarna att leva tillsammans och att på andra sätt upprätthålla och utveckla de ömsesidiga relationerna utan ingrepp från statens sida. (Se Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, femte upplagan, s. 365–371 och s. 393–403 med hänvisningar.)

Artikel 8 kan i vissa fall också ålägga staten att vidta positiva åtgärder för att skydda den enskildes privatsfär, t.ex. genom lagstiftning som ger barn en acceptabel familjerättslig status. De krav på skyddsåtgärder som ställs på staten måste dock vara rimliga. Vad som i huvudsak kan förväntas är att staten utfärdar lagar som ger ett tillfredsställande skydd för enskildas rättigheter och att de rättsvärdande myndigheterna kontrollerar att lagarna respekteras. Artikel 8 uppställer inte några detaljerade krav på hur staternas familjerättsliga lagstiftning ska utformas. De rättigheter som nationell lagstiftning ger ska vara effektiva och också i praktiken kunna åtnjutas av berörda personer.

Åtnjutandet av fri- och rättigheterna i Europakonventionen ska enligt artikel 14 säkerställas utan någon åtskillnad såsom på grund av kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt. Även sexuell läggning kan enligt Europadomstolens praxis utgöra grund för diskriminering. (Se Danelius, a.a., s. 549 f. och s. 565–566 med hänvisningar.)

Bestämmelser om assisterad befruktning och föräldraskapsbekräftelse

Möjligheten för registrerade partner och homosexuella sambor att genomgå insemination respektive befruktning utanför kroppen med donerade spermier och bestämmelsen om föräldraskap till barn som tillkommit genom assisterad befruktning infördes i föräldrabalken år 2005. Registrerat partnerskap var redan då i rättsligt hänseende i allt väsentligt likställt med äktenskap. Sedan år 2009 kan gifta samkönade par genomgå assisterad befruktning med donerade spermier.

Assisterad befruktning utförs dels i form av insemination, dels i form av befruktning utanför kroppen. Bestämmelser om detta finns i 6 och 7 kap. lagen (2006:351) om genetisk integritet m.m.

Reglerna om föräldra- och faderskapspresumtion när det gäller barn som har tillkommit genom assisterad befruktning ändrades den 1 januari 2019. Innan

dess kunde homosexuella par endast få föräldraskapet för den förälder som inte fött barnet fastställt om den assisterade befruktningen skett i Sverige med en känd donator i enlighet med lagen om genetisk integritet m.m. För heterosexuella par gällde att om modern var gift med en man presumerades han vara barnets far även om den assisterade befruktningen skett med en anonym donator och någon annanstans än i Sverige.

Sedan den 1 januari 2019 är reglerna om föräldraskap efter assisterad befruktning i utlandet desamma för olikkönade och samkönade par. Samtycke av en man som inte är barnets genetiska far eller av en kvinna kan utgöra grund för faderskap respektive föräldraskap enligt 1 kap. 9 § föräldrabalken, under förutsättning att behandlingen har utförts vid en behörig inrättning i utlandet och att barnet har rätt att ta del av uppgifter om spermiedonatorn.

Bedömningen i detta fall

Såsom begäran om skadestånd är utformad ska Justitiekanslern pröva om den familjerättsliga lagstiftningen rörande fastställande av föräldraskap så som den var utformad innan den 1 januari 2019 och som bestämmelserna har kommit att tillämpas i sökandenas fall, utgör grund för att tillerkänna dem skadestånd. Sökandena har även framfört argument som ger uttryck för att hovrättens dom i målet om diskrimineringsersättning enligt deras uppfattning är felaktig.

Enligt sökandena utgör den tidigare formuleringen i 1 kap. 9 § andra stycket föräldrabalken och den skillnad som gjordes mellan gifta homosexuella par å ena sidan och gifta heterosexuella par å andra sidan en otillåten särbehandling av homosexuella par vid utövande av deras rättigheter enligt artikel 8 i Europakonventionen. Justitiekanslern har i ett ärende prövat huruvida kravet på föräldrabekräftelse för homosexuella par i 1 kap. 9 § andra stycket föräldrabalken utgjorde ett åsidosättande av artikel 8 och artikel 14 i Europakonventionen och kommit fram till att så inte var fallet (dnr 2016/4491). Högsta förvaltningsdomstolen har relativt nyligen tagit ställning till om föräldraskap för ett homosexuellt par som fastställts i ett annat nordiskt land kan läggas till grund för en registrering av föräldraskap i den svenska folkbokföringsdatabasen. I målet prövades vissa frågor rörande den tidigare lydelsen av 1 kap. 9 § föräldrabalken och artikel 8 och 14 i Europakonventionen (se HFD 2020 ref. 13).

Som framgår ovan väckte DO för AA:s, BB:s och CC:s räkning talan mot Malmö kommun angående kommunens tillämpning av reglerna i föräldrabalken. DO gjorde bl.a. gällande att 1 kap. 9 § föräldrabalken stred mot såväl 2 kap. 12 och 19 §§ regeringsformen som artikel 8 och 14 i Europakonventionen och begärde att diskrimineringsersättning skulle utgå.

Inom ramen för sin prövning tog hovrätten bl.a. ställning till huruvida de då aktuella bestämmelserna i föräldrabalken stred mot Europakonventionen.

Hovrätten gjorde bedömningen att även om homosexuella gifta par vilka genomgått insemination utomlands skulle anses vara i en jämförbar situation med gifta heterosexuella par i samma situation och därmed behandlades annorlunda var det inte fråga om en överträdelse av Europakonventionen. Hovrätten redogjorde bl.a. för att ett avgörande skäl för att inte låta den tidigare lydelsen av 1 kap. 9 § föräldrabalken omfatta behandlingar utomlands var att lagstiftaren ville värna barnets möjligheter att få kunskap om sitt biologiska ursprung (se prop. 2004/05:137 s. 44 f.) Hovrätten konstaterade också att lagändringen den 1 januari 2019 hade medfört att även heterosexuella par som genomgick assisterad befruktning utomlands förutsatte att barnet hade rätt att ta del av uppgifter om spermiedonatorn. Därmed hade särbehandlingen skett på objektiv och godtagbar grund.

Sökandena begär nu skadestånd och framför i allt väsentligt samma grunder som i målet om diskrimineringsersättning. I sin ansökan hit argumenterar de också för att hovrätten gjort en felaktig bedömning, särskilt vad gäller frågan om särbehandlingen skett på objektiva och godtagbara skäl.

När det gäller frågan om särbehandling och huruvida den har skett på en godtagbar grund delar Justitiekanslern den uppfattning som framgår av hovrättens domskäl. Det kan noteras att de begränsningar som i Sverige gäller vid fastställelse av såväl faderskap som föräldraskap efter assisterad befruktning vid flera tillfällen har varit föremål för lagstiftarens överväganden. Barnets rätt till kunskap om sitt genetiska ursprung har som framgår av hovrättens domskäl vid dessa överväganden tillmätts avgörande betydelse (se bl.a. prop. 2004/05:137 s. 39 och prop. 2017/18:155 s. 25 f., 36 och 52 f. Se även HFD 2020 ref. 13 p. 31). Av nämnda förarbeten framgår även att förhållanden och omständigheter i sjukvårdsinrättningar utomlands har haft betydelse för övervägandena.

En skillnad i behandling är diskriminerande om den inte kan motiveras sakligt eller om åtgärden inte är proportionerlig i förhållande till det ändamål som ska uppnås. Som framgår ovan gör Justitiekanslern samma bedömning som hovrätten i frågan om skillnaden i behandling varit godtagbar (sakligt motiverad). Vidare finns det i svensk rätt förutsättningar för AA att etablera en rättslig relation med CC, DD och EE genom adoption. Särbehandlingen kan därför inte heller betraktas som oproportionerlig. På vilket sätt ett erkännande av en familjrelation uppnås ryms inom ramen för staternas bedömningsmarginal (se Europadomstolens rådgivande yttrande den 10 april 2019 [Advisory opinion], punkterna 51, 53 och 55) och medlemsstaterna har en bred bedömningsmarginal i den här typen av frågor se (se Europadomstolens domar den 16 juli 2014 i målet *Hämäläinen mot Finland*, punkt 67 och den 24 januari 2017 i målet *Paradiso och Campanelli mot Italien*, punkt 182 och motsvarande resonemang i HFD 2020 ref. 13 p. 28). Europadomstolen har accepterat att en övergång till könsneutrala regler inte alltid kan ske omedelbart samt har gett staterna stor frihet att själva avgöra vid vilken tidpunkt reformer på detta område ska genomföras.

Vidare har enligt Justitiekanslern AA:s, BB:s och CC:s påstående om konventionsöverträdelser prövats fullt ut och på ett effektivt sätt inom ramen för domstolarnas prövning i målet om diskrimineringsersättning. Hovrätten har prövat och tagit ställning till sökandenas påståenden och gjort en rättslig analys av frågan om Europakonventionen åsidosatts på ett fullt godtagbart sätt. Justitiekanslern finner att den bedömning som gjorts inte är skadeståndgrundande i något hänseende (jfr NJA 2013 s. 842). Som nämnts ovan har Högsta domstolen inte heller meddelat prövningstillstånd. Om domstolarna skulle ha bifallit talan och konstaterat att det var fråga om diskriminering, hade det även varit möjligt med gottgörelse i form av diskrimineringsersättning. Att talan ogillades medför inte att rättsmedlet inte har varit effektivt. Det kan slutligen noteras att AA och BB inte överklagade Skatteverkets beslut att inte registrera AA som förälder till CC. AA:s, BB:s och CC:s anspråk ska alltså avslås.

Barnen DD och EE har inte fått sitt påstående om konventionsöverträdelser prövade i målet om diskrimineringsersättning. Eftersom omständigheterna, däribland relationen till AA och BB, är desamma som i CC:s fall och samma lagstiftning gör sig gällande finner Justitiekanslern emellertid inte skäl att göra en annan bedömning i frågan om huruvida en överträdelse av Europakonventionen har skett i deras fall. Även DD:s och EE:s anspråk ska därför avslås.

Ärendet har föredragits av Annika Grönlund. I ärendets beredning har också byråchefen Anna Erman och föredraganden Jens Kallmin deltagit.

Mari Heidenborg

Detta beslut har godkänts digitalt och saknar därför namnunderskrift.

Upplysningar om överklagande m.m.

Justitiekanslerns beslut har fattats enligt bestämmelserna om statens frivilliga skadereglering som finns i förordningen (1995:1301) om handläggning av skadeståndsanspråk mot staten. Beslutet kan inte överklagas. Den som är missnöjd med beslutet kan väcka talan mot staten i allmän domstol för att få begäran prövad i den ordning som gäller för tvistemål.

Exp. till

Sökanden