



UPPSALA  
UNIVERSITET

Juridiska institutionen  
Vårterminen 2018

Examensarbete i internationell privat- och processrätt  
30 högskolepoäng

# Läran om *fraude à la loi* och internationella surrogatarrangemang

– En internationellt privaträttslig studie om kringgående av lagen

*Fraude à la loi* and Transnational Surrogacy Arrangements

– A Private International Law Study on the Evasion of Law

Författare: Rebecca Norell

Handledare: Professor Maarit Jänterä-Jareborg





# Förkortningar

<b>Arvsförordningen</b>	Europaparlamentets och rådets (EU) förordning nr 650/2012 om behörighet, tillämplig lag, erkännande och verkställighet av officiella handlingar i samband med arv och om inrättandet av ett europeiskt arvsintyg
<b>Bryssel Ia</b>	Europaparlamentets och rådets (EU) förordning nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (omarbetning)
<b>Bryssel II</b>	Rådets förordning (EG) nr 2201/2003 av den 27 november 2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar samt om upphävande av förordning (EG) nr 1347/2000
<b>EKMR</b>	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
<b>EU-domstolen</b>	Europeiska unionens domstol
<b>Europadomstolen</b>	Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna
<b>FB</b>	Föräldrabalk (1949:381)
<b>FEUF</b>	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
<b>GIL</b>	Lag (2006:351) om genetisk integritet m.m.
<b>HD</b>	Högsta domstolen
<b>HFD</b>	Högsta förvaltningsdomstolen
<b>IDL</b>	Lag (1937:81) om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo
<b>IFL</b>	Lag (1985:367) om internationella faderskapsfrågor
<b>Insolvensförordningen</b>	Rådets förordning (EG) nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden ( <b>äldre lydelse</b> ) / Europaparlamentets och rådets (EU) förordning 2015/848 av den 20 maj 2015 om insolvensförfaranden (omarbetning) ( <b>nuvarande</b> )
<b>IP-rätt</b>	Internationell privat- och processrätt
<b>IÄL</b>	Lag (1904:26) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap
<b>LIA</b>	Lag (1971:796) om internationella rättsförhållanden rörande adoption

<b>NJA</b>	Nytt juridiskt arkiv
<b>Prop.</b>	Proposition
<b>RB</b>	Rättegångsbalk (1942:740)
<b>RF</b>	Regeringsformen
<b>RH</b>	Rättsfall från hovrätterna
<b>Rom I</b>	Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser
<b>RÅ</b>	Regeringsrättens årsbok
<b>SOU</b>	Statens offentliga utredningar
<b>SvJT</b>	Svensk juristtidning

# Relevant terminologi

<b>Altruistiskt surrogatarrangemang</b>	Surrogatarrangemang där särskild ersättning inte utgår till surrogatmodern för att hon agerar som surrogatmor.
<b>Genetisk förälder</b>	En person som har bidragit med ägg eller spermier till befruktningen och därigenom får en genetisk koppling till det barn som föds som ett resultat därav.
<b>Internationellt surrogatarrangemang</b>	Surrogatarrangemang som involverar personer från mer än ett land. Vanligtvis avses att de tilltänkta föräldrarna har hemvist i ett land och surrogatmodern i ett annat. Begreppet ”gränsöverskridande surrogatarrangemang” används i samma betydelse.
<b>IVF</b>	In vitro-fertilisering, en fertilitetsmetod som innebär att ett ägg befruktas utanför kvinnans kropp innan det förs in i livmodern.
<b>Kommersiellt surrogatarrangemang</b>	Surrogatarrangemang där särskild ersättning utgår till surrogatmodern för att hon agerar som surrogatmor.
<b>Rättslig förälder</b>	En person som har erhållit rättslig status som förälder och därtill knutna rättigheter och skyldigheter.
<b>Surrogatavtal</b>	Avtal varigenom surrogatmodern förbinder sig att överlämna barnet till de tilltänkta föräldrarna efter födseln samt, vid kommersiella surrogatarrangemang, varigenom de tilltänkta föräldrarna förbinder sig att utge ersättning till surrogatmodern.
<b>Surrogatmoder</b>	En kvinna som blir gravid med avsikten att överlämna barnet till de tilltänkta föräldrarna och avsäga sig all rätt till barnet i enlighet med en uppgörelse som har gjorts innan graviditeten inleddes.
<b>Tilltänkt förälder</b>	En person som har ingått ett avtal med surrogatmodern om att bli förälder till det barn som tillkommer genom ett surrogatarrangemang.



# Innehållsförteckning

1 Inledning	1
<b>1.1 Bakgrund</b>	<b>1</b>
<b>1.2 Syfte och frågeställningar</b>	<b>3</b>
<b>1.3 Avgränsningar</b>	<b>4</b>
<b>1.4 Metod och material</b>	<b>6</b>
<b>1.5 Disposition</b>	<b>9</b>
2 Läran om fraude à la loi	12
<b>2.1 Inledning</b>	<b>12</b>
<b>2.2 Definitionen av fraude à la loi</b>	<b>12</b>
2.2.1 Fraude à la loi och forum shopping – när anknytningen är skör	14
2.2.2 Kravet på avsikt att kringgå lagen	17
2.2.3 Effekten av fraude à la loi	19
2.2.4 En ledande definition	19
<b>2.3 Fraude à la loi i autonom svensk IP-rätt</b>	<b>19</b>
2.3.1 Rättspraxis	20
2.3.2 Förarbeten	22
2.3.3 Slutsats	24
<b>2.4 Fraude à la loi i svensk IP-rätt med EU-rättsligt ursprung</b>	<b>24</b>
2.4.1 Arvsförordningen	25
2.4.2 EU-domstolens praxis	26
2.4.3 Etableringsfriheten som begränsning samt slutsats	29
<b>2.5 Sammanfattning och avslutande diskussion</b>	<b>30</b>
3 Internationella surrogatarrangemang	32
<b>3.1 Surrogatarrangemang och det IP-rättsliga intresset</b>	<b>32</b>
<b>3.2 Surrogatarrangemang som har anknytning till Sverige</b>	<b>34</b>
3.2.1 Den svenska inställningen till surrogatmoderskap	34

3.2.2 Gränsöverskridande surrogatarrangemang med personer från Sverige	35
<b>3.3 Rättsligt föräldraskap vid internationella surrogatarrangemang</b>	<b>36</b>
3.3.1 Fastställande av moderskap	36
3.3.1.1 Materiella regler	36
3.3.1.2 IP-regler	36
3.3.2 Fastställande av faderskap	37
3.3.2.1 Materiella regler	37
3.3.2.2 IP-regler	38
3.3.3 Erkännande av utländska avgöranden rörande fastställande av föräldraskap	41
<b>3.4 Svensk rättspraxis</b>	<b>42</b>
3.4.1 NJA 2006 s. 505	42
3.4.2 Praxis från Svea hovrätt	43
<b>3.5 Sammanfattning och avslutande diskussion</b>	<b>45</b>
4 Internationella surrogatarrangemang och fraude à la loi	47
<b>4.1 Kringgående av lagen</b>	<b>47</b>
4.1.1 Den tilltänkta modern	47
4.1.2 Den tilltänkta fadern	49
<b>4.2 Behovet av läran om fraude à la loi</b>	<b>51</b>
4.2.1 Förhållandet till ordre public-förbehållet	51
4.2.2 Risken för normalisering samt för att det skapas legitima förväntningar	54
4.2.3 Slutsats: läran om fraude à la loi fyller en särskild funktion	56
<b>4.3 Sammanfattning och avslutande diskussion</b>	<b>57</b>
5 Fraude à la loi och Europakonventionens skydd för privat- och familjeliv	58
<b>5.1 Inledning</b>	<b>58</b>
<b>5.2 EKMR artikel 8</b>	<b>58</b>
<b>5.3 Europadomstolens praxis om internationella surrogatarrangemang</b>	<b>60</b>
5.3.1 Mennesson/Labasse mot Frankrike	60
5.3.2 Paradiso och Campanelli mot Italien (GC)	64



<b>5.4 Fraude à la loi – förenligt med Europakonventionen? Diskussion och slutsatser i denna del</b>	<b>68</b>
<b>6 Ett förstärkt skydd mot kringgående</b>	<b>70</b>
<b>6.1 Internationell reglering</b>	<b>70</b>
6.1.1 Gränsöverskridande problem kräver gränsöverskridande lösningar	70
6.1.2 Samarbete inom EU	70
6.1.3 Haagkonferensen för internationell privaträtt: The Surrogacy/Parentage Project	72
<b>6.2 Nationell reglering</b>	<b>74</b>
6.2.1 I väntan på Godot – en nationell lösning?	74
6.2.2 Lagförslagen i proposition 2017/18:155 och SOU 2016:11	74
6.2.3 Alternativa lösningar	78
<b>7 Sammanfattning och avslutande diskussion</b>	<b>80</b>
<b>Källförteckning</b>	<b>82</b>



# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Den internationella privat- och processrätten reglerar privaträttsliga rättsförhållanden som har internationell karaktär, dvs. som anknyter till mer än ett land.<sup>1</sup> Den internationella privaträtts huvuduppgift är att fastställa vilket lands rättsordning som är tillämplig på ett visst förhållande.<sup>2</sup> Vid utformningen av lagvalsreglerna är principen om den starkaste anknytningen central.<sup>3</sup> Denna IP-rättsliga ”huvudprincip” innebär att varje privaträttsligt förhållande bör vara underkastat lagen i det land till vilket det har den starkaste naturliga anknytningen.<sup>4</sup>

Frågan om tillämplig lag avgörs utifrån ett objektivt eller subjektivt anknytningsmoment till rättsordningen.<sup>5</sup> När en objektiv lagvalsregel tillämpas utgör den i regeln angivna anknytningsomständigheten en presumtion avseende vilken rättsordning förhållandet har starkast anknytning till som inte går att motbevisa.<sup>6</sup> Den av lagstiftaren valda anknytningsomständigheten ger uttryck för rättspolitiska överväganden och uppfattningen om vilken som är den starkaste anknytningen varierar därför ofta från land till land.<sup>7</sup> Eftersom det objektiva lagvalet utgör en schematisk lösning kan tillämpningen av en sådan lagvalsregel i det enskilda fallet leda till att en annan rättsordning blir tillämplig än den som parterna själva känner starkast tillhörighet till.

Ett subjektivt lagval innebär att parternas vilja avgör vilken lag som blir tillämplig.<sup>8</sup> Partsautonomin har traditionellt varit mest omfattande inom delar av förmögenhetsrätten.<sup>9</sup> Parternas vilja har dock fått allt större betydelse som anknytningsfaktor, framförallt inom ramen för det EU-rättsliga samarbetet. Idag finns både inom förmögenhets- och familjerätten vissa möjligheter för parterna att avtala om tillämplig lag och behörigt forum.<sup>10</sup> Oavsett om lagvalet är objektivt eller subjektivt är lagvalsreglernas syfte att lagen med starkast anknytning till rättsförhållandet som huvudregel ska tillämpas.<sup>11</sup>

---

<sup>1</sup> Maarit Jänterä-Jareborg, *Partsautonomi och efterlevande makes rättsställning: En internationellt-privaträttslig studie*, Lustus, Uppsala 1989, s. 16.

<sup>2</sup> Michael Bogdan, *Internationell privat- och processrätt*, 8 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2014, s. 20.

<sup>3</sup> Bogdan 2014, s. 26.

<sup>4</sup> Bogdan 2014, s. 26.

<sup>5</sup> Jänterä-Jareborg 1989, s. 49.

<sup>6</sup> Jänterä-Jareborg 1989, s. 21.

<sup>7</sup> Bogdan 2014, s. 26–27.

<sup>8</sup> Jänterä-Jareborg 1989, s. 27.

<sup>9</sup> Jänterä-Jareborg 1989, s. 29.

<sup>10</sup> Se t.ex. Haagprotokoll av den 23 november 2007 om tillämplig lag avseende underhållsskyldighet artikel 8, arvsförordningen artikel 5, Rom I artikel 3 och Bryssel Ia artikel 25.

<sup>11</sup> Bogdan 2014, s. 27.

Ibland vill den ena eller båda parterna uppnå ett resultat som inte är möjligt genom en tillämpning av lagen i den rättsordning som rättsförhållandet har starkast anknytning till. Eftersom de nationella rättsordningarna har olika utformning kan ett intresse uppstå av att utnyttja IP-reglerna i syfte att kringgå lagen. Läran om *fraude à la loi* behandlar sådant missbruk av IP-rätten.<sup>12</sup> Läran tar sikte på fall där anknytningen till rättsordningen är svag eller endast har skapats i syfte att uppnå IP-rättsliga fördelar.<sup>13</sup> Genom att söka sig utomlands eller på annat sätt skapa en anknytning till en annan rättsordning försöker parterna att kringgå lagen som annars hade varit tillämplig.<sup>14</sup> Ett klassiskt exempel på *fraude à la loi* är att någon förvärvar ett medborgarskap endast i syfte att kringgå annars tillämpliga indispositiva regler om arv eller äktenskapsskillnad. Lärans ställning inom IP-rätten är omdiskuterad men i takt med att rörligheten över landsgränserna ökar och skillnaderna mellan olika nationella regelverk kvarstår blir det tydligt att kringgående av lag är en central fråga inom den allmänna delen av IP-rätten.

Problematiken blir särskilt framträdande i situationer där de nationella regelverken skiljer sig åt och parterna har ett starkt intresse av att uppnå ett resultat som inte är möjligt genom en tillämpning av svensk lag eller den lag som annars är tillämplig enligt svenska lagvalsregler. Frågor som rör kringgående av lag uppkommer därför bland annat vid internationella surrogatarrangemang. Drivna av sin önskan att bli föräldrar söker sig personer med hemvist i Sverige till länder med surrogatvänliga regelverk för att kringgå det svenska förbudet mot surrogatmoderskap. Antalet barn som har tillkommit genom sådana arrangemang har enligt uppgifter från svenska myndigheter ökat under åren 2010–2015 och ungefär 50 barn som har fötts efter ett surrogatarrangemang i utlandet kommer årligen till Sverige.<sup>15</sup> Utvecklingen är inte unik för Sverige, tvärtom följer ökningen en internationell trend.<sup>16</sup> ”Reproduktionsturism” är ett globalt fenomen och har de senaste åren uppmärksammats i både nationella och internationella rapporter.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> Eng. *evasion of the law*. Latin *in fraudem legis*. Ibland på svenska ”kringgåendeläran”, se Bogdan 2014, s. 82.

<sup>13</sup> Bogdan 2014, s. 83.

<sup>14</sup> Bogdan 2014, s. 83.

<sup>15</sup> SOU 2016:11 s. 458.

<sup>16</sup> Se t.ex. Wannas van Hoof m.fl., ”Cross-border Reproductive Care for Law Evasion: Should Physicians Be Allowed to Help Infertility Patients Evade the Law of Their Own Country?”, *European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology* 202 (2016), pp. 101–105, s. 101.

<sup>17</sup> Haagkonferensen för internationell privaträtt har tagit fram tre rapporter: *A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements* (2014), *The Desirability and Feasibility of Further Work on the Parentage/Surrogacy Project* (2014) och *The Parentage/Surrogacy Project: An Updating Note* (2015). Europaparlamentets utskott för rättsliga frågor analyserar problemen i en EU-rättslig kontext i *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States* (2013). Se också Statens medicinsk-etiska råd, Smer rapport 2013:1 *Assisterad befruktning – etiska aspekter*.

När den eller de som har genomfört ett surrogatarrangemang i utlandet återvänder till Sverige med ett eller flera barn ställs svenska domstolar och myndigheter inför svåra IP-rättsliga frågor vad gäller föräldraskapet. Vilken rättsordning är tillämplig på frågan om fastställande av föräldraskap i dessa fall? Kan ett utländskt avgörande som lagt surrogatavtalet till grund för fastställande av föräldraskapet erkännas i Sverige även om de tilltänkta föräldrarna inte kan fastställas som barnets rättsliga föräldrar enligt svensk lag? Och i vilken utsträckning påverkas dessa frågor av att parterna har agerat i avsikt att kringgå svensk lag?

Skillnaderna mellan olika länders materiella och IP-rättsliga regler om fastställande av föräldraskap till barn som tillkommer genom surrogatarrangemang riskerar att ge upphov till s.k. haltande föräldraskap, alltså rättsförhållanden som är giltiga i vissa men inte i andra länder.<sup>18</sup> Internationella surrogatarrangemang ger upphov till en spänning mellan olika skyddsvärda intressen och frågan om rättsligt föräldraskap, som tidigare har varit av litet IP-rättsligt intresse, har blivit högst aktuell. Hur ska egentligen skälen mot att tillåta surrogatarrangemang och strävan efter att stävja missbruk av IP-rätten vägas mot de svårigheter som ett haltande föräldraskap innebär? Genom att undersöka läran om fraude à la loi i förhållande till internationella surrogatarrangemang kommer denna problematik att utforskas i uppsatsen.

## 1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsens övergripande syfte är att utreda och analysera i vilken utsträckning svensk lag kringgås när personer med hemvist i Sverige genomför surrogatarrangemang i utlandet samt om läran om fraude à la loi kan användas för att avhjälpa problemen.

Syftet är tvådelat: dels syftar uppsatsen till att analysera vilken funktion läran om fraude à la loi fyller och kan fylla i svensk IP-rätt, dels syftar uppsatsen till att analysera de särskilda problem med kringgående av lag som uppstår när personer med hemvist i Sverige söker sig utomlands för att bli föräldrar genom surrogatmoderskap och de särskilda intresseavvägningar som måste göras i dessa fall.

Uppsatsen syftar främst till att utreda vad läran om fraude à la loi innebär, vilken vikt som läran tillmäts i gällande rätt och vilka intressen som måste vägas mot att

---

<sup>18</sup> Ang. definitionen av haltande rättsförhållanden se Bogdan 2014, s. 27 och Patrick Kinsch, "Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law", *Convergence and Divergence in Private International Law: Liber Amicorum Kurt Siehr*, Boele-Woelki m.fl. (ed.), Eleven International Publishing, Haag 2010, s. 260.

skydda genomslaget för svensk lag om läran skulle ges en mer framträdande roll. Tyngdpunkten i framställningen ligger således på syftets första del. Analysen av internationella surrogatarrangemang som involverar personer från Sverige och konsekvenserna av dessa arrangemang används som en exemplifiering för att belysa hur läran om fraude à la loi kan användas som förklaringsmodell och verktyg för svenska domstolar i en konkret rättslig kontext.

För att uppnå syftet kommer följande frågeställningar att besvaras:

- Vad innebär läran om fraude à la loi? Närmare, vilka rekvisit krävs för att fraude à la loi ska föreligga och vad blir effekten av att rekvisiten är uppfyllda?
- Vilken ställning har läran om fraude à la loi i den svenska IP-rätten?
- Hur fastställs föräldraskapet till barn som föds av en surrogatmoder i utlandet?
- I vilken utsträckning kringgås svensk lag när personer med hemvist i Sverige söker sig utomlands för att genomföra surrogatarrangemang?
- Kan läran om fraude à la loi avhjälpa de identifierade problemen?
- Är ett förstärkt skydd mot fraude à la loi förenligt med Europakonventionens skydd för privat- och familjeliv?
- Hur bör ett förstärkt skydd mot kringgående av lagen i dessa fall i sådana fall utformas?

### 1.3 Avgränsningar

Eftersom uppsatsen syftar till att utforska den IP-rättsliga problematik som uppstår vid internationella surrogatarrangemang kommer jag inte att ta ställning till frågan om surrogatarrangemang bör tillåtas eller inte. De etiska problem som uppstår i dessa fall behandlas därför endast i den utsträckning de är relevanta för den principiella frågan om kringgående av lag.

De centrala IP-rättsliga frågorna vid internationella surrogatarrangemang fokuserar kring det rättsliga föräldraskapet. Arrangemangen ger därutöver upphov till följdfrågor, exempelvis vad gäller barnets medborgarskap och inrese- och uppehållstillstånd.<sup>19</sup> När personer med hemvist i Sverige söker sig utomlands för att genomföra surrogatarrangemang görs dock detta i syfte att uppnå ett resultat vad gäller föräldraskapet som inte är möjligt att uppnå genom en tillämpning av svensk lag, inte för att

---

<sup>19</sup> Se t.ex. Uglješa Grušić m.fl., *Cheshire, North and Fawcett: Private International Law*, Torremans & Fawcett (ed.), 15 uppl., Oxford University Press, Oxford 2017, s. 1179.

kringgå reglerna om beviljande av svenskt medborgarskap eller inrese- och uppehållstillstånd. Jag har därför valt att avgränsa behandlingen till frågan om fastställande av föräldraskap eftersom det är denna fråga som aktualiserar läran om fraude à la loi.

Frågan om huruvida utländska avgöranden som fastställer de tilltänkta föräldrarna som barnets rättsliga föräldrar strider mot svensk ordre public är en närliggande, men separat fråga. För att kunna utreda behovet av läran om fraude à la loi i svensk IP-rätt behandlar uppsatsen hur läran om fraude à la loi förhåller sig till det IP-rättsliga ordre public-förbehållet. Möjligheterna att frångå den tillämpliga rättsordningen eller att vägra erkänna ett utländskt avgörande med hänsyn till ordre public kommer dock endast att behandlas i den utsträckning det är nödvändigt för att uppnå uppsatsens syfte. För en mer ingående analys av denna problematik hänvisas till andra framställningar.<sup>20</sup>

Trots att gränsöverskridande surrogatarrangemang och deras rättsliga verkningar är ett globalt problem fokuserar uppsatsen på fall som involverar personer med hemvist i Sverige eftersom syftet är att undersöka kringgående av svensk lag. Jämförelser med utländska rättsordningar kommer därför endast att göras i den utsträckning de kan belysa problem och lösningar som är relevanta för den svenska IP-rätten. Frankrike utgör då ett naturligt jämförelseobjekt av flera skäl. Läran om fraude à la loi åtnjuter en särskilt stark ställning i den franska rättsordningen vid en internationell jämförelse.<sup>21</sup> Frankrike har också varit part i två centrala mål vid Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen) rörande rätten till privat- och familjeliv och åtgärder som syftar till att bekämpa kringgående av fransk lag vid internationella surrogatarrangemang.<sup>22</sup> Av dessa samt av språkliga skäl görs främst internationella utblickar mot den franska rättsordningen.

Majoriteten av de tilltänkta föräldrarna vid surrogatarrangemang som involverar personer från Sverige utgörs av olikkönade par.<sup>23</sup> Nästan alla övriga arrangemang innefattar ett samkönat manligt par eller en ensamstående man.<sup>24</sup> Eftersom syftet med uppsatsen är att utreda de problem med kringgående av lag som gällande rätt ger upphov till

---

<sup>20</sup> Se t.ex. en tidigare uppsats som har behandlat just detta, Melissa Agaeva, *Gränsöverskridande surrogatarrangemang – i strid med grundläggande svenska värderingar? En internationellt privaträttslig studie*, Examensarbete i internationell privat- och processrätt, Juridiska institutionen, Uppsala universitet, HT 2015.

<sup>21</sup> Lennart Pålsson, *Marriage in Comparative Conflict of Laws: Substantive Conditions*, Martinus Nijhoff Publishers, Haag 1981, s. 162 och Ronald Graveson, "Comparative Aspects of the General Principles of Private International Law", *Recueil des cours: Académie de droit international de La Haye*, 1963 vol. 109, pp. 4–164, s. 53.

<sup>22</sup> *Menesson mot Frankrike*, mål nr 65192/11, avgjort 26 juni 2014 och *Labasse mot Frankrike*, mål nr 65941/11, avgjort 26 juni 2014.

<sup>23</sup> SOU 2016:11 s. 455.

<sup>24</sup> SOU 2016:11 s. 455.

kommer analysen att avgränsas till vad som gäller för dessa fall. Vad som gäller när de tilltänkta föräldrarna utgörs av ett samkönat kvinnligt par eller av en ensamstående kvinna kommer därför inte att behandlas.

Den svenska IP-rätten består av regler med ursprung i autonom svensk rätt, i internationella konventioner och i EU-rättslig lagstiftning.<sup>25</sup> Det EU-rättsliga samarbetet har haft ett betydande inflytande över den svenska IP-rätten.<sup>26</sup> Ett antal förordningar som reglerar domsrätt, lagval samt erkännande och verkställighet av utländska avgöranden har antagits inom flera olika rättsområden. Många svenska IP-regler har därför numera EU-rättsligt ursprung.<sup>27</sup> Delar av IP-rätten har sedan länge också varit föremål för konventionsreglering.<sup>28</sup> Läran om fraude à la loi har dock inte utvecklats särskilt inom traktaträtten och tolkningen av internationella konventioner kräver en särskild behandling. Av utrymmesskäl har jag därför valt att avgränsa analysen av gällande rätt till svenska IP-regler med autonomt och EU-rättsligt ursprung. I kapitel 6, som behandlar frågan hur ett förstärkt skydd mot kringgående av lagen bör utformas, kommer dock även lösningar inom ramen för internationell konventionsreglering att diskuteras.

## 1.4 Metod och material

Eftersom uppsatsen syftar till att utreda vilken ställning läran om fraude à la loi har i den svenska rättsordningen och de IP-rättsliga problem som uppstår vid internationella surrogatarrangemang avseende fastställande av föräldraskap och kringgående av svensk lag kommer den rättsdogmatiska metoden att användas. Den rättsdogmatiska metodens uppgift är att beskriva och systematisera gällande rätt.<sup>29</sup> Utgångspunkten för arbetet är de traditionellt accepterade rättskällorna: lagstiftning, rättspraxis, förarbeten och den juridiska litteraturen.<sup>30</sup>

Uppsatsens ämne aktualiserar några särskilda metodfrågor. Den första är hur den rättsdogmatiska metoden förhåller sig till att uppsatsens syfte går utöver att fastslå gällande rätt; uppsatsen syftar även till att kritiskt granska densamma och diskutera lösningar på identifierade problem i rättsläget. Enligt en företrädd uppfattning hindrar inte

---

<sup>25</sup> Bogdan 2014, s. 17.

<sup>26</sup> Bogdan 2014, s. 17.

<sup>27</sup> Prop. 2017/18:121 s. 114.

<sup>28</sup> Bogdan 2014, s. 17.

<sup>29</sup> Claes Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: Ämne, material och metod*, 3 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2015, s. 43.

<sup>30</sup> Jan Kleineman, "Rättsdogmatisk metod", *Juridisk metodlära*, Korling och Zamboni (ed.), Studentlitteratur, Lund 2013, s. 21.



bundenheten till rättskällevärdet att man kan bedriva en kritisk rättsdogmatisk forskning.<sup>31</sup> Tvärtom anses det vara en viktig uppgift för den juridiska litteraturen att använda den rättsdogmatiska metoden för att kritisera rättsläget efter att metoden har använts för att fastställa gällande rätt.<sup>32</sup> Enligt en annan uppfattning bör denna vidare analys av rätten benämnas som den rättsanalytiska eller den rättspolitiska metoden.<sup>33</sup> För uppsatsens syfte är det inte nödvändigt att fastslå vilken av begreppsbildningarna som är lämpligast. För att uppfylla syftet kommer resonemang de lege ferenda att föras där hänsyn tas till ändamålsargument efter att gällande rätt har fastslagits genom en striktare användning av de auktoritativa rättskällorna.

Att skriva om ett IP-rättsligt ämne innebär också särskilda metodfrågor. Praxis anses ha en särskild betydelse inom IP-rätten eftersom lagstiftningen har varit och, på vissa områden, fortfarande är knapphändig.<sup>34</sup> Den juridiska litteraturen anses också ha en särskilt stor betydelse vid en jämförelse med andra rättsområden.<sup>35</sup> Frågor inom den allmänna delen av IP-rätten är sällan föremål för lagreglering, se till exempel vad som gäller för frågan om kvalifikation eller den prejudiciella frågan. Trots att europeiseringen av IP-rätten har inneburit att det idag finns omfattande lagstiftning har den aktuella problematiken inte blivit föremål för lagreglering. Avsaknaden av lag innebär att uppsatsen främst utgår från praxis, förarbeten och juridisk litteratur i analysen av läran om fraude à la loi och dess ställning i gällande rätt. Eftersom läran om fraude à la loi är allmänt orienterad kommer material från såväl familje- som förmögenhetsrätten att beaktas.

Gränsdragningen mellan läran om fraude à la loi, ordre public-förbehållet och det IP-rättsliga fenomenet forum shopping är inte alltid självklar. Det är därför inte helt enkelt att avgöra när domstolarna har gjort en renodlad bedömning utifrån läran om fraude à la loi när problem som rör kringgående av lagen aktualiserats. För att fastställa lärans ställning i den svenska IP-rätten kommer endast rättspraxis där det uttryckligen framgår att domstolen har gjort en bedömning som utgår från läran om fraude à la loi eller där en av parterna har åberopat läran att behandlas. Vid efterforskningen av relevant rättspraxis har jag, ensam samt med hjälp av en utbildad bibliotekarie, sökt i både

---

<sup>31</sup> Kleineman 2013, s. 39.

<sup>32</sup> Kleineman 2013, s. 35.

<sup>33</sup> Se Sandgren 2015, s. 45–49.

<sup>34</sup> Hilding Eek, *Internationell privaträtt: metod och material*, P.A. Norstedt och söners förlag, Stockholm 1962, s. 52 och Bogdan 2014, s. 17.

<sup>35</sup> Hjalmar Karlgren, *Kortfattad lärobok i internationell privat- och processrätt*, 5 uppl., Gleerups, Lund 1974, s. 15 och Bogdan 2014, s. 18.

svenska och europeiska rättsdatabaser och använt mig av sökorden ”fraude à la loi”, ”in fraudem legis”, ”evasion of the law”, ”kringgåendeläran” och ”kringgående”.

IP-rätten har ett internationellt föremål och materialet har ett klart mer internationellt inslag än inom andra nationella rättsområden.<sup>36</sup> Läran om fraude à la loi är en doktrin som har utvecklats i ett samspel mellan rättskällor med ursprung i olika nationella rättsordningar och i övernationella regelverk. Avsnitt 2.2 syftar till att utreda och fastställa en definition av fraude à la loi som är användbar för de efterföljande avsnitten. Framställningens anspråk är dock inte begränsat till detta: avsnittet syftar även till fastställa vad läran om fraude à la loi innebär. Utländsk juridisk litteratur anses vara av särskild hjälp för att utreda IP-rättsliga frågor av mer allmän natur.<sup>37</sup> För att kunna göra anspråk på att fastställa en i rättsjämförande perspektiv gångbar definition kommer materialet i denna del följaktligen inte att begränsas till de traditionella svenska rättskällorna utan även utländsk juridisk litteratur kommer att användas. Även vid analysen av internationella surrogatarrangemang och de IP-rättsliga problem med kringgående av lagen som dessa ger upphov till kommer utländsk juridisk litteratur att användas. Problemen är inte unika för den svenska IP-rätten och det är därför naturligt att analysera dem i en internationell kontext och söka lösningar även i utländska rättsordningar och rättskällor.<sup>38</sup>

I uppsatsen analyseras praxis från två internationella domstolar: Europeiska unionens domstol (EU-domstolen) och Europadomstolen. I förfaranden vid EU-domstolen blir det språk som används i ansökan det officiella arbetsspråket under rättegången.<sup>39</sup> I uppsatsen används i första hand de svenska språkversionerna av EU-domstolens avgöranden, men stöd hämtas även i de engelska och franska språkversionerna vid tolkningen av domskälen. Europadomstolen har två officiella arbetsspråk: engelska och franska.<sup>40</sup> I uppsatsen används i första hand de engelska språkversionerna av Europadomstolens domar. Två avgöranden finns dock endast tillgängliga på franska,<sup>41</sup> då har denna språkversion använts.

---

<sup>36</sup> Jänterä-Jareborg 1989, s. 39.

<sup>37</sup> Eek 1962, s. 56.

<sup>38</sup> Se Jänterä-Jareborg 1989, s. 39.

<sup>39</sup> EU-domstolens hemsida, ”Om domstolen”, [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7024/sv/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/sv/) (2018-05-22).

<sup>40</sup> Europadomstolens hemsida, ”Other Languages”, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=languagedocs> (2018-05-22).

<sup>41</sup> *Labasse mot Frankrike*, mål nr 65941/11, avgjort 26 juni 2014 och *Foulon och Bouvet mot Frankrike*, mål nr 9063/14 och 10410/14, avgjort 21 juli 2016.

Inom IP-rätten är inte bara materialet utan även begreppsbildningen ofta gränsöverskridande, två tydliga exempel är begreppen *ordre public* och *Vorfrage*. I uppsatsen används genomgående det franska begreppet *fraude à la loi* istället för den svenska motsvarigheten kringgåendeläran. Valet av terminologi motiveras av att det franska begreppet anknyter framställningen till den internationella diskursen samt att den utländska litteratur som används i uppsatsen direkt anknyter till begreppet. Den främsta fördelen med att använda det svenska begreppet är att det gör texten mer lättläst. Begreppet tycks dock inte vara lika inarbetat som den franska terminologin ens i den svenska juridiska litteraturen och vikten av att använda ett relevant och precist begrepp får anses väga tyngre än att texten blir lättläst.

## 1.5 Disposition

För att kunna analysera de problem med kringgående av svensk lag som internationella surrogatarrangemang ger upphov till krävs först en grundläggande förståelse för läran om *fraude à la loi* samt förekomsten och regleringen av internationella surrogatarrangemang med anknytning till Sverige.

I kapitel 2 behandlas läran om *fraude à la loi*. Kapitlet inleds med en utredning av vad läran innebär innan dess ställning i gällande rätt analyseras. För rättsdogmatikern kan det framstå som främmande att ett avsnitt som främst utgår från den juridiska litteraturen föregår ett avsnitt som utreder förekomsten av läran i lag, praxis och förarbeten. Eftersom läran om *fraude à la loi* är en teoretisk konstruktion krävs dock en förståelse för själva konstruktionen innan dess förekomst i övriga rättskällor kan utredas vilket motiverar dispositionen. Efter att lärans rekvisit och effekten av deras förekomst har fastställts i avsnitt 2.2 kommer den betydelse som tillmäts läran i den autonoma svenska IP-rätten att utredas i avsnitt 2.3 innan lärans ställning i EU-rätten analyseras i avsnitt 2.4. Att de autonoma svenska IP-reglerna behandlas separat från de med EU-rättsligt ursprung, trots att de sistnämnda utgör en integrerad del av den svenska rättsordningen, motiveras av att det fortfarande finns visst utrymme för svenska domstolar att utveckla en från EU-rätten självständig praxis när dessa tillämpar autonom svensk IP-rätt. Kapitlet avslutas med en sammanfattning och avslutande diskussion i avsnitt 2.5.

I kapitel 3 behandlas internationella surrogatarrangemang. Efter det inledande avsnittet 3.1, som tecknar en bakgrund till problematiken och fastställer en begreppslig ram för den fortsatta framställningen, analyseras den svenska inställningen till surrogat-

moderskap samt förekomsten av internationella surrogatarrangemang som involverar personer med hemvist i Sverige i avsnitt 3.2. Därefter följer en utredning av gällande rätt avseende fastställande av föräldraskap till de barn som tillkommer genom dessa arrangemang i avsnitt 3.3. Trots att läran om fraude à la loi är en IP-rättslig konstruktion krävs kunskap om de materiella regler som aktualiseras för att problem som rör kringgående av lagen ska kunna utredas. I denna del kommer därför både tillämplig svensk IP-rätt och de svenska materiella reglerna om fastställande av moder- och faderskap att analyseras. I det efterföljande avsnittet 3.4 behandlas relevant rättspraxis. Kapitlet avslutas med en sammanfattning och avslutande diskussion i avsnitt 3.5.

I kapitel 4 behandlas de problem med kringgående av lag som internationella surrogatarrangemang som involverar personer från Sverige ger upphov till. I avsnitt 4.1 diskuteras i vilken utsträckning svensk lag kringgås i förhållande till den tilltänkta modern respektive fadern utifrån de resultat som har framkommit i kapitel 2 och 3. Därefter analyseras behovet av läran om fraude à la loi för att kunna avhjälpa de identifierade problemen i avsnitt 4.2. Kapitlet avslutas med en sammanfattning och avslutande diskussion i avsnitt 4.3.

I kapitel 5 behandlas frågan om läran om fraude à la loi är förenlig med den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR). Europadomstolen har i flera avgöranden tagit ställning till om åtgärder som syftar till att bekämpa kringgående av lagen i fall av internationella surrogatarrangemang är förenligt med konventionens skydd för privat- och familjeliv. Konsekvenserna av haltande föräldraskap är ett av de intressen som måste vägas mot intresset av att skydda genomslaget för nationell lagstiftning. EKMR intar en särställning i svensk rätt som ett rättsligt skydd för mänskliga rättigheter, se RF 2:19, däribland rätten till privat- och familjeliv. För att kunna utreda om läran om fraude à la loi kan tillämpas av svenska domstolar som en reaktion mot kringgående av lagen i dessa fall måste därför lärans förenlighet med konventionen analyseras. Efter det inledande avsnittet 5.1 redogörs kortfattat för EKMR artikel 8 i avsnitt 5.2. Därefter analyseras relevant rättspraxis från Europadomstolen i avsnitt 5.3. Kapitlet avslutas med en diskussion om huruvida läran om fraude à la loi går att förena med EKMR i avsnitt 5.4.

I kapitel 6 behandlas frågan hur ett förstärkt skydd mot kringgående av lagen skulle kunna utformas. I avsnitt 6.1 utreds behovet av och möjligheterna att anta en internationell reglering. Både samarbetet inom ramen för EU och inom Haagkonferensen

för internationell privaträtt behandlas. I avsnitt 6.2 analyseras lösningar genom nationell reglering. I mars år 2018 lade regeringen fram en proposition som bland annat föreslår vissa lagändringar i regleringen av fastställande av faderskap i internationella rättsförhållanden.<sup>42</sup> I avsnittet kommer propositionens förslag att diskuteras i den del som förslagen är relevanta för den aktuella problematiken. I avsnittet behandlas även ett av lagförslagen i SOU 2016:11, den statliga utredning som föregick propositionen, samt två alternativa lösningar.

Uppsatsen avslutas med en sammanfattning av uppsatsens resultat och en avslutande diskussion i kapitel 7.

---

<sup>42</sup> Prop. 2017/18:155.

## 2 Läran om fraude à la loi

### 2.1 Inledning

Syftet med kapitlet är att utreda vad läran om fraude à la loi innebär och vilken ställning läran har i gällande rätt. I avsnitt 2.2 utreds definitionen av fraude à la loi genom att olika synsätt rörande lärans rekvisit lyfts fram och diskuteras. Avsnittet avslutas med en för uppsatsen ledande definition av begreppet så att läsaren vet vad som avses med fraude à la loi i de följande avsnitten. I avsnitt 2.3 analyseras vilken ställning läran om fraude à la loi har i den autonoma svenska IP-rätten. Därefter utreds vilken betydelse läran om fraude à la loi tillmäts när IP-regler med EU-rättsligt ursprung tillämpas i avsnitt 2.4.

### 2.2 Definitionen av fraude à la loi

Att fraude à la loi handlar om ett slags rättsbedrägeri bestående i att lagen kringgås står klart, men exakt vilka element som läran består i är omdiskuterat. Är det för det första kringgående av IP-regler som avses eller kringgående av materiell rätt? Trots att fokus ofta ligger på den materiella rätten när problematiken diskuteras kringgås båda regeltyperna.<sup>43</sup> IP-regler som har utformats efter principen om den starkaste anknytningen förfelas när anknytningsomständigheten är konstlad eller svag och därför inte motsvarar en naturlig och stark anknytning till den anvisade rättsordningen.<sup>44</sup> Trots att regelns rekvisit är uppfyllda enligt ordalydelsen kringgås det bakomliggande ändamålet.<sup>45</sup>

Tillämpningen av IP-regeln är samtidigt nära förbunden med kringgående av den materiella rätten.<sup>46</sup> Resultatet av att IP-regeln tillämpas trots att ändamålet förfelas är att en viss rättsordnings materiella rätt blir tillämplig på rättsförhållandet, att ett lands domstolar blir behöriga att pröva en tvist och fastställa tillämplig lag enligt landets lagvalsregler eller att ett utländskt avgörande, vars innehåll kan stå i strid med domstolslandets lag, erkänns. Trots att läran om fraude à la loi tar sikte på den tillämpliga lagen kan den alltså aktualiseras även när en regel om domsrätt eller erkännande av ett utländskt

---

<sup>43</sup> Se Michael Bogdan, "Private International Law as Component of the Law of the Forum: General Course on Private International Law", *Recueil des cours: Académie de droit international de La Haye*, 2010 vol. 348, pp. 13–252, s. 197 och Julian Verplaetse, "Reappraisal of the Concept of Evasion of Law in Private International Law", *Revue Hellénique de Droit International*, vol. 11 1958, pp. 264–285, s. 268.

<sup>44</sup> Verplaetse 1958, s. 268.

<sup>45</sup> Elegant formulerat i Verplaetse 1958, s. 277: "It violates the spirit, if not the wording of the rule."

<sup>46</sup> Verplaetse 1958, s. 268.

avgörande tillämpas eftersom den tillämpliga lagen och det materiella utfallet i tvisten indirekt påverkas av dessa reglers tillämpning.<sup>47</sup>

Tidigare har medborgarskapet avgjort det tillämpliga arvsstatutet enligt svensk IP-rätt, se lag (1937:81) om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo (IDL) 1:1.<sup>48</sup> I det klassiska exemplet på fraude à la loi där en person förvärvar ett medborgarskap endast i syfte att kringgå annars tillämpliga indispositiva arvsregler kringgås ändamålet bakom lagvalsregeln i IDL 1:1 eftersom det nya medborgarskapet inte motsvarar en stark naturlig anknytning till rättsordningen. Resultatet av att lagvalsregeln ändå tillämpas blir att arvsreglerna i den rättsordning som annars skulle ha tillämpats kringgås. I fall av fraude à la loi kringgås alltså ändamålet med IP-regeln och tillämpningen av den materiella rätten.

Det är vedertaget att fraude à la loi är en negativ företeelse,<sup>49</sup> och definitionen måste enligt min mening förstås i förhållande till skälen för detta. Den bör omfatta fall där det finns goda skäl för att inte tillåta kringgående av lagen och den måste vara användbar för att avgränsa fraude à la loi mot legitima förfaranden. Så vad är det som är fel med ett handlande som utgör fraude à la loi? Som berörts i inledningen är det inte något moraliskt fel i sig att parterna väljer tillämplig lag – partsautonomi anses bland annat kunna leda till högre förutsebarhet och individuell rättvisa, både inom förmögenhets- och familjerätten.<sup>50</sup> Ett subjektivt lagval innebär inte heller en avvikelse från principen om den starkaste anknytningen; parternas vilja ersätter i dessa fall de objektiva omständigheterna som relevant anknytningsfaktor.<sup>51</sup>

Ett skäl som har framförts för att fraude à la loi är fel är det s.k. rättviseargumentet.<sup>52</sup> När endast en av parterna försöker kringgå lagen riskerar den andra parten att missgynnas.<sup>53</sup> Så är exempelvis fallet när en av parterna söker sig utomlands i syfte att påverka utfallet i en vårdnadsvist. Fall där parterna gemensamt försöker kringgå lagen är svårare att förklara utifrån ett rättviseargument även om det har framförts att det är

---

<sup>47</sup> William Tetley, *International Conflict of Laws: Common, Civil and Maritime*, International Shipping Publications, Montreal 1994, s. 140.

<sup>48</sup> Arvsförordningen innebär en övergång från nationalitets- till domicilprincipen, se arvsförordningen art. 21.1 och Bogdan 2014, s. 217. IDL fortsätter dock att ha viss betydelse eftersom arvsförordningens bestämmelser endast är tillämpliga på arv efter personer som avlidit på eller efter 17 augusti år 2015, se arvsförordningen art. 83.1.

<sup>49</sup> Se Bogdan 2014, s. 83. Bogdan motsäger dock sig själv när han beskriver bekvämlighetsflaggning av fartyg som en allmänt accepterad form av fraude à la loi, se s. 86.

<sup>50</sup> Se James Fawcett, "Evasion of the Law and Mandatory Rules in Private International Law", *The Cambridge Law Journal*, vol. 49, no. 1 (Mar. 1990), s. 44–62, s. 50 och Jänterä-Jareborg 1989, s. 183–184.

<sup>51</sup> Se Jänterä-Jareborg 1989, s. 57.

<sup>52</sup> Fawcett 1990, s. 51.

<sup>53</sup> Fawcett 1990, s. 51.

orättvist mot dem som inte har pengar eller möjlighet att söka sig utomlands för att kringgå den tillämpliga lagen.<sup>54</sup> När kringgåendet sker i samförstånd har det därför ansetts lämpligare att fokusera på innehållet i lagen och undersöka om förfarandet strider mot ett allmänt intresse i den stat vars lag kringgås.<sup>55</sup> Staten kan förstås alltid sägas ha ett intresse av att lagen får genomslag. I det enskilda fallet bör dock intresset av att skydda den nationella rättsordningens genomslag vägas mot konsekvenserna av att en annan lag tillämpas än den parterna har förutsett som den tillämpliga.<sup>56</sup> Endast när lagen som kringgås motiveras av ett särskilt skyddsvärt intresse har därför kringgåendet ansetts strida mot ett allmänt intresse.<sup>57</sup> Läran om fraude à la loi bör alltså endast omfatta fall av kringgående där antingen den ena parten riskerar att missgynnas eller där det finns ett särskilt starkt allmänt intresse av att skydda genomslaget för den nationella lagstiftningen.

Det är främst två frågor som rör definitionen av fraude à la loi som har varit föremål för diskussion. Den första är om det krävs att de relevanta anknytningsfaktorerna har ändrats så att en annan rättsordning blir tillämplig eller om även fall där anknytningen till den nya rättsordningen endast är svag omfattas av läran. Den andra är om det krävs att parterna har agerat i syfte att kringgå lagen eller om det räcker med att lagen faktiskt har kringgåts. Frågorna diskuteras nedan i den angivna ordningen.

### **2.2.1 Fraude à la loi och forum shopping – när anknytningen är skör**

Lennart Pålsson har analyserat kringgående av lag i fall som rör ingående av äktenskap.<sup>58</sup> Han menar att ”äkta” fall av fraude à la loi innebär att den relevanta anknytande omständigheten har ändrats i syfte att kringgå lagen.<sup>59</sup> När personalstatutet avgör frågan om äktenskapets giltighet är det alltså medborgarskapet eller hemvistet som har ändrats.<sup>60</sup> Pålsson menar att läran om fraude à la loi kan tillämpas av domstolarna i dessa fall för att skydda den rättsordning som var tillämplig på rättsförhållandet innan den anknytande omständigheten ändrades genom att det nya medborgarskapet eller hemvistet förbises.<sup>61</sup> Fall där parterna har gift sig utomlands i syfte att kringgå ett äkten-

---

<sup>54</sup> Fawcett 1990, s. 52.

<sup>55</sup> Fawcett 1990, s. 52.

<sup>56</sup> Bogdan 2014, s. 86 och Pålsson 1981, s. 163.

<sup>57</sup> Fawcett 1990, s. 53.

<sup>58</sup> Pålsson 1981, s. 151–164.

<sup>59</sup> Pålsson 1981, s. 151–152.

<sup>60</sup> Pålsson 1981, s. 151–152.

<sup>61</sup> Pålsson 1981, s. 152.



skapshinder i personalstatutet utan att ändra sitt medborgarskap eller hemvist kallar Pålsson för ”falsk” fraude à la loi ifall äktenskapets giltighet prövas mot personalstatutet när dessa återvänder till sitt hemland.<sup>62</sup>

Till skillnad från Pålsson menar Michael Bogdan att trots att läran om fraude à la loi främst tar sikte på fall där åberopade omständigheter har skapats i syfte att uppnå vissa IP-rättsliga fördelar bör läran även omfatta fall där parterna, utan att ändra den relevanta anknytningsomständigheten, försöker få saken prövad i ett land till vilket de saknar anknytning.<sup>63</sup> Den av Bogdan förfäktade definitionen, där vissa fall av s.k. forum shopping omfattas, har fått större genomslag i den juridiska litteraturen.<sup>64</sup> Forum shopping innebär att käranden väljer det mest förmånliga processlandet,<sup>65</sup> och är således ett vidare begrepp än fraude à la loi. I första hand styrs forumvalet av utsikterna att få ett avgörande erkänt och verkställt men även processekonomiska hänsynstaganden, som rättegångskostnader och processens längd, kan påverka.<sup>66</sup> I likhet med fraude à la loi kan även den tillämpliga lagen, dvs. forumlandets lagvalsregler och den anvisade lagens innehåll, vara av stor relevans för valet av forum.<sup>67</sup>

Problemen med forum shopping är välkända och omdiskuterade, men det förstås inte alltid, till skillnad från fraude à la loi, som ett otillbörligt beteende. Särskilt i förmögenhetsrättsliga mål ses forum shopping ofta som ett legitimt förfaringsätt som bidrar till god processekonomi och effektiv rättsskipning.<sup>68</sup> Även inom familjerätten, där inställningen traditionellt har varit mer restriktiv,<sup>69</sup> är forum shopping idag delvis accepterat. I Bryssel II-förordningen<sup>70</sup> är till exempel domsrättsreglerna för mål om äktenskapsskillnad utformade så att käranden i många fall kan välja att väcka talan vid ett av flera behöriga forum eftersom flera alternativa anknytningsomständigheter är

---

<sup>62</sup> Pålsson 1981, s. 158–159.

<sup>63</sup> Bogdan 2014, s. 83.

<sup>64</sup> Se t.ex. Fawcett 1990, s. 45, Tetley 1994, s. 143 och Kurt Siehr, ”Fraude à la loi and European Private International Law”, *Essays in Honour of Michael Bogdan*, Lindskoug m.fl. (ed.), Juristförlaget i Lund, Lund 2013, s. 530.

<sup>65</sup> Bogdan 2014, s. 31 och Maarit Jänträ-Jareborg, *Svensk domstol och utländsk rätt: en internationellt privat- och processrättslig studie*, Iustus, Uppsala 1996, s. 71.

<sup>66</sup> Jänträ-Jareborg 1996, s. 71–72. Den äldre lydelsen av Bryssel I gav t.ex. upphov till ”den italienska torpeden” – ett forum shopping-förfarande som innebar att den betalningsansvariga parten väckte en negativ fastställsetalan i italiensk domstol, kända för sina långa handläggningstider, enkom i syfte att fördröja processen. Förordningens regler innebar att den italienska processen, såsom den först initierade, hade företräde trots att parterna hade avtalat om att en annan medlemsstats domstolar var behöriga. Om detta se t.ex. Trevor Hartley, ”The ’Italian Torpedo’ and Choice-of-Court Agreements: Sunk at Last?”, *Essays in Honour of Michael Bogdan*, Lindskoug m.fl. (ed.), Juristförlaget i Lund, Lund 2013.

<sup>67</sup> Jänträ-Jareborg 1996, s. 71.

<sup>68</sup> Bogdan 2014, s. 32.

<sup>69</sup> Bogdan 2014, s. 31.

<sup>70</sup> Rådets förordning (EG) nr 2201/2003 av den 27 november 2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet om domar i äktenskapsmål och mål om föräldransvar samt om upphävande av förordning (EG) nr 1347/2000.

domsrättsgrundande, se artikel 3. Om talan väcks vid domstolar i flera medlemsstater har förfarandet vid den domstol där talan först väcktes företräde enligt reglerna om lis pendens, artikel 19, och en dom som har meddelats i en medlemsstat ska som regel erkännas i de andra medlemsstaterna, artikel 21. De många domsrättsgrunderna i kombination med reglerna om lis pendens och erkännande främjar på så vis forum shopping och "race to court" vid europeiska skilsmässor.<sup>71</sup>

Att inkludera otillbörlig forum shopping som tar sikte på lagvalet i definitionen av fraude à la loi har starkare stöd i den juridiska litteraturen än att begränsa läran till det som Pålsson kallar för "äkta" fraude à la loi.<sup>72</sup> Det finns också goda skäl för att inkludera vissa fall där anknytningen är "skör" i definitionen av fraude à la loi. När det rör sig om en situation som är rent nationell, alltså där internationell anknytning saknas, är inte IP-reglerna tillämpliga och parterna har inte möjlighet att avtala bort tillämpningen av indispositiv svensk lag. Genom att vidta en rättshandling under en tillfällig vistelse i ett annat land och därmed aktualisera IP-reglerna försöker parterna att indirekt uppnå vad som inte går att uppnå direkt enligt svensk lag. När den ena eller båda parterna har sökt sig utomlands i syfte att kringgå svensk lag och det, i utlandet, uppkomna rättsförhållandet erkänns i Sverige riskerar den ena parten att missgynnas eller svensk lag med ett särskilt starkt skyddsintresse att åsidosättas oavsett om parterna har skapat en anknytning till det andra landet eller inte. Det innebär dock en viss begreppslig överlappning. Den lämpligaste konstruktionen är därför att förstå otillbörlig forum shopping i syfte att påverka lagvalet som en variant av fraude à la loi.<sup>73</sup> Detta gäller givetvis endast när även övriga förutsättningar för fraude à la loi föreligger.

Pålssons resonemang belyser dock att IP-reglernas utformning påverkar om det över huvud taget uppkommer problem med kringgående av lagen. Hans definition av läran är resultatorienterad eftersom den endast omfattar fall där parterna lyckas i sitt uppsåt att få en viss rättsordning tillämplig på frågan om äktenskapets giltighet i hemlandet genom en tillämpning av de ordinarie IP-reglerna. När den ena eller båda parterna har agerat i syfte att kringgå svensk lag men domstolarna kan förhindra kringgåendet genom en tillämpning av ordinarie IP-regler föreligger helt enkelt inget behov av att hänvisa till läran.<sup>74</sup> När parternas avsikt att kringgå lagen kan förhindras på det sättet

---

<sup>71</sup> Maarit Jäntere-Jareborg, "Den internationella familjerätten i Europa", *SvJT* 2014 s. 226, s. 233–234.

<sup>72</sup> Se hänvisningarna i fotnot 64.

<sup>73</sup> En slutsats som delas av t.ex. Tetley, se Tetley 1994, s. 143.

<sup>74</sup> Se Pålsson 1981, s. 160.

kan man knappast argumentera för att det rör sig om ett missbruk av IP-reglerna. Resonemanget utgör dock inte skäl att begränsa läran till fall där den anknytande omständigheten har ändrats eftersom parterna kan lyckas i sitt uppsåt att kringgå svensk lag genom att söka sig till ett forum utomlands, något som även Pålsson lyfter fram.<sup>75</sup> Det gör Pålssons terminologi, uppdelningen i ”äkta” och ”falsk” fraude à la loi beroende av om en anknytningsomständighet har ändrats eller inte, mindre lyckad. En ändamålsenlig definition av fraude à la loi bör återspegla resultatet av IP-reglernas tillämpning. Läran bör därför inte begränsas till fall där en anknytande omständighet har ändrats utan till fall där kringgående av lagen inte kan förhindras genom en tillämpning av ordinarie IP-regler eller, annorlunda formulerat, till fall där lagen vid en tillämpning av ordinarie IP-regler faktiskt skulle kringgåas.<sup>76</sup>

Ett belysande exempel i praxis är RÅ 2008 ref. 83 där HFD fastställde Skatteverkets beslut att registrera ett i Kanada ingånget äktenskap mellan två svenska män som ett registrerat partnerskap. Männerna hade åkt till Kanada i syfte att kringgå svensk lag som då inte tillät samkönade par att ingå äktenskap. Ett äktenskap som ingåtts enligt utländsk rätt erkändes inte i Sverige enligt då gällande IP-regler om äktenskapshinder förelåg enligt svensk lag och minst en av parterna var svensk medborgare.<sup>77</sup> HFD avslög parets överklagan med hänvisning till att äktenskapshinder förelåg enligt svensk rätt och det uppkom därför inget behov av att tillämpa läran om fraude à la loi.

### 2.2.2 Kravet på avsikt att kringgå lagen

Det subjektiva rekvisitet, att parten eller parterna har agerat i syfte att kringgå lagen, lyfts ofta fram som ett av de fundamentala elementen i fraude à la loi.<sup>78</sup> Det har dock ifrågasatts om parternas avsikter är ett relevant kriterium.<sup>79</sup> Pålsson menar att vid ingående av äktenskap är det innehållet i lagen som har kringgåtts som borde avgöra om förfarandet är otillbörligt till den grad att missbruket bör stävjas och att bedömningen inte påverkas av om parterna avsiktligen har kringgått lagen eller om de har gjort det omedvetet.<sup>80</sup>

---

<sup>75</sup> Pålsson 1981, s. 160.

<sup>76</sup> En slutsats som delas av Tetley, se Tetley 1994, s. 141.

<sup>77</sup> Lag (1904:26) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmyndarskap (IÄL) 1:8a i äldre lydelse, se SFS 2004:144. Referatet hänvisar felaktigt till IÄL 1:8.

<sup>78</sup> Se Tetley 1994, s. 141, Bogdan 2014, s. 83 och Verplaetse 1958, s. 271.

<sup>79</sup> Pålsson 1981, s. 163 och Kurt Siehr, ”Evasion of laws (*fraus legis*)”, *Encyclopedia of Private International Law*, Basedow m.fl. (ed.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2018, s. 706–707. I common law-länder verkar det subjektiva rekvisitet ha en mindre framträdande roll, se Tetley 1994, s. 144.

<sup>80</sup> Pålsson 1981, s. 163.

En fördel med att inte göra läran avhängig ett subjektivt rekvisit är att det tydliggör att lärans huvudsakliga syfte inte är att ”bestraffa” parten eller parterna utan att värna ett skyddsvärt intresse. Om läran inte begränsas av ett subjektivt rekvisit riskerar den dock att omfatta fall som inte innebär en verklig kringgåendeproblematik. Julian Verplaetse lyfter fram ett fiktivt exempel där två franska makar som har bott i Chicago i några år ansöker om skilsmässa i amerikansk domstol grundat på en orsak som erkänns enligt lagen i Illinois men inte enligt fransk lag.<sup>81</sup> Eftersom makarna inte har ändrat hemvist i syfte att kringgå den franska skilsmässolagen menar Verplaetse att domen inte borde vägras erkännande i Frankrike, där makarnas barn bor, på grund av fraude à la loi.<sup>82</sup> Det är en rimligt slutsats. I det fiktiva fallet är parternas anknytning till Chicago varken skör eller ”onaturlig”, tvärtom så utgör makarnas hemvist en naturlig och stark anknytning till Illinois rättsordning. Att samma orsak inte grundar rätt till skilsmässa enligt fransk lag borde därför inte leda till att avgörandet vägras erkännande i Frankrike. Det subjektiva rekvisitet garanterar på så vis att det rör sig om ett undantag från principen om den starkaste anknytningen och ett missbruk av IP-reglerna. Att fraude à la loi endast föreligger när parten eller parterna har agerat i syfte att kringgå lagen är också den konstruktion som har starkast stöd i den juridiska litteraturen.<sup>83</sup> När den tillämpliga lagens innehåll ensamt utgör skäl för att underkänna ett rättsligt förhållande bör istället ordre public-förbehållet kunna användas.<sup>84</sup>

Det har framförts att det subjektiva rekvisitet innebär sådana bevissvårigheter att läran om fraude à la loi saknar relevans.<sup>85</sup> Om avsikt att kringgå lagen inte kan bevisas kan visserligen inte läran tillämpas för att bekämpa förfarandet.<sup>86</sup> Bevissvårigheter vad gäller parternas avsikter är dock varken ett unikt problem för läran om fraude à la loi eller ett oöverstigligt sådant.<sup>87</sup> Domstolen bör i de flesta fall kunna utesluta att parterna haft någon annan avsikt med sitt förfarande än att kringgå den tillämpliga lagen genom att göra en bedömning utifrån de objektiva omständigheterna.<sup>88</sup> Att läran om fraude à la loi inte kan användas i de fall avsikt att kringgå lagen inte kan bevisas bör därför inte leda till slutsatsen att läran aldrig utgör ett effektivt verktyg mot kringgående av lagen.

---

<sup>81</sup> Verplaetse 1958, s. 271 fotnot 14.

<sup>82</sup> Verplaetse 1958, s. 271–272.

<sup>83</sup> Se hänvisningarna i fotnot 78.

<sup>84</sup> Se mer utförligt om förhållandet mellan fraude à la loi och ordre public nedan i avsnitt 4.2.1.

<sup>85</sup> Hilding Eek, *The Swedish Conflict of Laws* (e-bok), Martinus Nijhoff Publishers, Haag 1965, s. 216.

<sup>86</sup> Se NJA 1962 s. 354. Målet behandlas närmare i avsnitt 2.3.1.

<sup>87</sup> Verplaetse 1958, s. 272.

<sup>88</sup> Verplaetse 1958, s. 272 och Bogdan 2010, s. 205.

### 2.2.3 Effekten av fraude à la loi

När kriterierna för fraude à la loi föreligger anses domstolen ha möjlighet att förhindra kringgåendet av lagen genom att avvika från de normalt gällande IP-reglerna.<sup>89</sup> Avvikelsen bör kunna ske antingen genom att domstolen förbiser en anknytningsomständighet som har tillskapats i syfte att kringgå lagen eller genom att domstolen gör ett reduktionsslut vid tolkningen av IP-regeln.<sup>90</sup>

Domstolen anses ha möjlighet att göra en skönsmässig bedömning grundat på omständigheterna i det enskilda fallet om en sådan avvikelse bör göras eller inte.<sup>91</sup> I bedömningen kan domstolen ta hänsyn till den tid som har förflutit mellan förfarandet och domstolsprövningen eller om en avvikelse från de ordinarie IP-reglerna skulle drabba tredje man.<sup>92</sup> Enligt min mening bör domstolen, på samma sätt som vid tolkning av en lagfäst regel, också kunna ta hänsyn till de ändamål som motiverar läran om fraude à la loi: alltså att den ena parten faktiskt riskerar att missgynnas eller att det föreligger ett särskilt starkt allmänt intresse av att skydda genomslaget för den annars tillämpliga regleringen.

### 2.2.4 En ledande definition

Med fraude à la loi avses i det följande att den ena eller båda parterna har skapat en anknytning till en annan rättsordning eller har sökt sig utomlands i syfte att kringgå den annars tillämpliga lagen genom en tillämpning av ordinarie IP-regler. När dessa kriterier föreligger anses läran om fraude à la loi öppna en möjlighet för domstolen, eller annan behörig myndighet, att förhindra kringgåendet av lagen genom att förbise den anknytande omständigheten eller genom att göra ett reduktionsslut vid tolkningen av IP-regeln med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet.

## 2.3 Fraude à la loi i autonom svensk IP-rätt

Det finns inget lagfäst förbehåll för fraude à la loi i den autonoma svenska IP-rätten. Läran förekommer däremot både i praxis som rör tillämpningen av och i förarbetena till flera svenska IP-lagar.

---

<sup>89</sup> Bogdan 2014, s. 86 och Werner Goldschmidt, "The Evasion of Law in Spanish Private International Law", *Revue Hellénique de Droit International*, vol. 2, 1949, pp. 115–126, s. 120.

<sup>90</sup> Goldschmidt 1949, s. 120, Siehr 2018, s. 707 och Thalia Kruger, "The Quest for Legal Certainty", *Recueil des cours: Académie de droit international de La Haye*, 2015 vol. 380, pp. 285–444, s. 396–397.

<sup>91</sup> Bogdan 2014, s. 86.

<sup>92</sup> Bogdan 2010, s. 209.

### 2.3.1 Rättspraxis

I rättspraxis på familjerättens område förekommer hänvisningar till läran men den har tillmätts varierande betydelse. I RÅ 2002 not 195 genomförde ett svenskt ogift par en adoption i USA, där den ena mannen hade hemvist, och kort därefter flyttade paret till Sverige. Statens nämnd för internationella adoptionsfrågor avslog ansökan om att adoptionen skulle erkännas i Sverige. Regeringen avslog parets överklagan med hänsyn till att ett godkännande av adoptionsbeslutet skulle medföra att man sanktionerade ett slags kringgående av svenska adoptionsregler. Sambor kan inte adoptera gemensamt enligt svensk rätt och adoptionen hade följaktligen inte kunnat genomföras här.<sup>93</sup> HFD fastställde vid rättsprövning regeringens beslut.

Utländska adoptioner ska erkännas i Sverige om de sökande var medborgare eller hade hemvist i forumlandet när beslutet meddelades, lag (1971:796) om internationella rättsförhållanden rörande adoption (LIA) 3 § första stycket.<sup>94</sup> RÅ 2002 not 195 gällde dispensregeln i LIA 3 § andra stycket som medger att regeringen, eller myndighet som regeringen utser, även i andra fall får förordna att ett utländskt adoptionsavgörande ska erkännas i Sverige. Trots att läran om fraude à la loi tillämpades i målet finns därför anledning att vara försiktig med att dra mer allmängiltiga slutsatser om lärans ställning i den svenska IP-rätten endast utifrån detta. Målet ger dock stöd för att läran erkänns som en rättslig konstruktion i svensk rätt även utanför den juridiska litteraturen och att den kan användas som stöd för att inte erkänna ett utländskt avgörande när reglerna ger utrymme för en mer skönsmässig bedömning.

NJA 1974 s. 390 gällde svensk behörighet att ta upp ett vårdnadsfall. Paret, en svensk och en amerikansk medborgare, hade levt tillsammans i USA och barnet hade amerikanskt medborgarskap. Den svenska föräldern hade olovligt fört barnet till Sverige efter att amerikansk domstol beslutat att vårdnaden skulle tillkomma den andra föräldern. Trots att det fanns tydliga indikationer på att föräldern hade fört hit barnet och förvärvat svensk hemvist i syfte att väcka talan i svensk domstol och på så vis kringgå amerikansk lag ansåg HD att omständigheterna under vilka barnet kom till Sverige inte

---

<sup>93</sup> Se föräldrabalk (1949:381) (FB) 4:4.

<sup>94</sup> Fr.o.m. 1 september år 2018 föreslås reglerna om erkännande av utländska adoptionsbeslut att ändras, se prop. 2017/18:121. Ett utländskt adoptionsbeslut ska enligt förslaget även erkännas i Sverige om det har meddelats i den stat där den som har adopterats hade hemvist när adoptionsförfarandet inleddes, se s. 11. Om lagen (1997:192) om internationell adoptionsförmedling är tillämplig på adoptionen föreslås dock att det som huvudregel även ska krävas att adoptionen har genomförts i enlighet med den lagen för att adoptionsbeslutet ska gälla i Sverige, s. 11.

kunde tillmätas betydelse för svensk domstols behörighet.<sup>95</sup> Till skillnad från RÅ 2002 not 195 tillämpades alltså inte läran om fraude à la loi trots att rekvisiten var uppfyllda.

HD:s restriktiva inställning till läran om fraude à la loi i målet kan eventuellt förklaras mot bakgrund av att det gällde kringgående av amerikansk, inte svensk, lag. Även i Frankrike, där läran om fraude à la loi åtnjuter en särskilt stark ställning vid en internationell jämförelse, har domstolarna tidigare varit restriktiva med att använda läran för att förhindra kringgående av utländsk rätt.<sup>96</sup> HD tycks också ha fäst vikt vid den tid som förflutit sedan föräldern lämnat USA tillsammans med barnet.<sup>97</sup> Förekomsten av fraude à la loi anses innebära att domstolen har möjlighet att avvika från IP-reglerna men att den får göra en skönsässig bedömning om så bör ske i det enskilda fallet, exempelvis med hänsyn till hur lång tid som har förflutit vid tidpunkten för domstolsprövningen. Målet ger därför inte stöd för långtgående slutsatser, som att läran om fraude à la loi aldrig kan åberopas med framgång i vårdnadsmål, men däremot för slutsatsen att läran tycks tillmätas en relativt svag betydelse.

På förmögenhetsrättens område har läran om fraude à la loi aktualiserats i mål som gäller regeln om allmänt förmögenhetsforum i RB 10:3. Regeln, som har utformats med beaktande av IP-rättsliga aspekter, innebär att svensk domstol är behörig att pröva en tvist om betalningsskyldighet om svaranden har egendom i riket.<sup>98</sup> I NJA 1966 s. 450 gjorde svaranden behörighetsinvändning grundat på att käranden handlat in fraudem legis. Egendomen som hade åberopats som domsrättsgrundande var en obetald fordran på ersättning för rättegångskostnader. Fordran härrörde från en tidigare process mellan samma parter gällande samma sak där talan avvisats eftersom svensk domstol inte var behörig. Trots att RB 10:3 enligt sin ordalydelse gav svensk domstol behörighet att pröva tvisten i det aktuella målet fastställde HD underrätternas beslut att avvisa målet genom att göra ett reduktionsslut vid tolkningen av bestämmelsen.<sup>99</sup> Att HD uttryck-

---

<sup>95</sup> Både Sverige och USA har sedan dess tillträtt 1980 års Haagkonvention om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn som därför skulle ha tillämpats på fallet idag, se lag (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn.

<sup>96</sup> Tetley 1994, s. 142.

<sup>97</sup> Se HD:s domskäl: ”I målet är upplyst att barnet, som liksom John David är medborgare i Amerikas Förenta Stater, *alltsedan juli 1971 varit bosatt i Sverige* samt att även Gunilla, som är svensk medborgare, har sitt hemvist här i landet. Dessa förhållanden medför att stark anknytning till Sverige nu föreligger, och de av domstolarna angivna omständigheter under vilka barnet kom till Sverige kan *i vart fall numera* icke tillmätas betydelse för svensk domstols behörighet i målet.” (min kursiv)

<sup>98</sup> Bogdan 2014, s. 119.

<sup>99</sup> Se HD:s domskäl: ”Åt stadgandet kan emellertid ej i alla lägen givas den vidsträckt räckvidd som synes följa av ordalagen. En begränsning som måste anses påkallad gäller det fall att såsom behörighetsgrundande egendom åberopas en svaranden tillkommande fordran hos käranden på ersättning för rättegångskostnader, vilken fordran uppkommit när i tidigare rättegång väckt talan rörande samma sak avvisats eller eljest lämnats utan prövning. Dylig egendom bör - oavsett vilket syfte käranden haft med den första rättegången - icke få tagas i betraktande vid stadgandets tillämpning.”

ligen inte fäste vikt vid kändens syfte med den första rättegången har tolkats som att begränsningen av bestämmelsens räckvidd gjordes efter rent objektiva kriterier,<sup>100</sup> något som skulle motsäga att HD tillämpade läran om fraude à la loi eftersom det förutsätter att parten har agerat i syfte att kringgå lagen. Svaranden hade dock åberopat kändens *betalningsvägran* som handlandet in fraudem legis. HD:s kommentar om syftet med den första processen bör därför inte utesluta att domstolen tog hänsyn till i vilket syfte känden hade underlåtit att betala. Av referatet framgår dock inte om känden hade skapat en anknytning till Sverige i syfte att kringgå den lag som enligt danska lagvalsregler, där svaranden hade hemvist, var tillämplig på tvisten. Om känden avstod från att betala fordran för att skapa svensk domsrätt i syfte att uppnå andra fördelar än sådana som rör den tillämpliga lagen, exempelvis processekonomiska, rör det sig om sådan forum shopping som inte omfattas av läran om fraude à la loi.<sup>101</sup> Avvisandebeslutet grundar sig dock på ett rimlighetsresonemang som, oavsett, har ansetts öppna möjligheter för att bekämpa även fraude à la loi.<sup>102</sup>

Även i NJA 1962 s. 354 invände svaranden mot svensk behörighet genom att åberopa att känden vägrat att betala en skuld till denne endast i syfte att skapa svensk domsrätt. Av referatet framgår, till skillnad från NJA 1966 s. 450, att kändens främsta avsikt med att väcka talan i svensk domstol var att det materiella rättsförhållandet skulle prövas enligt svensk lag. HD fann att svensk domstol var behörig enligt RB 10:3 och lämnade invändningen om fraude à la loi utan bifall. Beslutet motiverades med att svaranden inte hade visat fog för att känden, genom sin betalningsvägran, agerat i avsikt att tillskapa svensk behörighet. Trots utfallet ger målet ytterligare stöd för att läran om fraude à la loi är en konstruktion som erkänns av domstolarna när dessa tillämpar autonom svensk IP-rätt. Behörighetsinvändningar grundade på läran bör därför kunna vinna gehör, förutsatt att avsikt att kringgå lagen bevisas.

### 2.3.2 Förarbeten

I förarbetena till LIA ges domstolen möjlighet att vägra erkänna ett utländskt adoptionsbeslut om adoptionen inte syftar till att upprätta en verklig familjeanknytning mellan adoptanten och den adopterade.<sup>103</sup> Ett exempel på sådant missbruk anges vara att adop-

---

<sup>100</sup> Lennart Pålsson, *Svensk rättspraxis i internationell processrätt*, Norstedts juridik, Stockholm 1989, s. 67.

<sup>101</sup> Se ovan i avsnitt 2.2.1.

<sup>102</sup> Se Bogdan 2014, s. 85.

<sup>103</sup> Prop. 1971:113 s. 48.



tionen genomförts endast i syfte att den adopterade ska få uppehålls- och arbetstillstånd i Sverige.<sup>104</sup> Risken för att adoptionsreglerna missbrukas i detta syfte beaktades även vid utformningen av lagvalsregeln i LIA 2 §.<sup>105</sup> Trots att denna typ av missbruk behandlas i samband med ordre public-förbehållet anser jag att uttalandet även kan tolkas som ett erkännande av läran om fraude à la loi. Uttalandet ger uttryckligen domstolarna möjlighet att underkänna ett utländskt adoptionsbeslut om syftet med adoptionen varit att kringgå svensk migrationslagstiftning – ett handlande som uppfyller kriterierna för att anses utgöra fraude à la loi.

Problem som rör kringgående av lagen har även påverkat utformningen av flera svenska IP-regler. I förarbetena till 2004 års reform av lagen (1904:26) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap (IÄL) framgår att risken för att svensk vigsel används för att kringgå äktenskapshinder i andra länders rättsordningar beaktades vid utformningen av lagvalsreglerna.<sup>106</sup>

När möjligheten att ingå registrerat partnerskap infördes i Sverige år 1995 infördes ett anknytningskrav i lagen. Av, den numera upphävda, lag (1994:1117) om registrerat partnerskap 1:2 framgår att registrering endast får ske om en av partnerna har hemvist i Sverige sedan minst två år eller om en av partnerna är svensk medborgare med hemvist här i landet. Anledningen till att kravet på anknytning infördes var att möjligheten att ingå registrerat partnerskap vid den tidpunkten var ett främmande rättsinstitut i de flesta länder och att man ville undvika att Sverige blev ett ”partnerskapsparadis”.<sup>107</sup>

Risken för att fastställande av faderskap genom ett erkännandeförfarande utomlands kan användas för att kringgå reglerna för adoption beaktades när reglerna om erkännande i lag (1985:367) om internationella faderskapsfrågor (IFL) utformades, eftersom fastställande av faderskap i många länder sker utan någon kontroll av erkännandets riktighet.<sup>108</sup>

I mars år 2018 föreslog regeringen att en ny lag om internationella adoptioner ska ersätta LIA från och med 1 september år 2018.<sup>109</sup> I propositionen föreslås att det för automatiskt erkännande av utländska adoptionsbeslut ska vara en förutsättning att adop-

---

<sup>104</sup> Prop. 1971:113 s. 48. Exemplet lyfts även fram i regeringens förslag till en ny lag som ska ersätta LIA fr.o.m. 1 september år 2018, se prop. 2017/18:121 s. 128.

<sup>105</sup> Prop. 1971:113, s. 43.

<sup>106</sup> Prop. 2003/04:48 s. 18–19.

<sup>107</sup> SOU 1993:98 del A s. 100.

<sup>108</sup> Prop. 1984/85:124 s. 35.

<sup>109</sup> Se prop. 2017/18:121.

tionen har förmedlats av en auktoriserad adoptionssammanslutning eller att sökanden har fått tillstånd till enskild adoption.<sup>110</sup> Lagförslaget motiveras med att det syftar till att motverka att personer kringgår regelverket för internationella adoptioner.<sup>111</sup>

### 2.3.3 Slutsats

Kringgående av lag, både svensk och utländsk, är ett problem som återkommande har uppmärksammats av lagstiftaren och som har påverkat utformningen av flera svenska IP-regler. I förarbetena till LIA ges domstolen även uttryckligen möjlighet att vägra erkänna ett utländskt adoptionsbeslut i syfte att förhindra kringgående av svensk migrationslagstiftning. Genomgången av praxis visar dock att läran om fraude à la loi endast har förekommit i ett fåtal prejudicerande mål rörande tillämpningen av autonom svensk IP-rätt och att den har tillmätts varierande betydelse. På förmögenhetsrättens område har läran endast förekommit i två äldre avgöranden från HD. Trots den vikt som lagstiftaren har fäst vid problem som rör kringgående av lag vid utformningen av IP-reglerna måste slutsatsen därför bli att läran om fraude à la loi har en mycket begränsad betydelse när domstolarna tillämpar autonoma svenska IP-regler.

## 2.4 Fraude à la loi i svensk IP-rätt med EU-rättsligt ursprung

Det saknas en särskild EU-rättslig kodifikation som reglerar frågor inom den allmänna IP-rätten, men diskussioner förs om de bestämmelser som reglerar allmänna frågor bör brytas ut ur de nuvarande förordningarna och införas i en s.k. Rom 0-förordning.<sup>112</sup> Om en sådan förordning antas är det möjligt att det i framtiden kommer att finnas en allmän regel om fraude à la loi som gäller vid tillämpningen av IP-regler med EU-rättsligt ursprung.<sup>113</sup> I gällande rätt finns dock inte något generellt lagfäst förbehåll för fraude à la loi.<sup>114</sup> Både i arvsförordningen<sup>115</sup> och i EU-domstolens praxis finns däremot hänvisningar till läran.

---

<sup>110</sup> Prop. 2017/18:121 s. 124–125.

<sup>111</sup> Prop. 2017/18:121 s. 124.

<sup>112</sup> Se t.ex. Rolf Wagner, "Do We Need a Rome 0 Regulation?", *Netherlands International Private Law* 2014, vol. 61 issue 2, pp. 225–242.

<sup>113</sup> Idén att inkludera ett generellt förbehåll för fraude à la loi i kodifikationen har dock mött kritik, se Siehr 2013, s. 538.

<sup>114</sup> Siehr 2013, s. 524.

<sup>115</sup> Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 650/2012 av den 4 juli 2012 om behörighet, tillämplig lag, erkännande och verkställighet av domar samt godkännande och verkställighet av officiella handlingar i samband med arv och om inrättande av ett europeiskt arvsintyg.

### 2.4.1 Arvsförordningen

I arvsförordningens preambel finns ett uttryckligt förbehåll för läran om fraude à la loi. I punkt 26 fastslås att "[i]ngenting i denna förordning bör hindra en domstol från att tillämpa bestämmelser som är utformade för att förhindra kringgående av lagen, såsom fraude à la loi inom internationell privaträtt." Trots att förbehållet är det första i sitt slag behandlas det inte i förarbetena<sup>116</sup> till de följdändringar i svensk lag som förordningen gav upphov till och det har inte heller varit föremål för en utförlig behandling i den juridiska litteraturen.

En rimlig tolkning av förbehållet har ansetts vara att det ger medlemsstaternas domstolar möjlighet att avvika från arvsförordningens regler i syfte att förhindra kringgående av lag, men att de inte är skyldiga att göra det.<sup>117</sup> Att förbehållet i den svenska språkversionen begränsas till "bestämmelser" bör inte medföra att icke-lagfästa principer inte kan åberopas eftersom både den engelska och den franska språkversionen använder det mer omfattande begreppet "mekanismer".<sup>118</sup>

Eftersom förbehållet för fraude à la loi endast förekommer i förordningens preambel föreligger en viss osäkerhet om vilken rättskällestatus det bör tillmätas.<sup>119</sup> EU-domstolen använder sig ofta av en teleologisk tolkning och utgångspunkten är då i första hand de syften som kommer till uttryck i regleringen.<sup>120</sup> En viktig källa för att utröna IP-reglernas ändamål är de skäl som kommer till uttryck i förordningarnas preambel.<sup>121</sup> Skälen innehåller inte bestämmelser av normativ karaktär men EU-domstolen har citerat förordningars preambel i sina domskäl som stöd för en viss tolkning av förordningens artiklar.<sup>122</sup> Punkt 26 i arvsförordningens preambel borde därför kunna åberopas av de nationella domstolarna för att motivera ett reduktionsslut vid tolkning av arvsförordningens artiklar eller för att förbise en anknytande omständighet när rekvisiten för fraude à la loi föreligger.<sup>123</sup> Eftersom frågan inte har avgjorts av EU-domstolen ännu bör dock viss försiktighet iakttas.

---

<sup>116</sup> Prop. 2014/15:105.

<sup>117</sup> Bogdan 2014, s. 86.

<sup>118</sup> Eng. "mechanisms designed to"/ fra. "les mécanismes destinés à".

<sup>119</sup> Kruger 2015, s. 397.

<sup>120</sup> Michael Hellner, *Rom II-förordningen: tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser*, Norstedts juridik, Stockholm 2014, s. 39 och Lennart Pålsson, *Bryssel I-förordningen jämte Bryssel- och Luganokonventionerna: domstols behörighet samt erkännande och verkställighet av domar i privaträttsliga ämnen inom EU/EFTA-området*, Norstedts juridik, Stockholm 2008, s. 43–44.

<sup>121</sup> Hellner 2014, s. 39.

<sup>122</sup> Hellner 2014, s. 40.

<sup>123</sup> En slutsats som delas av Bogdan, se Michael Bogdan, "Den nya EU-förordningen om internationell successionsrätt", *SvJT* 2012 s. 737, s. 739.

Även punkt 52 i arvsförordningens preambel utgör ett indirekt stöd för läran om fraude à la loi vars tillämpningsområde dock, till skillnad från punkt 26, är begränsat till förordningens bestämmelser om den formella giltigheten av ett förordnande om kvarlåtenskap. Enligt punkt 52 bör den behöriga myndigheten vid avgörande av den formella giltigheten för ett förordnande om kvarlåtenskap inte beakta ett internationellt inslag som har tillkommit på ett bedrägligt sätt i syfte att kringgå bestämmelserna om den formella giltigheten.

#### 2.4.2 EU-domstolens praxis

I sin praxis har EU-domstolen utvecklat en allmän lära om missbruk av EU-rätten som har fått betydelse för läran om fraude à la loi.<sup>124</sup> I *Ungern mot Slovakiska republiken*<sup>125</sup> väckte Ungern fördragsbrottstalan mot Slovakien efter att Ungerns president hade nekats inresa i landet genom en tillämpning av rörlighetsdirektivet<sup>126</sup>. Ungern anförde bland annat att Slovakien, genom att åberopa direktivet för att uppnå vissa politiska mål, handlat på ett sätt som är att betrakta som rättsmissbruk. Målet är relevant för framställningen eftersom EU-domstolen fastslår rekvisiten för missbruk av EU-rätten i domskälen. Dels ska man utifrån objektiva förhållanden kunna fastslå att målsättningen med den berörda EU-regeln inte har uppnåtts trots att regelns rekvisit i formellt hänseende är uppfyllda, dels ska avsikt föreligga att erhålla en förmån som följer av regeln genom att konstruera de omständigheter som krävs för att erhålla den.<sup>127</sup> Trots att målet inte gäller IP-rätt har definitionen av missbruk ansetts relevant även för bedömningen av försök att kringgå EU-rättsliga IP-regler.<sup>128</sup>

Slutsatsen bekräftades av EU-domstolen i *Vinyls Italia*.<sup>129</sup> Målet vid den nationella domstolen gällde återvinning av två betalningar som Vinyls Italia hade gjort till ett annat företag, Mediterranea, en kort tid före det att Vinyls Italia gick i konkurs. Företagen var etablerade i Italien men hade avtalat att engelsk rätt skulle vara tillämplig på

---

<sup>124</sup> Toni Marzal Yetano, "The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law", *Journal of Private International Law*, vol. 6 no. 1, 2010, pp. 155–193, s. 173–177. Se ang. missbruk av EU-rätten t.ex. mål C-456/04 *Agip Petroli SpA mot Capitaneria di porto di Siracusa m.fl.*, C-155/13 *SICES m.fl. mot Agenzia Dogane Ufficio delle Dogane di Venezia* och C-423/15 *Kratzer mot R+V Allgemeine Versicherung AG*.

<sup>125</sup> Mål C-364/10 *Ungern mot Slovakiska republiken* (nedan: *Ungern mot Slovakiska republiken*).

<sup>126</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG.

<sup>127</sup> *Ungern mot Slovakiska republiken* p. 58.

<sup>128</sup> Michael Bogdan, "Svensk och EU-domstolens rättspraxis i internationell privat- och processrätt 2011-2012", *SvJT* 2013 s. 937, s. 939.

<sup>129</sup> Mål C-54/16 *Vinyls Italia SpA (i konkurs) mot Mediterranea di Navigazione SpA* (nedan: *Vinyls Italia*).

det avtal som de ingått och vars fullgörelse de omtvistade betalningarna syftade till. Enligt den då gällande insolvensförordningen<sup>130</sup> artikel 4 var italiensk rätt tillämplig på insolvensförfarandet såsom *lex fori concursus*, dvs. lagen i den medlemsstat inom vars territorium insolvensförfarandet inleds. Betalningarna var återvinningsbara enligt italiensk lag.

Mediterranea åberopade lagvalsregeln i insolvensförordningen artikel 13 som stöd för att betalningarna inte kunde återvinnas. Regeln innebär att *lex fori concursus* inte ska tillämpas om den som haft vinning av en återvinningsgrundande handling visar att handlingen omfattas av lagen i en annan medlemsstat och att den lagen inte tillåter att handlingen angrips. Mediterranea anförde att engelsk rätt var tillämplig på betalningarna i enlighet med lagvalsavtalet och att de inte var angripningsbara enligt engelsk lag. Målet aktualiserade därigenom frågan om artikel 13 kan åberopas med giltig verkan när avtalsparter med säte i samma medlemsstat, till vilken även alla andra relevanta omständigheter i den aktuella situationen hänför sig, har avtalat att lagen i en annan medlemsstat ska vara tillämplig på avtalet.<sup>131</sup> EU-domstolen fann att artikel 13 kan åberopas i dessa situationer under förutsättning att parterna inte har valt den lagen på ett bedrägligt sätt eller genom missbruk.<sup>132</sup> När EU-domstolen fastslår att enskilda inte kan stödja sig på EU-rätten om det skulle utgöra missbruk använder domstolen samma definition av missbruk som den har utvecklat i bland annat *Ungern mot Slovakiska republiken*.<sup>133</sup> Målet utgör på så vis en brygga mellan EU-domstolens praxis om missbruk av EU-rätten och den IP-rättsliga frågan om kringgående av lag.

Rom I-förordningen<sup>134</sup> var inte tillämplig i målet eftersom parterna hade ingått avtalet före 17 december år 2009,<sup>135</sup> men EU-domstolen diskuterar Rom I artikel 3 i avgörandet eftersom hänvisningen ansågs möjliggöra en precisering i tolkningen av insolvensförordningen artikel 13.<sup>136</sup> Rom I artikel 3.3 föreskriver att "[o]m alla andra omständigheter av betydelse vid tidpunkten för lagvalet föreligger i ett annat land än det vars lag har valts, får inte parternas val hindra tillämpningen av sådana lagregler i det andra landet som inte kan avtalas bort." Regeln innebär att parterna i ett avtal som

---

<sup>130</sup> Rådets förordning (EG) nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden.

<sup>131</sup> Den hänskjutande italienska domstolens tredje, fjärde och femte tolkningsfråga omformulerades på detta sätt av EU-domstolen, se *Vinyls Italia* p. 44.

<sup>132</sup> *Vinyls Italia* p. 56.

<sup>133</sup> Se *Vinyls Italia* p. 51–54.

<sup>134</sup> Europaparlamentets och Rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni om tillämplig lag för avtalsförpliktelser.

<sup>135</sup> Se *Vinyls Italia* p. 41–42 samt Rom I artikel 28.

<sup>136</sup> *Vinyls Italia* p. 43.

saknar internationell karaktär inte åtnjuter kollisionsrättslig partsautonomi utan endast har möjlighet att genom materiell partshänvisning frångå dispositiva regler i avtalsstatutet.<sup>137</sup> Artikelns syftar till att förhindra bedrägligt kringgående av indispositiv lag i det rättssystem som avtalet och avtalsparterna har sin relevanta anknytning till.<sup>138</sup> Att Rom I artikel 3.3 indirekt ger uttryck för läran om fraude à la loi lyfts fram både av generaladvokaten i dennes förslag till avgörande i målet,<sup>139</sup> och i den juridiska litteraturen.<sup>140</sup> Trots att insolvensförordningen inte innehåller någon motsvarande undantagsbestämmelse är det tydligt att den problematik som regleras i Rom I artikel 3.3 gör sig gällande i *Vinyls Italia* och att EU-domstolen i sin omformulering av tolkningsfrågorna 3, 4 och 5 låtit sig inspireras av artikelns formulering.

Vilka slutsatser angående läran om fraude à la loi går då att dra utifrån *Vinyls Italia*? Den principiellt viktiga delen av avgörandet återfinns i punkt 54 där EU-domstolen fastslår under vilka förutsättningar den nationella domstolen kan göra ett reduktionsslut vid tolkningen av insolvensförordningen artikel 13:

Att underlåta att tillämpa artikel 13 i förordning nr 1346/2000 under sådana omständigheter som i det nationella målet kan endast bli aktuellt om det objektivt framstår som att det syfte som eftersträvas med en sådan tillämpning – vilket i detta sammanhang består i att säkerställa parternas berättigade förväntningar på att en viss lagstiftning är tillämplig – inte har uppnåtts, och att avtalet på ett artificiellt sätt omfattas av rätten i en viss medlemsstat, nämligen i det huvudsakliga syftet, inte att låta avtalet verkligen omfattas av lagstiftningen i den medlemsstat som valts, utan att göra rätten i den medlemsstaten gällande för att skydda avtalet, eller de rättsakter som tillkommit för att genomföra detsamma, från att *lex fori concursus* tillämpas.

Av punkt 54 framgår att om avtalsparterna avtalar om att lagen i en medlemsstat ska vara tillämplig på avtalet i det huvudsakliga syftet att undvika tillämpningen av *lex fori concursus* vid en framtida konkurs får de nationella domstolarna underlåta att tillämpa artikel 13 om en tillämpning skulle innebära att regelns ändamål förfelas. Trots att domen gäller den äldre insolvensförordningen bör den fortfarande anses prejudicerande eftersom de aktuella bestämmelserna har överförts i oförändrad lydelse till den nya insolvensförordningen.<sup>141</sup>

<sup>137</sup> Bogdan 2014, s. 231.

<sup>138</sup> Francesca Ragno, *Rom I Regulation: Pocket Commentary*, Ferrari (ed.), Sellier European Law Publishers, München 2015, s. 80.

<sup>139</sup> Förslag till avgörande av generaladvokat Szpunar i mål C-54/16 *Vinyls Italia*, celexnummer 62016CC0054, p. 140.

<sup>140</sup> Se Siehr 2013, s. 524–525. Se också om motsvarande bestämmelse i Romkonventionen, Fawcett 1990, s. 57.

<sup>141</sup> Europaparlamentets och Rådets förordning (EG) 2015/848 av den 20 maj 2015 om insolvensförfaranden, art. 7.2.m och art. 16.

Om avgörandet tolkas snävt, vilket formuleringen ”under sådana omständigheter som i det nationella målet” inbjuder till, lär det få en begränsad betydelse. Att parterna har valt lagen i en annan medlemsstat än där de är etablerade ger nämligen inte upphov till en presumtion om att det föreligger en avsikt att otillbörligt kringgå lex fori concursus.<sup>142</sup> Domen innebär dock att EU-domstolen utvecklar sin praxis om missbruk av EU-rätten till en konkret regel som anger under vilka förutsättningar de nationella domstolarna kan förhindra kringgående av lag genom att avvika från den annars tillämpliga lagvalsregeln. Domskalens punkt 54 ger uttryck för att rättshandlingar, i detta fall lagvalsavtalet, som endast syftar till att kringgå den lag som anvisas av en EU-rättslig lagvalsregel får bekämpas av de nationella domstolarna under vissa förutsättningar. Domen kan därför tolkas som en förstärkning av läran om fraude à la loi som inte nödvändigtvis behöver begränsas till insolvensförordningen artikel 13. Domen kan även antas bekräfta att arvsförordningens preambel punkt 26 inte ska tolkas e contrario, alltså att mekanismer som är utformade för att förhindra kringgående av lagen inte skulle kunna göras gällande vid tillämpningen av andra IP-förordningar.<sup>143</sup> Trots den inskränkande formuleringen finns därför skäl att inte tolka domens betydelse alltför snävt.

#### **2.4.3 Etableringsfriheten som begränsning samt slutsats**

Förbehållen avseende fraude à la loi i arvsförordningens preambel i kombination med den möjlighet som EU-domstolen har utvecklat i sin praxis att underlåta att tillämpa lagvalsregeln i insolvensförordningen artikel 13 för att bekämpa kringgående av lag leder till slutsatsen att det EU-rättsliga samarbetet tycks ha inneburit att läran om fraude à la loi har fått en något förstärkt ställning i den svenska rättsordningen.

Den EU-rättsliga etableringsfriheten utgör samtidigt en begränsning i möjligheterna att använda läran om fraude à la loi i svensk domstol. I *Centros*<sup>144</sup> fastslog EU-domstolen att medlemsstaterna har en skyldighet att erkänna bolag som har bildats i överensstämmelse med en annan medlemsstats lag även när valet att bilda bolag i den andra medlemsstaten enkom syftar till att kringgå bolagslagstiftningen i den medlemsstat där bolaget utövar sin verksamhet eftersom det utgör ett led i utövandet av etableringsfriheten.<sup>145</sup> En nationell åtgärd som gör det mindre attraktivt att utöva de

<sup>142</sup> *Vinyls Italia* p. 55.

<sup>143</sup> En tolkning som har framförts av t.ex. Michael Bogdan, se Bogdan 2013, s. 939.

<sup>144</sup> Mål C-212/97 *Centros mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* (nedan: *Centros*).

<sup>145</sup> Se *Centros* p. 27 och p. 30. Se även Michael Bogdan, ”Ordre public, internationellt tvingande rättsregler och kringgåendeläran i EG-domstolens praxis rörande internationell privaträtt”, *SvJT* 2001 s. 329, s. 343.

grundläggande friheter som garanteras av fördraget måste enligt domen uppfylla fyra förutsättningar: de ska tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, de ska motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, de ska vara ägnade att säkerställa förverkligandet av samt inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målsättningen.<sup>146</sup> Den danska myndighetens beslut att vägra registrera bolaget med hänsyn till fraude à la loi ansågs inte uppfylla dessa krav.<sup>147</sup>

Bolagets existens ifrågasattes inte av de nationella myndigheterna i *Centros* eftersom frågan, enligt de nationella lagvalsreglerna, skulle avgöras av registreringslandets lag. Efter EU-domstolens avgörande i *Überseering*<sup>148</sup> har det dock även anses klarlagt att det saknas möjlighet att bortse från en konstlad anknytning till utlandet genom en tillämpning av läran om fraude à la loi för att kunna underkänna bolagets existens genom en tillämpning av forumlandets lag.<sup>149</sup> När förfarandet utgör ett led i utövandet av etableringsfriheten tycks alltså möjligheterna att bekämpa kringgående av lag genom en tillämpning av läran om fraude à la loi vara begränsade.

## 2.5 Sammanfattning och avslutande diskussion

Läran om fraude à la loi innebär att den ena eller båda parterna agerar i syfte att kringgå lagen som annars skulle ha varit tillämplig genom en tillämpning av ordinarie IP-regler, antingen genom att skapa en anknytning till en annan rättsordning eller genom att söka sig utomlands. Problem som rör kringgående av lag har påverkat utformningen av flera svenska IP-regler och i förarbetena till LIA ges domstolarna uttryckligen möjlighet att vägra erkänna ett utländskt adoptionsbeslut om adoptionen syftar till att kringgå svensk migrationslagstiftning. Läran om fraude à la loi har trots det endast tillämpats i ett fåtal prejudicerande mål som rör autonom svensk IP-rätt.

EU:s inflytande över rättsutvecklingen tycks ha medfört att läran om fraude à la loi har fått en något förstärkt ställning i Sverige, både genom förbehållen avseende fraude à la loi i arvsförordningens preambel och genom EU-domstolens praxis rörande missbruk av EU-rätten. Regeln som EU-domstolen utvecklade i *Vinyls Italia* innebär att medlemsstaternas domstolar under vissa förutsättningar får underlåta att tillämpa lag-

---

<sup>146</sup> *Centros* p. 34.

<sup>147</sup> *Centros* p. 35.

<sup>148</sup> Mål C-208/00 *Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* (nedan: *Überseering*).

<sup>149</sup> Michael Bogdan, ”Rätt att välja bland nationella bolagsformer inom EU”, *Ny Juridik* 1:04, s. 7–20, s. 12.



valsregeln i den äldre insolvensförordningens artikel 13 för att bekämpa kringgående av lag. Om regeln kan åberopas i förhållande till andra EU-rättsliga lagvalsregler återstår att se.

En intressant fråga som målet aktualiserar är om läran om fraude à la loi kommer att bli föremål för en EU-autonom tolkning. Förbehållet avseende fraude à la loi i arvsförordningens preambel punkt 26 är inte begränsat till bestämmelser som har utformats inom ramen för det EU-rättsliga samarbetet. *Vinyls Italia* tycks däremot inte lämna utrymme för medlemsstaternas domstolar att tillämpa de nationella mekanismer som har utformats för att bekämpa kringgående av lag. Om EU-domstolen i sin praxis vidareutvecklar detta till en allmän regel som anger under vilka förutsättningar de nationella domstolarna får avvika från EU-rättsliga IP-regler för att bekämpa kringgående av lag kan denna autonoma tolkning om läran om fraude à la loi i framtiden komma att delvis ersätta de mekanismer som har utformats i de nationella rättsordningarna. En sådan utveckling skulle innebära att den varierande betydelse som läran om fraude à la loi idag tillmäts i medlemsstaternas rättsordningar i alla fall delvis skulle harmoniseras.

## 3 Internationella surrogatarrangemang

### 3.1 Surrogatarrangemang och det IP-rättsliga intresset

Surrogatmoderskap innebär att en kvinna blir gravid med avsikten att efter födseln lämna över barnet till en eller flera andra personer samt avsäga sig all rätt till barnet i enlighet med en uppgörelse som gjorts med de tilltänkta föräldrarna innan graviditeten inleddes.<sup>150</sup> Vid partiellt surrogatmoderskap befruktas surrogatmoderns ägg med spermier från en av de tilltänkta föräldrarna eller en donator.<sup>151</sup> Vid fullständigt surrogatmoderskap förs ett befruktat ägg in i surrogatmoderns livmoder.<sup>152</sup> I det senare fallet kan ägg och spermier användas som kommer från de tilltänkta föräldrarna eller från donatorer – oavsett får surrogatmodern, till skillnad från vid partiellt surrogatmoderskap, ingen genetisk koppling till barnet.<sup>153</sup> Surrogatarrangemanget kan vara altruistiskt eller kommersiellt. Altruistiska arrangemang innebär att surrogatmodern inte får någon särskild ersättning för att hon agerar som surrogatmor även om kostnader som är relaterade till graviditeten kan ersättas.<sup>154</sup> Kommersiella surrogatarrangemang innebär att hon får särskild ersättning.<sup>155</sup>

Inställningen till surrogatarrangemang skiljer sig mellan olika länder. Katarina Trimmings och Paul Beaumont har tagit fram en rapport som bygger på en komparativ studie av förekomsten och regleringen av internationella surrogatarrangemang i 25 länder.<sup>156</sup> I rapporten delas de nationella rättsordningarna in i tre kategorier: länder som är surrogatvänliga, länder som är negativt inställda till surrogatarrangemang och länder som har intagit en relativt neutral position.<sup>157</sup> De surrogatvänliga länderna karaktäriseras av att både altruistiska och kommersiella surrogatarrangemang är tillåtna och förekommer i relativt stor omfattning, att det finns rättsliga mekanismer som tillåter de tilltänkta föräldrarna att erhålla rättsligt föräldraskap och att det inte finns något förbehåll vad

---

<sup>150</sup> SOU 2016:11 s. 359, Katarina Trimmings & Paul Beaumont, ”General Report on Surrogacy”, *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Trimmings & Beaumont (ed.), Hart Publishing, Oxford 2013, s. 440 och Maja Kirilova Eriksson, *Reproductive Freedom: In the Context of International Human Rights and Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Haag 2000, s. 207.

<sup>151</sup> Eng. *traditional surrogacy*. SOU 2016:11 s. 359 och Trimmings & Beaumont 2013, s. 440. Jfr. Antoon Struycken som menar att det bör förstås som en form av adoption, ”Surrogacy, a New Way to Become a Mother? A New PIL Issue”, *Convergence and Divergence in Private International Law: Liber Amicorum Kurt Siehr*, Boele-Woelki m.fl. (ed.), Eleven International Publishing, Haag 2010, s. 359.

<sup>152</sup> Eng. *gestational surrogacy*. SOU 2016:11 s. 359 och Trimmings & Beaumont 2013, s. 440.

<sup>153</sup> SOU 2016:11 s. 359 och Trimmings & Beaumont 2013, s. 440.

<sup>154</sup> SOU 2016:11 s. 359–360 och Smer 2013:1 s. 156.

<sup>155</sup> SOU 2016:11 s. 360 och Smer 2013:1 s. 156.

<sup>156</sup> Trimmings & Beaumont 2013.

<sup>157</sup> Trimmings & Beaumont 2013, s. 443.

gäller de tilltänkta föräldrarnas medborgarskap eller hemvist.<sup>158</sup> I länder som är negativt inställda är både altruistiska och kommersiella surrogatarrangemang kriminaliserade och surrogatavtal erkänns ingen rättsverkan.<sup>159</sup> Till gruppen av länder med en relativt neutral inställning till surrogatarrangemang hänförs både länder där endast altruistiska arrangemang är tillåtna och länder där arrangemangen inte har blivit föremål för särskild rättslig reglering.<sup>160</sup>

Antalet internationella surrogatarrangemang har ökat de senaste åren,<sup>161</sup> och gränsöverskridande reproduktiv vård i syfte att kringgå hemvistlandets lag har blivit ett vanligt förekommande fenomen i Europa.<sup>162</sup> Skillnaderna mellan de nationella regelverken har lett till utbredd forum shopping där tilltänkta föräldrar från hela världen söker sig till surrogatvänliga länder i syfte att genomföra surrogatarrangemang.<sup>163</sup> Vid sådana gränsöverskridande surrogatarrangemang uppkommer alltid IP-rättsliga frågor, framförallt vad gäller det rättsliga föräldraskapet.<sup>164</sup> Frågan om rättsligt föräldraskap var tidigare av litet IP-rättsligt intresse eftersom det i princip förelåg internationell konsensus om vad som konstituerar grunderna för föräldraskap.<sup>165</sup> Rättsligt moderskap har traditionellt grundats på graviditet och rättsligt faderskap på äktenskap till barnets mor.<sup>166</sup> De vetenskapliga framstegen vad gäller assisterad befruktning, som har möjliggjort en mer organiserad form av surrogatarrangemang, har lett till en splittring i synen på föräldraskap eftersom utvecklingen har inneburit en separation av de tre principiella markörerna för rättsligt moderskap: graviditet, genetik och intention att bli förälder.<sup>167</sup> Till följd av detta har en mångfald av lösningar uppstått i de nationella rättsordningarna för att besvara frågan vem som blir förälder till ett barn som tillkommer genom ett surrogatarrangemang, och frågan om rättsligt föräldraskap har blivit föremål för ett IP-rättsligt intresse.<sup>168</sup>

---

<sup>158</sup> Trimmings & Beaumont 2013, s. 443.

<sup>159</sup> Trimmings & Beaumont 2013, s. 463.

<sup>160</sup> Trimmings & Beaumont 2013, s. 454.

<sup>161</sup> Se t.ex. Anna Arvidsson m.fl., "Views of Swedish Commissioning Parents Relating to the Exploitation Discourse in Using Transnational Surrogacy", *PLoS ONE* 10(5): e0126518. doi:10.1371/journal.pone.0126518, 2015, s. 1–2, SOU 2016:11 s. 466 och Haagkonferensen för internationell privaträtt, *A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, 2014, s. 56.

<sup>162</sup> van Hoof m.fl. 2016, s. 101.

<sup>163</sup> Grušić m.fl. 2017, s. 1182 och Trimming & Beaumont 2013, s. 501.

<sup>164</sup> SOU 2016:11 s. 493 och Grušić m.fl. 2017, s. 1179.

<sup>165</sup> Grušić m.fl. 2017, s. 1180.

<sup>166</sup> Grušić m.fl. 2017, s. 1180.

<sup>167</sup> Grušić m.fl. 2017, s. 1180.

<sup>168</sup> Grušić m.fl. 2017, s. 1180–1181.

## 3.2 Surrogatarrangemang som har anknytning till Sverige

### 3.2.1 Den svenska inställningen till surrogatmoderskap

Det finns inte något uttryckligt förbud mot surrogatmoderskap i svensk rätt men det anses följa av regleringen om assisterad befruktning att det inte är tillåtet att utföra assisterad befruktning inom den svenska hälso- och sjukvården i syfte att genomföra ett surrogatarrangemang.<sup>169</sup> I lag (2006:351) om genetisk integritet m.m. (GIL) regleras uttömmande under vilka förhållanden assisterad befruktning får utföras. Den som vanemässigt eller för att bereda sig vinning utför insemination, tillhandahåller sperma för insemination eller utför assisterad befruktning utanför kroppen i strid med bestämmelserna i GIL kan dömas till straffrättsligt ansvar, GIL 8:4–5. Surrogatarrangemang som genomförs utanför den svenska hälso- och sjukvården, i privat regi eller utomlands, har inte blivit föremål för särskild reglering.<sup>170</sup>

Enligt Trimmings och Beaumonts synsätt tycks Sverige tillhöra den grupp av länder som har intagit en relativt neutral inställning till surrogatmoderskap: surrogatarrangemang utomlands eller i privat regi är inte förbjudna men surrogatavtalen saknar rättsverkan.<sup>171</sup> Det går dock att ifrågasätta om Sveriges inställning till surrogatmoderskap bör betecknas som neutral. Vårdpersonal som medverkar till assisterad befruktning vid surrogatarrangemang kan trots allt dömas till straffrättsligt ansvar, och trots avsaknaden av särskild reglering framgår det tydligt av förarbetsuttalanden att lagstiftaren tar avstånd från surrogatmoderskap.<sup>172</sup> Frågan om det borde tillåtas i Sverige diskuterades redan i Inseminationsutredningens betänkande från år 1985.<sup>173</sup> Utredningen motiverade slutsatsen att surrogatmoderskap borde vara förbjudet med att det innebär en slags handel med barn samt att det strider mot kvinnors rätt att bestämma över sin kropp och mot förbudet av adoptionsvederlag.<sup>174</sup> Lagstiftaren instämde i utredningens slutsats.<sup>175</sup> Frågan behandlas på nytt i början av 2000-talet men även då kom lagstiftaren fram till att surrogatmoderskap inte borde tillåtas eftersom det inte är etiskt försvarbart samt står i strid med människovärdesprincipen att använda en kvinna som medel för att lösa ett barnlöst pars problem.<sup>176</sup> Frågan behandlades senast i en statlig utredning från år 2016

---

<sup>169</sup> SOU 2016:11 s. 361, Smer 2013:1 s. 156 och Jane Stoll, *Surrogacy Arrangements and Legal Parenthood: Swedish Law in a Comparative Context*, Uppsala 2013 (diss.), s. 115.

<sup>170</sup> Arvidsson m.fl. 2015, s. 3 och Stoll 2013, s. 115.

<sup>171</sup> Se SKV Dnr 131 182694-16/111, s. 1 och Stoll s. 115

<sup>172</sup> Se t.ex. SOU 1985:5 s. 50, prop. 1987/88:160 s. 14 och prop. 2017/18:155 s. 40. Se även Stoll 2013, s. 55.

<sup>173</sup> SOU 1985:5.

<sup>174</sup> SOU 1985:5 s. 50.

<sup>175</sup> Prop. 1987/88:160 s. 14.

<sup>176</sup> Prop. 2001/02:89 s. 55.

vars uppdrag var att överväga olika sätt att utöka möjligheterna för ofrivilligt barnlösa att bli föräldrar.<sup>177</sup> Utredningen hade bland annat att ta ställning till om surrogatmoderskap bör tillåtas, med utgångspunkten att det i sådana fall ska vara altruistiskt.<sup>178</sup> Utredningen kom fram till att surrogatmoderskap inte bör tillåtas inom svensk hälso- och sjukvård.<sup>179</sup> Att även altruistiskt surrogatmoderskap bör vara fortsatt otillåtet motiverades med att det strider mot principen om barnets bästa, att det medför risker för kommersialisering och sociala påtryckningar samt hotar kvinnors rätt att bestämma över sin kropp.<sup>180</sup> Av en proposition som lades fram i mars år 2018 framgår att regeringen delar utredningens slutsats.<sup>181</sup> Den svenska inställningen till surrogatmoderskap bör därför, enligt min mening, betecknas som negativ eller avvisande.<sup>182</sup>

### **3.2.2 Gränsöverskridande surrogatarrangemang med personer från Sverige**

Vad gäller antalet internationella surrogatarrangemang där de tilltänkta föräldrarna har svensk hemvist följer Sverige den internationella trenden: antalet barn som har tillkommit genom sådana arrangemang har enligt uppgifter från svenska myndigheter ökat under åren 2010–2015 och ungefär 50 barn som har fötts efter ett surrogatarrangemang i utlandet kommer årligen till Sverige.<sup>183</sup> Nästan alla dessa arrangemang har genomförts med en tilltänkt fars spermier och med en tilltänkt mors eller en donators ägg.<sup>184</sup>

Det finns ingen utförlig utredning av genomförda surrogatarrangemang som involverar personer från Sverige. Socionomen Anna Arvidsson forskar dock om detta inom ramen för sina doktorandstudier vid Uppsala universitet och hon har, tillsammans med Sara Johnsdotter och Birgitta Essén, publicerat en mindre studie som omfattar 15 av dessa par.<sup>185</sup> Studien visar att paren drivs av sin längtan efter barn och att de ser surrogatmoderskap i utlandet som en sista utväg.<sup>186</sup> För framställningen är det intressant att notera att paren i studien var medvetna om den svenska inställningen till surrogatmoderskap men att de, trots det, har sökt sig utomlands och hoppats på att deras rättsliga föräldraskap ska erkännas av svenska myndigheter vid återkomsten.

---

<sup>177</sup> SOU 2016:11 s. 21.

<sup>178</sup> SOU 2016:11 s. 21.

<sup>179</sup> SOU 2016:11 s. 378 och s. 385.

<sup>180</sup> SOU 2016:11 s. 445–451.

<sup>181</sup> Prop. 2017/18:155 s. 40.

<sup>182</sup> Se även Stoll 2013, s. 102.

<sup>183</sup> SOU 2016:11 s. 458.

<sup>184</sup> SOU 2016:11 s. 458.

<sup>185</sup> Arvidsson m.fl. 2015.

<sup>186</sup> Arvidsson m.fl. 2015, s. 4–5.

Eftersom Sverige saknar särskild reglering av surrogatarrangemang tillämpas de vanliga reglerna om fastställande av föräldraskap även i dessa fall.<sup>187</sup> Dessa materiella regler kommer att behandlas i avsnittet nedan tillsammans med tillämpliga IP-regler när frågan om fastställande av moder- respektive faderskap till barn födda av en surrogatmoder i utlandet prövas av svensk domstol eller myndighet. Fokus ligger främst på lagvalsreglerna men regler om domsrätt kommer att diskuteras där det är relevant för framställningen. Därefter utreds reglerna om erkännande av utländska avgöranden som fastställer det rättsliga föräldraskapet efter ett internationellt surrogatarrangemang. Syftet med avsnittet är att utreda i vilken utsträckning tilltänkta mödrar respektive fäder har möjlighet att förverkliga sin avsikt att betraktas som barnets rättsliga förälder i Sverige.

### **3.3 Rättsligt föräldraskap vid internationella surrogatarrangemang**

#### **3.3.1 Fastställande av moderskap**

##### *3.3.1.1 Materiella regler*

Det saknas lagfästa materiella bestämmelser i svensk rätt om fastställande av moderskap i de fall ett barn har kommit till genom att den gravida kvinnans egna ägg har befruktats.<sup>188</sup> Trots avsaknaden av lagstöd tycks det stå helt klart att den s.k. *mater est*-regeln, som innebär att den kvinna som har fött barnet är dess rättsliga moder, gäller i dessa fall.<sup>189</sup> FB 1:7 innehåller en förtydligande regel som fastslår att *mater est*-regeln även gäller vid assisterad befruktning när en annan kvinnas ägg har använts. Vid surrogatarrangemang innebär reglerna att surrogatmodern alltid betraktas som barnets rättsliga moder enligt svensk rätt.<sup>190</sup> Även om det rör sig om ett fullständigt surrogatmoderskap där den tilltänkta moderns ägg har använts saknas alltså möjlighet för den genetiska modern att fastställas som barnets rättsliga mor genom en tillämpning av svensk rätt.

##### *3.3.1.2 IP-regler*

Det finns inte några lagfästa IP-regler i svensk rätt för fastställande av moderskap i internationella förhållanden.<sup>191</sup> I den statliga utredningen från år 2016 anförs att *mater*

---

<sup>187</sup> Stoll 2013, s. 116.

<sup>188</sup> SOU 2016:11 s. 117 och Stoll 2013, s. 118

<sup>189</sup> Prop. 2017/18:155 s. 42, Stoll 2013, s. 118 och SOU 2016:11 s. s. 117–118 och s. 362. Den romersk-rättsliga principen *mater semper certa est* kan översättas med ”det är alltid säkert vem som är mor” som tillsammans med *mater est quam gestatio demonstrat*, ”modern är den som födandet utvisar”, utgör regeln om moderskapspresumtion, se SOU 2016:11 s. 117.

<sup>190</sup> SOU 2016:11 s. 363.

<sup>191</sup> Prop. 2017/18:155 s. 42 och SOU 2016:11 s. 524.

*est*-regeln bör anses utgöra en internationellt tvingande regel i svensk rätt.<sup>192</sup> Det innebär att den i sådana fall ska tillämpas även i situationer som har anknytning till en annan rättsordning eftersom regeln anses så grundmurad i den svenska rättsuppfattningen att den alltid måste ges effekt.<sup>193</sup> Utredningens slutsats finner stöd i den efterföljande propositionen från år 2018 där det anges att förklaringen till att det saknas svenska IP-regler i dessa fall är att det ”inte anses råda någon tvekan om vem som från barnets födelse i rättsligt hänseende ska anses som barnets mor” och att *mater est*-regeln tillämpas av svenska myndigheter även vid surrogatarrangemang i utlandet.<sup>194</sup> I likhet med vad som gäller i rent nationella situationer tycks alltså gällande rätt innebära att när frågan om fastställande av moderskap till barn födda av en surrogatmoder i utlandet prövas av svensk domstol, eller annan behörig myndighet, betraktas surrogatmodern alltid som barnets rättsliga mor.<sup>195</sup> Det innebär att den tilltänkta modern, oavsett om hon har en genetisk koppling till barnet eller inte, endast har möjlighet att bli barnets rättsliga mor genom närståendeadoption, om hennes make har fastställts som barnets rättsliga fader, eller genom ett ordinarie adoptionsförfarande.<sup>196</sup>

### **3.3.2 Fastställande av faderskap**

#### *3.3.2.1 Materiella regler*

Faderskap kan, till skillnad från moderskap, fastställas på flera grunder enligt svensk rätt. Enligt den s.k. faderskapspresumtionen i FB 1:1 ska moderns make anses som barnets far. Eftersom surrogatmodern, i enlighet med resonemanget ovan, betraktas som barnets rättsliga mor enligt svensk rätt kommer hennes eventuella make att presumeras vara barnets far. Om det på grund av barnets arvsanlag eller annan särskild omständighet kan hållas för visst att maken inte är barnets fader ska dock hans faderskap vid domstolsprövning hävas, FB 1:2 första stycket andra punkten.

En tilltänkt fader som har bidragit genetiskt till barnets tillkomst tycks ha goda möjligheter att fastställas som barnets rättsliga fader genom en tillämpning av svensk rätt eftersom avgörande vikt fästs vid de genetiska omständigheterna. Hans faderskap kan fastställas genom dom om det genom en genetisk undersökning är utrett att han är

---

<sup>192</sup> SOU 2016:11 s. 494. Jfr. Bogdan som argumenterar för att IFL 2 § bör tillämpas analogt på frågan om tillämplig lag vid fastställande av moderskap, se Bogdan, ”Aktuella frågor: Internationellt privaträttsliga aspekter av äggdonation och surrogatmoderskap”, *SvJT* 2002 s. 732, s. 747.

<sup>193</sup> SOU 2016:11 s. 494. Se även Bogdan 2014, s. 72–73.

<sup>194</sup> Prop. 2017/18:155 s. 42.

<sup>195</sup> Se även SOU 2016:11 s. 494 och Stoll 2013, s. 120.

<sup>196</sup> Prop. 2017/18:155 s. 50, SOU 2016:11 s. 363 och Stoll 2013, s. 144.

barnets fader, FB 1:5 första stycket. Faderskapet kan även fastställas genom bekräftelse under medverkan av socialnämnden om modern, eller en särskilt förordnad vårdnadshavare för barnet, godkänner det, FB 1:4. Socialnämnden får endast lämna sitt godkännande till en bekräftelse av faderskap om det kan antas att mannen är far till barnet, FB 1:4 första stycket. Endast en tilltänkt fader som har en genetisk koppling till barnet bör därför kunna fastställas som barnets rättsliga fader genom bekräftelse.

En tilltänkt fader som inte har någon genetisk koppling till barnet, på grund av att den andra tilltänkta förälderns eller en donators spermier har använts, har inte ansetts kunna fastställas som barnets rättsliga fader genom en tillämpning av svensk rätt eftersom intention att bli förälder i kombination med ett surrogatavtal inte konstituerar en giltig grund för rättsligt föräldraskap.<sup>197</sup>

### 3.3.2.2 IP-regler

Lagvalsreglerna för fastställande av faderskap i internationella förhållanden finns i lag (1985:367) om internationella faderskapsfrågor (IFL). Vid utformningen av reglerna har barnets hemvist givits en avgörande betydelse vilket i förarbetena motiveras med att den lag som kommer till användning i de flesta fallen är lagen i det land där barnet kommer att växa upp.<sup>198</sup> I förarbetena anges att hemvistbegreppet i IÄL 7:2 ska tas till utgångspunkt vid tillämpningen av IFL.<sup>199</sup> I IÄL 7:2 anges att den som är bosatt i en viss stat anses ha hemvist där om bosättningen med hänsyn till vistelsens varaktighet och omständigheterna i övrigt måste anses stadigvarande. Vid prövningen ska hänsyn tas till samtliga faktiska förhållanden i samband med vistelsen.<sup>200</sup>

Det finns delade meningar om var ett barn som har tillkommit genom ett internationellt surrogatarrangemang bör anses ha sitt hemvist.<sup>201</sup> När det gäller ett litet barn är det framförallt familjeförhållandena som är relevanta för att fastställa hemvistet.<sup>202</sup> Vem som är barnets rättsliga moder går enkelt att fastställa enligt svensk rätt och surrogatmoderns hemvistland sammanfaller vanligtvis med barnets födelseland.<sup>203</sup> Att utgå från den rättsliga moderns hemvist ger därför ett förutsebart resultat. Det går dock att

<sup>197</sup> Se SOU 2016:11 s. 493. Se även Stoll 2013, s. 126–127.

<sup>198</sup> Prop. 1984/85:124 s. 12.

<sup>199</sup> Prop. 1984/84:124 s. 40 och prop. 2017/18:155 s. 45.

<sup>200</sup> Se NJA 2011 s. 499.

<sup>201</sup> SOU 2016:11 s. 494.

<sup>202</sup> Se SOU 2016:11 s. 131 fotnot 1, NJA 2011 s. 499 samt, vad gäller det EU-rättsliga hemvistbegreppet mål C-523/07 *A.*, C-497/10 *Mercredi mot Chaffe* och C-111/17 *PPU O.L. mot P.Q.* (nedan: *O.L.*).

<sup>203</sup> Se SOU 2016:11 s. 494.



invända att de tilltänkta föräldrarnas hemvist motsvarar det land som barnet sannolikt kommer att växa upp i. Eftersom hemvistbegreppet innehåller ett objektiva rekvisit, boplatstyp, bör likväl inte endast intentionen att barnet ska flytta till de tilltänkta föräldrarna kunna medföra att barnet förvärvat hemvist i Sverige. En sådan slutsats tycks även vara förenlig med det EU-rättsliga hemvistbegreppet så som EU-domstolen har utvecklat det i sin praxis rörande spädbarns hemvist.<sup>204</sup> Eftersom surrogatavtalet inte erkänns någon rättslig verkan och surrogatmodern betraktas som barnets rättsliga moder enligt svensk rätt motsvarar hennes hemvist barnets sociala integration i ett visst land vid födelsen. Resonemanget går i linje med att moderns hemvist blir avgörande i de fall barnet ännu inte är fött, se IFL 11 § andra stycket. Övervägande skäl talar därför för att barnets hemvist vid födelsen bör anses sammanfalla med surrogatmoderns hemvist,<sup>205</sup> och den fortsatta framställningen kommer att utgå från den slutsatsen. Motiven bakom regleringen i IFL förverkligas på så vis inte vid internationella surrogatarrangemang eftersom avsikten är att barnet ska bäras och födas i ett land för att sedan växa upp i ett annat.

Tillämplig lag på fastställelse av faderskap genom legal faderskapspresumtion regleras i IFL 2 §. En man som är eller har varit gift med ett barns mor ska anses som barnets far om det följer av lagen i den stat där barnet vid födelsen fick hemvist eller, om inte någon ska anses som barnets far enligt den lagen, om det följer av lagen i en stat där barnet vid födelsen blev medborgare. Om surrogatmoderns eventuella make presumeras vara barnets fader enligt lagen i hennes hemvistland måste alltså hans faderskap hävas innan den tilltänkta fadern kan fastställas som barnets far.<sup>206</sup>

Ett faderskap kan fastställas i Sverige genom bekräftelse under medverkan av en svensk socialnämnd om nämnden är skyldig att utreda faderskapet enligt FB 2:1 eller FB 2:9, se IFL 3 § första stycket. I dessa fall tillämpas svensk lag, IFL 3 § andra stycket. Eftersom socialnämnden endast har en skyldighet att utreda faderskapet om barnet har hemvist i Sverige saknar en tilltänkt fader möjlighet att bekräfta faderskapet vid en svensk socialnämnd innan barnets ankomst till Sverige.<sup>207</sup> Eftersom det krävs att en av de tilltänkta föräldrarna har fastställts som barnets rättsliga förälder för att barnet ska

---

<sup>204</sup> Se *O.L.* p. 51: "För det första ska det erinras om att begreppet 'hemvist', i den mening som avses i förordning nr 2201/2003, i allt väsentligt återspeglar ett faktiskt förhållande. Det skulle därmed vara svärförenligt med detta begrepp att anse att föräldrarnas ursprungliga avsikt att barnet ska bo på en viss plats har företrädande framför det förhållandet att barnet sedan födseln utan avbrott har bott i en annan stat."

<sup>205</sup> Se även SOU 2016:11 s. 494.

<sup>206</sup> SOU 2016:11 s. 131.

<sup>207</sup> FB 2:1 och 2:9. Se även SOU 2016:11 s. 499.

kunna förvärva svenskt medborgarskap kan det uppkomma svårigheter i att överflytta barnet till Sverige innan faderskapet har fastställts.<sup>208</sup> Ett barn som har tillkommit genom ett surrogatarrangemang i utlandet tycks oftast vara kvar i födelselandet till dess att svensk domstol har fastställt faderskapet.<sup>209</sup> Möjligheterna för en tilltänkt fader att fastställa sitt faderskap genom bekräftelse under medverkan av svensk socialnämnd bör därför bedömas som små.

Den statliga utredningen från år 2016 föreslog att en ny behörighetsregel bör införas i IFL för att garantera att svenska domstolar är behöriga att pröva en talan om faderskap efter ett surrogatarrangemang när barnet har hemvist utomlands och den genetiska fadern har hemvist i Sverige.<sup>210</sup> Enligt den efterföljande propositionen är svensk domstol redan behörig att ta upp dessa mål. Propositionen hänvisar till att IFL 4 § anger att svensk domstol är behörig att pröva en faderskapstalan om talan förs mot en man med hemvist i Sverige.<sup>211</sup> Faderskapstalan ska då prövas enligt lagen i den stat där barnet har hemvist när målet avgörs i första instans, IFL 5 § första stycket. Surrogatvänliga länder karaktäriseras bland annat av att det finns rättsliga mekanismer som möjliggör för de tilltänkta föräldrarna att där fastställas som barnets rättsliga föräldrar.<sup>212</sup> Eftersom barnet sannolikt har hemvist i surrogatmoderns hemvistland vid denna tidpunkt är det möjligt att även en tilltänkt fader utan genetisk koppling till barnet kan fastställas som barnets rättsliga fader av svensk domstol, trots att det är ett resultat som inte går att uppnå genom tillämpning av svensk lag. Utländsk rätt ska dock inte tillämpas om det skulle vara uppenbart oförenligt med grunderna för den svenska rättsordningen, IFL 12 §.

Sammanfattningsvis innebär den svenska regleringen att en tilltänkt far som också är den genetiska fadern till ett barn som tillkommer genom ett internationellt surrogatarrangemang tycks ha goda möjligheter att fastställas som barnets rättsliga fader i Sverige. Om barnet inte har förvärvat hemvist i Sverige ännu bör dennes faderskap kunna fastställas av svensk domstol som då tillämpar lagen i surrogatmoderns hemvistland. Om barnet har hemvist i Sverige, vilket innebär att svensk lag ska tillämpas, tycks den tilltänkta genetiska fadern kunna fastställas som barnets rättsliga fader både genom

---

<sup>208</sup> Se ang. reglerna om inrese- och uppehållstillstånd samt Migrationsverkets praxis i dessa fall i SOU 2016:11 s. 501–506. Det faller utom framställningens syfte att utreda dessa regler närmare.

<sup>209</sup> Prop. 2017/18:155 s. 45.

<sup>210</sup> SOU 2016:11 s. 536–537.

<sup>211</sup> Prop. 2017/18:155 s. 48.

<sup>212</sup> Se ovan i avsnitt 3.1.

bekräftelse och dom eftersom svenska regler om fastställande av faderskap fäster avgörande vikt vid de genetiska förhållandena.

En tilltänkt fader som saknar genetisk koppling till barnet kan endast fastställas som barnets rättsliga fader i Sverige om barnet har hemvist i surrogatmoderns hemvistland när faderskapsmålet avgörs i första instans och en tillämpning av lagen i detta land medger att denne fastställs som förälder till barnet. Det förutsätter dock att en tillämpning av utländsk rätt i dessa fall inte anses strida mot svensk ordre public.

Endast surrogatmoderns make kan fastställas som barnets fader genom en legal faderskapspresumtion. Enligt uppgifter från den svenska ambassaden i Bangkok har det förekommit fall där den tilltänkta fadern har gift sig med surrogatmodern endast med anledning av surrogatarrangemanget.<sup>213</sup> Det finns dock inga uppgifter som tyder på att det skulle vara ett utbrett fenomen.

### **3.3.3 Erkännande av utländska avgöranden rörande fastställande av föräldraskap**

Om de tilltänkta föräldrarna har fastställts som barnets rättsliga föräldrar av en utländsk myndighet innan barnets ankomst till Sverige uppkommer frågan om beslutet eller domen erkänns i Sverige. Vad gäller det rättsliga moderskapet har det ansetts att utländska avgöranden som fastställer någon annan än surrogatmodern som barnets rättsliga moder inte borde kunna erkännas i Sverige eftersom *mater est*-regeln bör anses utgöra en internationellt tvingande regel i svensk rätt.<sup>214</sup>

Ett utländskt avgörande som innebär att ett faderskap har fastställts eller hävts och som har vunnit laga kraft gäller enligt huvudregeln i Sverige om det med hänsyn till en parts hemvist eller medborgarskap eller annan anknytning fanns skälig anledning att talan prövades i den främmande staten, IFL 7 § första stycket. Detta gäller under förutsättning att ingen av vägransgrunderna i IFL 7 § andra stycket är tillämpliga samt att det inte är uppenbart oförenligt med grunderna för den svenska rättsordningen att erkänna avgörandet, IFL 12 §. Att barnet hade hemvist i landet vid tidpunkten för domstolsprövningen utgör enligt förarbetena skälig anledning till att talan prövades där.<sup>215</sup>

En utländsk fastställelse av faderskap genom bekräftelse gäller i Sverige om den är giltig enligt lagen i den stat där barnet eller den som har lämnat bekräftelsen hade hemvist eller i en stat där någon av dem var medborgare, IFL 8 § första stycket. Den

<sup>213</sup> Se SOU 2016:11 s. 479.

<sup>214</sup> SOU 2016:11 s. 524. Utredningens slutsats finner stöd i prop. 2017/18:155 s. 50.

<sup>215</sup> Prop. 1984/85:124 s. 55.

gäller dock inte om det finns skäl att vägra erkännande enligt IFL 8 § tredje stycket eller om det skulle strida mot svensk ordre public att erkänna fastställelsen, IFL 12 §.

Eftersom barnet vid födelsen bör anses ha hemvist i surrogatmoderns hemvistland gäller ett fastställande av faderskapet genom dom eller bekräftelse som har meddelats i detta land innan barnets ankomst till Sverige som huvudregel här i landet. Vägransgrunderna i IFL 7 § andra stycket och 8 § tredje stycket utgörs främst av processuella invändningar, såsom att det rör sig om en tredskodom eller konkurrerande avgöranden, vilket inte är relevant för framställningens syfte. Att ett fastställande av faderskapet genom bekräftelse inte gäller i Sverige om bekräftelsen är uppenbart oriktig samt att en bekräftelse eller dom inte ska erkännas om det skulle strida mot svensk ordre public kan däremot aktualiseras vid internationella surrogatarrangemang. På grund av den vikt som fästs vid att det rättsliga faderskapet överensstämmer med det genetiska faderskapet i svensk rätt har det ansetts kunna stå i strid med svensk ordre public att godta ett utländskt avgörande eller bekräftelse om det står klart att det inte överensstämmer med de biologiska förhållandena.<sup>216</sup> När en tilltänkt fader som saknar genetisk koppling till barnet har fastställts som barnets rättsliga fader kan ett erkännande av beslutet därför eventuellt strida mot svensk ordre public. Frågan har prövats av Svea hovrätt i två mål vilka redogörs för i avsnittet nedan tillsammans med en genomgång av övrig relevant praxis.

### **3.4 Svensk rättspraxis**

#### **3.4.1 NJA 2006 s. 505**

HD har endast prövat ett mål som gäller surrogatarrangemang. I NJA 2006 s. 505 genomförde ett gift svenskt par ett surrogatarrangemang där mannens syster agerade surrogatmoder. Ägg och spermier från de tilltänkta föräldrarna användes vid den assisterade befruktningen som genomfördes i Finland. Mannen bekräftade faderskapet och hans fru ansökte därefter vid svensk domstol om att få adoptera barnet vilket beviljades av tingsrätten. Mannen överklagade tingsrättens beslut och återkallade sitt samtycke till adoptionen. Trots att den ansökande var barnets genetiska moder fastslog HD att tillstånd till adoptionen inte lagligen kunde ges utan faderns samtycke och avslog ansökan.

---

<sup>216</sup> Prop. 1984/85:124 s. 31–32. Propositionen använder begreppet ”biologiskt faderskap” i samma betydelse som uppsatsen använder begreppet ”genetiskt faderskap”.

Den centrala frågan som HD hade att ta ställning till i målet gällde alltså om återkallande av samtycke innan ett adoptionsbeslut vunnit laga kraft utgör hinder för att ge tillstånd till adoptionen. Trots det, och trots att den enda internationella anknytningen var att den assisterade befruktningen genomfördes i utlandet, är målet relevant för uppsatsen. Det belyser att en tilltänkt fader som har en genetisk koppling till ett barn som har tillkommit genom ett surrogatarrangemang har möjlighet att fastställas som barnets rättsliga fader men att *mater est*-regeln innebär att en tilltänkt moder, trots att hon är barnets genetiska moder, endast har möjlighet att bli förälder till barnet genom adoption.

Det har framförts att det är svårt att rättfärdiga att genetiska tilltänkta fäder behandlas mer fördelaktigt än genetiska tilltänkta mödrar.<sup>217</sup> Att moderskap grundas på graviditet och inte genetik enligt svensk rätt bör dock, enligt min mening, inte förstås som en diskriminering av kvinnor. Vid frågan om fastställande av faderskap uppkommer helt enkelt inte samma problematik varför de biologiska omständigheterna ensamt kan tillåtas avgöra faderskapet.<sup>218</sup>

### 3.4.2 Praxis från Svea hovrätt

Svea hovrätt har i sin praxis tagit ställning till några principiellt viktiga frågor gällande föräldraskapet till barn som har tillkommit genom surrogatarrangemang i utlandet. I två avgöranden har hovrätten bedömt frågan om det strider mot svensk ordre public att erkänna ett utländskt avgörande som fastställer barnets två tilltänkta fäder, varav den ena saknar genetisk koppling till barnet, som barnets rättsliga föräldrar efter ett kommersiellt surrogatarrangemang i utlandet.<sup>219</sup> Hovrätten fann att det inte är tillräckligt att barnet har tillkommit genom ett surrogatarrangemang för att ett erkännande av faderskapsdomen ska anses stå i strid med svensk ordre public. Domstolen konstaterade vidare att det är väl förenligt med svensk rätt att erkänna faderskapet för den tilltänkta fader som har en genetisk koppling till barnet.

Även vad gäller faderskapet för den tilltänkta fader som saknar genetisk koppling till barnet fann hovrätten att det inte finns något hinder att erkänna det utländska avgörandet. Till stöd för sin slutsats anförde hovrätten dels att de svenska adoptionsreglerna möjliggör för en make att adoptera den andre makens barn, dels att regeln om

---

<sup>217</sup> Stoll 2013, s. 138.

<sup>218</sup> En problematiserande diskussion om samtyckeskravet vid adoption i dessa fall förs nedan i avsnitt 4.1.1.

<sup>219</sup> Svea hovrätt Ö 6952-14 (beslut den 7 oktober 2014) och Svea hovrätt Ö 9822-14 (beslut den 20 januari 2015). Besluten överklagades inte.

fastställande av faderskap vid assisterad befruktning i FB 1:8 innebär att man i vissa situationer kan fastställa en man som ett barns far enligt svensk rätt trots att detta inte överensstämmer med de biologiska omständigheterna. Hovrätten anförde även att det måste anses vara i enlighet med barnets bästa att de tilltänkta föräldrarna får status som dennes rättsliga föräldrar även i Sverige.

I RH 2016:31 avslag tingsrätten en tilltänkt moders ansökan om adoption av tvillingar som tillkommit genom ett kommersiellt surrogatarrangemang i Nepal. Maken till den tilltänkta modern hade bidragit genetiskt till barnens tillkomst och hade fastställts som deras rättsliga fader. Han samtyckte till adoptionen. Eftersom en donators ägg hade använts vid den assisterade befruktningen hade den tilltänkta modern ingen genetisk koppling till barnen. Tingsrätten motiverade avslaget med att en adoptionsansökan inte får bifallas om ersättning har utfästs eller utgivits eller om det har avtalats om bidrag till barnets underhåll enligt FB 4:6. Med hänsyn till sambandet mellan surrogatmoderskapet, för vilket surrogatmodern hade erhållit ersättning från de tilltänkta föräldrarna, och den efterföljande adoptionen fann tingsrätten att ersättningen bör likställas med ekonomisk ersättning för adoption vilket är förbjudet. Hovrätten gjorde en annan bedömning och gav tillstånd till adoptionen. Hovrätten fann att FB 4:6 inte utgjorde hinder för att bifalla adoptionsansökan eftersom det inte förelåg ett tillräckligt starkt samband mellan den ersättning som hade utgått och adoptionen. Hovrätten hänvisade i sin argumentation till SOU 2016:11 där det anförs att ersättning till en surrogatmoder som huvudregel inte kan likställas med vederlag för en adoption som senare genomförs i Sverige.<sup>220</sup>

I ett avgörande från januari år 2018 har Svea hovrätt tagit ställning till frågan om en tilltänkt moder som också är barnets genetiska moder kan fastställas som barnets rättsliga moder efter ett surrogatarrangemang i utlandet.<sup>221</sup> Den tilltänkta moderns make hade i ett tidigare svenskt avgörande fastställts som barnets rättsliga fader. Med hänvisning till *mater est*-regeln i FB 1:7 samt att det i målet stod klart vem som hade fött barnet avslag hovrätten den tilltänkta moderns yrkande om att fastställas som barnets rättsliga moder. Målet överklagades till HD som inte meddelade prövningstillstånd.<sup>222</sup>

---

<sup>220</sup> Se SOU 2016:11 s. 562.

<sup>221</sup> Svea hovrätt T 5424-17 (beslut den 23 januari 2018).

<sup>222</sup> Högsta domstolen T 952-18 (beslut den 8 mars 2018).

### 3.5 Sammanfattning och avslutande diskussion

Surrogatmoderskap innebär att en kvinna blir gravid med avsikten att efter födseln lämna över barnet till de tilltänkta föräldrarna i enlighet med en uppgörelse som ingåtts innan graviditeten inleddes. Det är inte tillåtet att utföra assisterad befruktning i syfte att genomföra ett surrogatarrangemang inom den svenska hälso- och sjukvården och intention att bli förälder tillsammans med ett surrogatavtal utgör inte grund för fastställande av föräldraskap enligt svensk rätt. Surrogatarrangemang som genomförs i privat regi eller i utlandet har inte blivit föremål för särskild reglering. I avsaknad av särskild reglering tillämpas de vanliga IP- och materiella reglerna om fastställande föräldraskap även för att fastställa föräldraskapet till barn som har fötts av en surrogatmoder i utlandet.

Personer med hemvist i Sverige vänder sig i allt högre utsträckning utomlands för att genomföra surrogatarrangemang. När dessa återvänder till Sverige med ett eller flera barn ställs svenska myndigheter och domstolar inför svåra rättsliga frågor vad gäller föräldraskapet. Arvidsson har, tillsammans med en grupp andra forskare, nyligen publicerat en studie som visar att avsaknaden av särskild reglering har lett till att svenska socialarbetare upplever en stor rättslig osäkerhet när de handlägger dessa ärenden, vilket har orsakat en spretig rättstillämpning.<sup>223</sup> JO har exempelvis kritiserat en socialnämnd för att den hade godkänt ett vårdnadsavtal innan det var fastställt vem som var far till två barn födda av en surrogatmoder i utlandet.<sup>224</sup> I studien lyfter socialarbetarna fram att deras handläggning särskilt försvåras av att de tilltänkta föräldrarna har agerat i syfte att kringgå svensk lagstiftning och att de inte vet hur de ska hantera den typen av problematik.<sup>225</sup>

HD har endast prövat ett mål som rör surrogatarrangemang och den centrala frågan i målet var om frånvaro av samtycke från den rättsliga fadern utgjorde hinder för att bevilja en adoptionsansökan. Svea hovrätt har däremot i sin praxis tagit ställning till flera principiellt viktiga frågor rörande föräldraskapet vid surrogatarrangemang i utlandet. Sammanfattningsvis innebär hovrättens praxis att ett utländskt avgörande som fastställer en tilltänkt fader som saknar genetisk koppling till barnet som dess rättsliga förälder inte strider mot svensk ordre public, att ersättningen som utgår till surrogatmodern

---

<sup>223</sup> Anna Arvidsson m.fl., "Gauging the Interests of Birth Mother and Child: A Qualitative Study of Swedish Social Workers' Experiences of Transnational Gestational Surrogacy", *European Journal of Social Work* 21:1 2018, pp. 86–99, s. 86.

<sup>224</sup> Dnr 5744-2012, se JO:s ämbetsberättelse för 2013–14, 2013/14:JO1 s. 440–444.

<sup>225</sup> Arvidsson m.fl. 2018, s. 90–91.

vid kommersiella surrogatarrangemang som huvudregel inte aktualiserar förbudet mot adoptionsvederlag och att en tilltänkt moder som har genetisk koppling till barnet inte kan fastställas som barnets rättsliga moder om det framgår att en annan kvinna har fött barnet.

De rättsliga svårigheter och den osäkerhet vad gäller föräldraskapets status som arrangemangen ger upphov till kan illustreras av ett avgörande från Kammarrätten i Stockholm.<sup>226</sup> Målet gällde samma parter som i ett av Svea hovrätts två mål från år 2014 vilka har redogjorts för ovan.<sup>227</sup> Hovrätten erkände en amerikansk dom som fastställer de tilltänkta fäderna som barnets rättsliga föräldrar. Trots detta fann kammarrätten att Skatteverket hade agerat korrekt när verket, innan hovrätten hade prövat målet, inte lade den amerikanska domen till grund för bedömningen när surrogatmodern folkbokfördes som barnets moder och enda vårdnadshavare. Giltigheten av en utländsk dom om faderskap bör nämligen prövas av den myndighet som handlägger det ärende där frågan aktualiseras.<sup>228</sup> Först när den utländska domens giltighet har fastställts av allmän domstol i en särskild prövning elimineras risken för att myndigheterna gör olika bedömningar av den utländska domens rättskraft.<sup>229</sup>

Med anledning av de rättsliga problem som svenska myndigheter ställs inför i samband med att ett barn som föds av en surrogatmoder utomlands flyttar till Sverige tog Skatteverket fram ett rättsligt ställningstagande år 2016.<sup>230</sup> I ställningstagandet lyfts bland annat fram att Svea hovrätts avgöranden från år 2014 om erkännande av utländska avgöranden rörande fastställande av faderskap inte är prejudicerande och att de därför inte binder myndigheten i dess rättstillämpning.<sup>231</sup> I avsaknad av praxis från HD föreligger därför fortfarande osäkerhet kring hur det rättsliga föräldraskapet kommer att bedömas av svenska myndigheter i dessa fall.

Gränsöverskridande reproduktiv vård i syfte att kringgå lagen har blivit ett vanligt fenomen i Europa och framställningen visar att Sverige inte utgör något undantag från den internationella trenden. De problem med kringgående av lag som gällande rätt ger upphov till samt behovet av läran om *fraude à la loi* i dessa fall diskuteras i nästa kapitel.

---

<sup>226</sup> Kammarrätten i Stockholm 9884-14 (beslut den 3 december 2015).

<sup>227</sup> Svea hovrätt Ö 9822-14.

<sup>228</sup> Se prop. 1984/85:124 s. 32.

<sup>229</sup> Prop. 1984/85:124 s. 32.

<sup>230</sup> SKV Dnr 131 182694-16/111, *Skatteverkets bedömning av frågor som uppkommer i samband med att ett barn som fötts av en surrogatmoder utomlands flyttar till Sverige.*

<sup>231</sup> SKV Dnr 131 182694-16/111 s. 6.



## 4 Internationella surrogatarrangemang och fraude à la loi

### 4.1 Kringgående av lagen

Att assisterad befruktning i syfte att genomföra ett surrogatarrangemang inte är tillåtet inom svensk hälso- och sjukvård motiveras av starka skyddsintressen. Lagstiftaren har funnit att surrogatarrangemang står i strid med människovärdesprincipen och innebär risk för exploatering av kvinnor, hotar kvinnors rätt att bestämma över sin kropp samt, vid kommersiella arrangemang, innebär en slags handel med kvinnors kroppar och barn. Personer med hemvist i Sverige söker sig trots det utomlands för bli föräldrar med hjälp av en surrogatmoder. Fastän det rör sig om personer som, i relevant bemärkelse, endast har anknytning till Sverige visar utredningen i kapitel 3 att den svenska lagstiftningen inte får fullt genomslag när dessa genomför surrogatarrangemang i utlandet och sedan återvänder för att leva sina liv i Sverige med barnet. Problemen som rör kringgående av svensk lag gör sig dock gällande med olika kraft vad gäller barnets tilltänkta moder respektive fader.

#### 4.1.1 Den tilltänkta modern

Utredningen av gällande rätt ovan visar att personer som söker sig utomlands i syfte att bli föräldrar genom surrogatmoderskap inte lyckas i sitt uppsåt vad gäller det rättsliga moderskapet till barnet. *Mater est*-regeln, som innebär att den som föder barnet är barnets moder, anses vara en internationellt tvingande regel i svensk rätt vilket betyder att den tillämpas av svenska myndigheter även när rättsförhållandet har internationell anknytning. Vid internationella surrogatarrangemang betraktas därför surrogatmodern som barnets rättsliga moder, vilket bekräftas av NJA 2006 s. 505 och Svea hovrätts avgörande från januari år 2018.<sup>232</sup> Den tilltänkta modern kan därför inte kringgå den svenska inställningen till surrogatmoderskap eller reglerna om fastställande av moderskap genom att söka sig till ett surrogatvänligt land. Hon kan endast bli rättslig förälder till barnet genom adoption – alltså genom samma förfarande som gäller för barn som

---

<sup>232</sup> Svea hovrätt T 5424-17.

har fötts av en annan kvinna men inte inom ramen för ett surrogatarrangemang.<sup>233</sup> Eftersom kringgåendet av lagen förhindras genom en tillämpning av ordinarie IP-regler föreligger inget behov av läran om fraude à la loi för att skydda genomslaget för svensk lag.

Trots att förfarandet inte innebär ett missbruk av IP-reglerna i detta avseende går det att konstatera att skyddet för de intressen som motiverar den svenska inställningen till surrogatmoderskap inte får fullt genomslag. I majoriteten av arrangemangen har de tilltänkta föräldrarna utgjorts av ett olikkönat par.<sup>234</sup> Att surrogatavtalet inte innebär att den tilltänkta modern blir barnets rättsliga förälder, ens i kombination med att hennes ägg har använts vid den assisterade befruktningen, har alltså inte helt avskräckt svenska kvinnor från att söka sig utomlands och genomföra surrogatarrangemang. Det kan bero på okunskap gällande *mater est*-regelns status i Sverige som en internationellt tvingande regel. En annan förklaring är möjligheten för den tilltänkta modern att bli barnets rättsliga förälder genom närståendeadoption om hennes make har fastställts som barnets rättsliga fader. Om maken är ensam vårdnadshavare krävs endast hans samtycke till adoptionen, FB 4:5a, och ansökningar om närståendeadoption efter ett kommersiellt surrogatarrangemang i utlandet verkar generellt sett bifallas av tingsrätterna.<sup>235</sup> NJA 2006 s. 505 utgör dock en påminnelse om att den rättsliga faderns samtycke är en ovillkorlig förutsättning för att adoptionsansökan ska kunna beviljas även om det finns en genetisk koppling mellan den tilltänkta modern och barnet.

Både i den statliga utredningen från år 2016 och i det reformförslag av adoptionsreglerna som regeringen lade fram i mars år 2018 föreslås att kravet på samtycke från den rättsliga föräldern vid närståendeadoption ska kvarstå även i dessa situationer.<sup>236</sup> I ett särskilt yttrande i SOU 2016:11 uttalar Maarit Jänterä-Jareborg och Eva Ryrstedt, som agerat som experter i utredningen, att de anser att den nuvarande ordningen strider mot principen om barnets bästa, mot barnets och den genetiska tilltänkta moderns rätt till privat- och familjeliv enligt EKMR artikel 8 samt riskerar att utgöra otillåten diskriminering enligt EKMR artikel 14.<sup>237</sup> De bedömer det som mycket sannolikt att Europadomstolen skulle bejaka en tilltänkt moders rätt att adoptera barnet i dessa

---

<sup>233</sup> Jfr. den franska synen på kringgående i dessa fall. Enligt ett avgörande från Cour de cassation från år 1991 utgör även detta en typ av kringgående, se Struycken 2010 s. 359. Domstolen bedömde att en adoption efter ett surrogatarrangemang utgör ett kringgående av adoptionsinstitutet eftersom institutet syftar till att ge barn som saknar en familj föräldrar, inte till att skapa barn till personer som önskar att bli föräldrar.

<sup>234</sup> SOU 2016:11 s. 455.

<sup>235</sup> SOU 2016:11 s. 522.

<sup>236</sup> SOU 2016:11 s. 553 och prop. 2017/18:121 s. 52. Se också prop. 2017/18:155 s. 49–50.

<sup>237</sup> SOU 2016:11 s. 702.

situationer.<sup>238</sup> Med hänsyn till dessa skäl föreslog de att kravet på samtycke vid närståendeoption inte bör gälla när barnet har tillkommit genom ett surrogatarrangemang och båda makarna har bidragit genetiskt till barnets tillkomst.<sup>239</sup>

Jag anser att det särskilda yttrandet är väl motiverat. Kravet på samtycke vid adoption i dessa fall ger den rättsliga fadern rätt att godtyckligt avgöra den genetiska tilltänkta moderns möjlighet att bli barnets rättsliga förälder. Om makarnas relation försämras innan adoptionen har genomförts och den rättsliga fadern inte längre samtycker till adoptionen kommer surrogatmodern att beaktas som barnets rättsliga moder i Sverige trots att hon enligt sitt eget lands lag inte har något rättsligt förhållande till barnet.<sup>240</sup> I dessa fall vore det ändamålsenligt att den genetiska tilltänkta modern tillåts adoptera barnet trots att maken inte samtycker. Det skulle innebära att de personer som både agerar som barnets föräldrar i Sverige och är barnets genetiska föräldrar ges möjlighet att betraktas som barnets rättsliga föräldrar här, oavsett deras respektive inställning till varandra. En sådan ordning skulle bättre tillgodose barnets behov av att få sin identitet och sina juridiska rättigheter fastställda även i förhållande till den tilltänkta genetiska modern.<sup>241</sup> Förslaget i det särskilda yttrandet utgör därför, enligt min mening, ett välmotiverat undantag från utgångspunkten att adoptioner endast ska ske i samförstånd mellan berörda parter.

#### **4.1.2 Den tilltänkta fadern**

Problemen med kringgående av lagen är mer påtagliga vad gäller det rättsliga faderskapet. Utredningen av gällande rätt visar att män med svensk hemvist kan bli föräldrar genom ett surrogatarrangemang i utlandet trots att samma resultat inte är möjligt att uppnå inom den svenska hälso- och sjukvården och att intention att bli förälder i kombination med ett surrogatavtal inte utgör grund för föräldraskap enligt svensk rätt.

En tilltänkt fader som har en genetisk koppling till barnet tycks kunna fastställas som barnets rättsliga fader oavsett om lagen i surrogatmoderns hemvistland eller svensk rätt ska tillämpas enligt lagvalsreglerna och oavsett om surrogatmoderns make först har fastställts som fader till barnet genom en legal faderskapspresumtion. Ett utländskt avgörande som fastställer den genetiska fadern som barnets rättsliga förälder har inte an-

---

<sup>238</sup> SOU 2016:11 s. 703.

<sup>239</sup> SOU 2016:11 s. 701.

<sup>240</sup> SOU 2016:11 s. 701–702.

<sup>241</sup> Detta lyfts fram i det särskilda yttrandet, se SOU 2016:11 s. 701.

setts strida mot svensk ordre public trots att barnet har tillkommit genom ett kommersiellt surrogatarrangemang i utlandet.

Även en tilltänkt fader som saknar genetisk koppling till barnet tycks kunna fastställas som barnets rättsliga fader i Sverige trots att surrogatavtal och intention att bli förälder inte utgör grund för faderskap enligt svensk rätt. Detta kan ske genom en talan om fastställande av faderskap i svensk domstol om barnet har hemvist i surrogatmoderns hemvistland när talan prövas i första instans, eftersom lagen i detta land då ska tillämpas, eller genom att ett utländskt avgörande som fastställer den tilltänkta fadern som barnets rättsliga fader erkänns i Sverige. I dessa fall kringgås alltså inte enbart den svenska inställningen till surrogatmoderskap, så som är fallet för tilltänkta fäder med en genetisk koppling till barnet, utan även den svenska materiella regleringen av vad som utgör grund för fastställande av föräldraskap.

Svea hovrätt har i två avgöranden funnit att en dom som fastställer en tilltänkt fader utan genetisk koppling till barnet som dess rättsliga förälder inte står i strid med svensk ordre public. De långtgående avgörandena grundas på en restriktiv tolkning av ordre public-förbehållet i IFL 12 §. Förhållandet mellan fraude à la loi och ordre public diskuteras mer utförligt i denna uppsats nedan i avsnitt 4.2.2 där behovet av läran om fraude à la loi utreds. Trots att hovrättens avgöranden inte är prejudicerande är det sannolikt att de kommer att få en stor påverkan på rättstillämpningen. Hovrätten lär inte finna anledning att avvika från sin egen praxis och de tilltänkta föräldrarna har ingen anledning att överklaga besluten till HD. Utsikterna att frågan avgörs i ett vägledande avgörande med ett potentiellt annorlunda resultat måste därför bedömas som små.

För att fraude à la loi ska föreligga krävs att den ena eller båda parterna har skapat en anknytning till en annan rättsordning eller sökt sig utomlands i syfte att kringgå den annars tillämpliga lagen genom en tillämpning av ordinarie IP-regler. När män med hemvist i Sverige söker sig utomlands för att bli föräldrar med hjälp av en surrogatmoder för att, omedelbart efter barnets födelse, återvända till Sverige och leva sina liv med barnet här bör frågan om dessa personer kan fastställas som barnets rättsliga föräldrar anses ha en mycket stark anknytning till den svenska rättsordningen. Genom att söka sig till ett surrogatvänligt land lyckas svenska män att bli barnets rättsliga fäder genom en tillämpning av ordinarie IP-regler trots att surrogatmoderskap inte är ett accepterat sätt att bli förälder på enligt svensk rätt och trots att intention att bli förälder i

kombination med ett surrogatavtal inte utgör grund för fastställande av föräldraskap enligt svensk rätt. Rekvisiten för fraude à la loi är därför uppfyllda i dessa fall.

## 4.2 Behovet av läran om fraude à la loi

Av framställningen framgår att surrogatarrangemang i utlandet ger upphov till problem med kringgående av svensk lag vad gäller det rättsliga faderskapet till barnet. Men föreligger ett behov av läran om fraude à la loi för att avhjälpa problemen? I syfte att besvara frågan om det finns ett behov av läran om fraude à la loi, både allmänt i svensk IP-rätt och specifikt i dessa fall, kommer tre frågor att diskuteras nedan.

Som framställningen visar tycks läran om fraude à la loi ha flera beröringspunkter med det IP-rättsliga ordre public-förbehållet. Förfaranden som aktualiserar frågor om kringgående av lag behandlas i vissa fall av domstolarna som en fråga om ordre public och det har framförts att läran om fraude à la loi inte fyller någon självständig funktion i förhållande till förbehållet.<sup>242</sup> I avsnitt 4.2.1 utreds därför hur läran om fraude à la loi förhåller sig till ordre public-förbehållet och om det finns ett behov av läran om fraude à la loi vid sidan av detta institut. I avsnitt 4.2.2 diskuteras om ett otillräckligt skydd för genomslaget för svensk rätt i dessa fall innebär en risk för att surrogatarrangemang normaliseras och i förlängningen leder till en urholkning av svensk rätt. Även frågan om en praxis som erkänner utländska faderskapsdomar kan leda till att det skapas legitima förväntningar hos parterna och på vilket sätt detta i sådana fall påverkar möjligheterna att ingripa mot deras agerande diskuteras i avsnittet.

### 4.2.1 Förhållandet till ordre public-förbehållet

Ordre public utgör en allmänt erkänd IP-rättslig grundsats.<sup>243</sup> I svensk IP-rätt anses ordre public-förbehållet innebära att en bestämmelse i utländsk lag inte får tillämpas eller ett utländskt avgörande erkännas om det skulle vara uppenbart oförenligt med grunderna för den svenska rättsordningen.<sup>244</sup> I många IP-rättsliga författningar finns uttryckliga ordre public-förbehåll men användningen av förbehållet anses inte förutsätta stöd i lag.<sup>245</sup>

---

<sup>242</sup> Se Eek 1965, s. 216 och Kruger 2015, s. 397–398.

<sup>243</sup> Jänterä-Jareborg 1989, s. 232 och Bogdan 2014, s. 65. Eng. *public policy*.

<sup>244</sup> Jänterä-Jareborg 1989, s. 232 och Bogdan 2014, s. 65.

<sup>245</sup> Bogdan 2014, s. 66.

Läran om fraude à la loi och ordre public-förbehållet tycks ha flera gemensamma nämnare. Båda instituten utgör allmänna IP-rättsliga principer vars användning inte förutsätter lagstöd. Deras tillämpning innebär en avvikelse, motiverad av ett skyddsvärt intresse, från annars gällande IP-regler. Som nämnts i inledningen är det svårt att dra en tydlig gräns mellan frågor som bör behandlas under respektive institut och det tycks vara osäkert när domstolarna väljer att göra en bedömning utifrån läran om fraude à la loi eller utifrån ordre public-hänsyn.

De två avgörandena från Svea hovrätt gällande erkännande av en utländsk dom som fastställer de tilltänkta fäderna som barnets rättsliga föräldrar belyser institutens beröringspunkter. Den centrala frågan för domstolen i målen var om det strider mot svensk ordre public att erkänna ett utländskt avgörande som fastställer en tilltänkt fader utan genetisk koppling till barnet som dess rättsliga förälder efter ett surrogatarrangemang i utlandet. Hovrätten fann i båda målen att det inte kan anses strida mot svensk ordre public att erkänna det utländska avgörandet. I sin bedömning fäste hovrätten avgörande vikt vid att svenska adoptionsregler möjliggör för en make att adoptera den andre makens barn samt att de svenska reglerna om faderskap omfattar vissa situationer där en man kan anses vara ett barns far trots att det inte överensstämmer med den biologiska sanningen. Hovrätten hänvisar i den senare delen till regeln i FB 1:8 som innebär att när en man har samtyckt till att hans fru eller sambo genomgår assisterad befruktning och det med hänsyn till samtliga omständigheter är sannolikt att barnet har avlats genom befruktningen ska han anses som barnets far.

Ordre public-förbehållet tar sikte på konsekvenserna i det enskilda fallet av att utländsk rätt tillämpas eller av att ett utländskt avgörande erkänns.<sup>246</sup> En central fråga är därför vad som ska anses utgöra det relevanta resultatet av att det utländska avgörandet erkänns i dessa fall. Hovrätten tycks mena att det, i ordre public-hänseende, relevanta resultatet av att de utländska domarna erkänns är att en man som saknar genetisk koppling till barnet blir dess rättsliga fader. Eftersom detta är ett resultat som även går att uppnå genom en tillämpning av svenska regler om adoption eller assisterad befruktning tycks hovrätten mena att resultatet inte kan anses strida mot svensk ordre public.

Fördelen med att istället behandla problematiken i dessa fall som en fråga om fraude à la loi är att läran inte är begränsad till en bedömning av resultatet utan främst

---

<sup>246</sup> Jänterä-Jareborg 1989, s. 233 och Bogdan 2014, s. 69.

tar sikte på parternas handlande eller, annorlunda formulerat, det sätt på vilket ett visst resultat uppnås.<sup>247</sup> Ett alternativt förhållningssätt till frågan om det förelåg hinder mot erkännande i målen hade varit att ta ledning från RÅ 2002 not 195 där en utländsk adoption vägrades erkännande med hänsyn till att ett godkännande av adoptionsbeslutet skulle medföra att man sanktionerade ett kringgående av svenska adoptionsregler som inte medger att sambor adopterar gemensamt.<sup>248</sup> Ett liknande förhållningssätt i dessa fall skulle innebära att domstolen vägrar de utländska domarna erkännande i den del som avser mannen utan genetisk koppling till barnet med hänsyn till att ett godkännande av besluten skulle innebära att man sanktionerar ett slags kringgående av svenska regler om faderskap och den svenska inställningen till surrogatmoderskap. Följden av ett sådant förhållningssätt skulle vara att tilltänkta fäder utan genetisk koppling till barnet endast skulle ha möjlighet att bli barnets rättsliga förälder genom adoption. Eftersom detsamma gäller för tilltänkta mödrar, oavsett om dessa har en genetisk koppling till barnet eller inte, anser jag att konsekvenserna inte är så långtgående att en avvikelse från reglerna om erkännande av utländska domar rörande faderskap i syfte att förhindra kringgåendet av svensk lag skulle vara omotiverad i dessa fall.

Enligt min mening skulle en bedömning enligt läran om fraude à la loi tydligare ge uttryck för att det som ger upphov till betänkligheter i dessa fall är att surrogatarrangemangen som har föregått den svenska processen rörande föräldraskap aktualiserar flera starkt skyddsvärda intressen. Adoption i enlighet med de svenska adoptionsreglerna och assisterad befruktning i enlighet med regleringen i GIL är vägar till föräldraskap som är sanktionerade av den svenska lagstiftaren och de anses inte ge upphov till samma skyddsintressen som ligger till grund för den svenska inställningen till surrogatmoderskap. Utifrån detta synsätt går det att argumentera för att det blir missvisande när hovrätten fokuserar på frågan om män som inte har bidragit genetiskt till barnets tillkomst bör kunna bli fastställda som föräldrar över huvud taget enligt svensk rättspolitisk uppfattning. Denna skillnad mellan instituten som målen exemplifierar, fokus på förfarande respektive resultat, anser jag utgöra ett tungt vägande argument för att det finns ett behov av läran om fraude à la loi vid sidan av ordre public-förbehållet i svensk IP-rätt.

---

<sup>247</sup> Se Bogdan 2010, s. 201.

<sup>248</sup> Se avsnitt 2.3.1.

Ordre public-förbehållet är också, till skillnad från läran om fraude à la loi, begränsat till tillämpningen av utländsk rätt och effekten av utländska avgöranden. Läran om fraude à la loi omfattar såväl förfaranden som syftar till att undvika tillämpningen av lex fori, förfaranden som syftar till tillämpningen av lex fori istället för den utländska lag som annars hade varit tillämplig enligt foru­mlandets lagvalsregler, som förfaranden som syftar till att få en utländsk lag tillämplig istället för en annan utländsk lag.<sup>249</sup> I samtliga situationer utgör parternas agerande ett missbruk av och ett kringgående av foru­mlandets lagvalsregler eftersom dessa ger uttryck för lagstiftarens uppfattning om vilken lag som är lämpligast att tillämpa på rättsförhållandet i fråga.<sup>250</sup> Även denna skillnad talar för att läran om fraude à la loi fyller en självständig funktion vid sidan av ordre public-förbehållet.

#### **4.2.2 Risken för normalisering samt för att det skapas legitima förväntningar**

Om svensk rätt inte ges ett förstärkt skydd mot kringgående i dessa fall riskerar surrogatarrangemang att normaliseras trots den svenska inställningen till surrogatmoderskap. Att tillåta män med svensk hemvist att kringgå sådan svensk lag som bärs upp av ett starkt skyddsintresse genom att söka sig utomlands leder till en viss urholkning av svensk rätt.<sup>251</sup> För att undvika en försvagning av svensk lags genomslag krävs antingen ett förstärkt skydd mot kringgående i dessa fall eller en reform av den svenska regleringen av surrogatarrangemang. I flera europeiska länder har domstolarnas praxis av att erkänna utländska avgöranden som fastställer de tilltänkta föräldrarna som barnets föräldrar efter ett surrogatarrangemang i utlandet lett till förslag om att reformera den nationella lagstiftningen i syfte att anpassa den efter en mer liberal inställning till surrogatmoderskap.<sup>252</sup> En liknande reform tycks inte vara aktuell i Sverige inom den närmsta framtiden.<sup>253</sup>

En praxis som konsekvent erkänner utländska avgöranden som fastställer tilltänkta fäder som barnets rättsliga föräldrar kan i förlängningen leda till att det skapas legitima förväntningar hos dessa män på att deras föräldraskap kommer att erkännas av svenska myndigheter. I *Wagner och J.M.W.L. mot Luxemburg*<sup>254</sup> prövade Europadom-

---

<sup>249</sup> Bogdan 2010, s. 201.

<sup>250</sup> Bogdan 2010, s. 201.

<sup>251</sup> Se Marzal Yetano som har studerat fenomenet i flera europeiska länder, Marzal Yetano 2010, s. 179.

<sup>252</sup> Detta gäller bl.a. Frankrike och England, se Marzal Yetano 2010, s. 180–181.

<sup>253</sup> Se prop. 2017/18:155 s. 40 och SOU 2016:11 s. 385.

<sup>254</sup> *Wagner och J.M.W.L. mot Luxemburg*, mål nr 76240/01, avgjort 28 juni 2007 (nedan: *Wagner*).



stolen om vägran att erkänna ett utländskt adoptionsbeslut stred mot EKMR artikel 8. Wagner var medborgare samt bosatt i Luxemburg. Hon hade åkt till Peru och adopterat ett barn för att sedan återvända med barnet till sitt hemland. Hon hade valt att genomföra adoptionen i Peru eftersom peruansk lag, till skillnad från lagen i Luxemburg, tillät ensamstående personer att adoptera. Enligt då gällande IP-regler i Luxemburg krävdes för erkännande att den utländska domstolen tillämpat samma lag som den luxemburgska lagvalsregeln anvisade eller en lag med motsvarande innehåll. Rätten att adoptera styrdes enligt den tillämpliga lagvalsregeln av lagen i den sökandes medborgarskapsland. Det peruanska adoptionsbeslutet vägrades erkännande med hänvisning till dessa regler.

Europadomstolen fann att vägran att erkänna det utländska adoptionsbeslutet utgjorde en otillåten inskränkning i Wagners och barnets rätt till familjeliv. Domstolen tycks ha fäst avgörande vikt vid att luxemburgska myndigheter, vid tidpunkten för adoptionsförfarandet i Peru, tillämpade en praxis som innebar att peruanska adoptionsbeslut gällande ensamstående kvinnor erkändes i Luxemburg.<sup>255</sup> Enligt Europadomstolen hade Wagner därför legitima förväntningar på att adoptionsbeslutet skulle erkännas. Vid tidpunkten för hennes ansökan om erkännande hade dock denna praxis abrupt övergivits av myndigheterna efter att den förklarats olaglig av en domare. Trots att EKMR artikel 8 inte innebär en rätt att adoptera,<sup>256</sup> och trots att beslutet att vägra erkänna det utländska adoptionsbeslutet hade stöd i den nationella lagstiftningen fann alltså Europadomstolen att beslutet stred mot rätten till familjeliv. Det är intressant för framställningen att avgörandet tycks innebära att även en konstaterat felaktig tillämpning av nationell lagstiftning kan binda de nationella myndigheterna när en konsekvent praxis har uppstått.

Svea hovrätts långtgående avgöranden från år 2014 kan troligtvis inte ensamma anses utgöra en sådan konsekvent praxis som ger upphov till legitima förväntningar. Om dessa avgöranden följs av andra rättstillämpande myndigheter kan det dock leda till att svenska män förvärvar legitima förväntningar på att deras rättsliga föräldraskap ska erkännas av svenska myndigheter. Möjligheterna för HD att senare ingripa mot denna praxis i syfte att bekämpa kringgående av lagen genom en tillämpning av läran om fraude à la loi kan då påverkas av den tolkning av rätt till familjeliv och legitima förväntningar som Europadomstolen gjorde i *Wagner*; även om ett sådant beslut skulle anses ha stöd i svensk lag.

---

<sup>255</sup> Se *Wagner* p. 130 och Louwrens Kiestra, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, Asser Press, Haag 2014, s. 225.

<sup>256</sup> Se *Wagner* p. 121.

### 4.2.3 Slutsats: läran om fraude à la loi fyller en särskild funktion

I den juridiska litteraturen, i Sverige och i vissa andra europeiska länder, har det ifrågasatts om det finns ett behov av läran om fraude à la loi.<sup>257</sup> Den kritiska inställningen tycks främst grunda sig i tvivel om att läran fyller en självständig funktion i förhållande till ordre public-förbehållet.<sup>258</sup> Det har argumenterats för att de fall som omfattas av läran med framgång kan behandlas genom en tillämpning av ordre public-förbehållet eller, när detta inte är tillämpligt, genom att man helt enkelt accepterar att parterna utnyttjar en möjlighet som lagens utformning erbjuder dem.<sup>259</sup> Det har också framförts att läran om fraude à la loi ger upphov till rättslig osäkerhet och att möjligheten att tillämpa läran därför bör begränsas eller helt tas bort.<sup>260</sup>

Som framställningen visar föreligger dock relevanta skillnader mellan fraude à la loi och ordre public. Läran om fraude à la loi tar sikte på det sätt genom vilket den tillämpliga IP-regeln aktualiserades och kan, till skillnad från ordre public-förbehållet, även tillämpas för att skydda genomslaget för utländsk lag när parterna har agerat i avsikt att kringgå denna. Trots institutens beröringspunkter innebär skillnaderna att vissa förfaranden som utgör missbruk av IP-reglerna omfattas av läran om fraude à la loi trots att kriterierna för att ordre public-förbehållet ska kunna användas inte anses uppfyllda. Vid internationella surrogatarrangemang belyser läran om fraude à la loi den särskilda problematik som parternas förfarande ger upphov till. Om skyddet för svensk rätts genomslag inte förstärks i dessa fall riskerar surrogatarrangemang att normaliseras trots den svenska inställningen till surrogatmoderskap. I förlängningen skulle det också kunna leda till att barnlösa män som vill bli föräldrar genom en surrogatmoder i utlandet förvärvar legitima förväntningar på att deras föräldraskap ska erkännas i Sverige, vilket skulle försvåra för svenska myndigheter att ingripa mot deras agerande. Det skulle sannolikt leda till ett ökat antal surrogatarrangemang i utlandet och därigenom till mer omfattande problem med kringgående av lagen. Med hänsyn till dessa skäl anser jag att läran om fraude à la loi fyller en särskild funktion i svensk IP-rätt – både generellt och specifikt vid surrogatarrangemang i utlandet.

---

<sup>257</sup> Se t.ex. Siehr 2018, s. 708, Eek 1965, s. 216 och Kruger 2015, s. 397–398.

<sup>258</sup> Se Eek 1965, s. 216 och Kruger 2015, s. 397–398.

<sup>259</sup> Se Eek 1965, s. 216.

<sup>260</sup> Kruger 2015, s. 398.

### 4.3 Sammanfattning och avslutande diskussion

När personer med hemvist i Sverige genomför surrogatarrangemang i utlandet ger det upphov till problem med kringgående av svensk lag vad gäller det rättsliga faderskapet till barnet. Framställningen visar att både män med och utan genetisk koppling till barnet lyckas förverkliga sin avsikt att bli fastställda som barnets rättsliga fader i Sverige trots att surrogatmoderskap inte är ett accepterat sätt att bli förälder på enligt svensk rätt. Eftersom *mater est*-regeln betraktas som en internationellt tvingande regel i svensk rätt blir surrogatmodern dock alltid barnets rättsliga moder. Det innebär att tilltänkta mödrar inte lyckas kringgå svensk lag genom att genomföra surrogatarrangemang utomlands.

När det har konstaterats att män med svensk hemvist lyckas kringgå svensk lag genom att genomföra surrogatarrangemang i utlandet uppkommer frågan hur problemen bäst bör bemötas. Framställningen visar att läran om fraude à la loi fyller en särskild funktion i svensk IP-rätt eftersom läran tar sikte på det sätt genom vilket ett visst resultat har uppnåtts samt skyddar genomslaget för såväl svensk som utländsk rätt. I mål som gäller erkännande av en utländsk dom som fastställer en man utan genetisk koppling till barnet som dess rättsliga förälder skulle en tillämpning av läran om fraude à la loi utgöra en effektiv reaktion mot kringgåendet. Om svenska domstolar skulle vägra erkänna sådana domar genom en tillämpning av läran om fraude à la loi skulle dessa män, i likhet med tilltänkta mödrar, endast ha möjlighet att bli barnets förälder genom adoption. Det skulle begränsa problemen med kringgående av svensk lag och bättre skydda det svenska intresset av att surrogatmödraskap inte förekommer.

Som framgår av kapitel 2 har läran om fraude à la loi givits en mycket begränsad betydelse av svenska domstolar. I de mål som har redogjorts för i kapitel 3, rörande föräldraskapet till barn som har fötts av en surrogatmoder utomlands, förekommer över huvud taget ingen hänvisning till läran. Om läran skulle ges en förstärkt ställning i svensk IP-rätt och tillämpas för att förhindra kringgående av lagen i dessa fall, vilka intresseavvägningar ger det upphov till? Europadomstolen har i flera mål prövat om åtgärder som syftar till att bekämpa kringgående av lagen vid internationella surrogatarrangemang strider mot rätten till privat- och familjeliv. I syfte att utreda möjligheterna för svenska myndigheter att ingripa i syfte att avhjälpa problemen med kringgående av lagen i dessa fall kommer frågan om läran om fraude à la loi är förenlig med EKMR:s skydd för privat- och familjeliv att utredas i nästa kapitel.

# 5 Fraude à la loi och Europakonventionens skydd för privat- och familjeliv

## 5.1 Inledning

EKMR är en internationell konvention om skydd för mänskliga rättigheter som antogs av Europarådet år 1950.<sup>261</sup> Idag har Europarådet 47 stycken medlemsstater och samtliga har ratificerat konventionen.<sup>262</sup> Sverige ratificerade konventionen år 1953 och den trädde i kraft samma år.<sup>263</sup> Konventionen gäller som svensk lag,<sup>264</sup> och lag eller annan föreskrift får inte meddelas i strid med Sveriges konventionsåtaganden, RF 2:19.

EKMR anses ha haft en betydande påverkan på IP-rätten i konventionsstaterna.<sup>265</sup> Europadomstolen har i sin praxis prövat såväl frågor som rör behörighet och tillämplig lag som erkännande av utländska avgöranden.<sup>266</sup> Det anses numera stå klart att resultatet av att nationella IP-regler tillämpas måste vara förenligt med konventionens bestämmelser.<sup>267</sup>

I domstolens praxis om internationella surrogatarrangemang har frågan om åtgärder som syftar till att bekämpa kringgående av lagen står i strid med konventionens skydd för privat- och familjeliv aktualiserats. I avsnitt 5.2 redogörs kortfattat för EKMR artikel 8 innan en genomgång av Europadomstolens relevanta praxis görs i avsnitt 5.3. Kapitlet avslutas med en sammanfattning och avslutande diskussion i avsnitt 5.4.

## 5.2 EKMR artikel 8

I EKMR artikel 8 föreskrivs att var och en har rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens. Offentlig myndighet får inte inskränka åtnjutandet av rättigheten annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt sam-

---

<sup>261</sup> Iain Cameron, *An Introduction to the European Convention on Human Rights*, 7 uppl., Iustus, Uppsala 2014, s. 42 och Europarådets hemsida, ”The European Convention on Human Rights”, <https://www.coe.int/web/human-rights-convention/> (2018-05-22).

<sup>262</sup> Cameron 2014, s. 36–37 och Europarådets hemsida, ”The European Convention on Human Rights”, <https://www.coe.int/web/human-rights-convention/> (2018-05-22).

<sup>263</sup> Hans Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 5 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2015, s. 42. Sverige undertecknade tilläggsprotokollet den 20 mars år 1952 och deponerade sin ratifikation 22 juni år 1953, se Carl Axel Petri, ”Fri- och rättighetskommitténs förslag”, *Europakonventionens införlivande med svensk rätt*, Sterzel (ed.), Iustus, Uppsala 1993, s. 13. I vissa källor anges därför år 1952 som året då Sverige ratificerade konventionen.

<sup>264</sup> Se lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

<sup>265</sup> James Fawcett m.fl., *Human Rights and Private International Law*, Oxford University Press, Oxford 2016, s. 851–856 och Kiestra 2014, s. 289.

<sup>266</sup> Kiestra 2014, s. 289.

<sup>267</sup> Kiestra 2014, s. 289–290.

hålla är nödvändigt med hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välbefinnande eller till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri- och rättigheter.

Rätten till respekt för privatliv anses vara svårdefinierad och många av de rättigheter som skyddas av andra artiklar i konventionen kan sägas beröra privatlivet.<sup>268</sup> En rimlig tolkning har därför ansetts vara att artikel 8 endast reglerar de aspekter av privatlivet som faller utanför de andra bestämmelserna i konventionen.<sup>269</sup> Begreppet privatliv har givits en bred tolkning av Europadomstolen och artikeln anses syfta till att skydda en sfär inom vilken individen fritt kan utveckla sin personlighet.<sup>270</sup> Rättighetens närmare innehåll har utvecklats i Europadomstolens praxis och målen som har aktualiserat skyddet för privatliv kan delas in i tre kategorier: fall som rör en persons moraliska och fysiska integritet, fall som rör en persons privatliv i inskränkt betydelse avseende exempelvis rätt till skydd för personlig information och fall som rör en persons förmåga att utöna sin identitet.<sup>271</sup>

Rätten till familjeliv förutsätter att ett familjeförhållande, rättsligt eller *de facto*, existerar mellan de berörda parterna.<sup>272</sup> Vid bedömningen av om ett familjeförhållande föreligger mellan barn och föräldrar har Europadomstolen fäst avgörande vikt vid de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet.<sup>273</sup> Det innebär att även relationer där det saknas genetisk koppling mellan föräldrar och barn kan ges skydd.<sup>274</sup> Rätten till respekt för familjeliv innebär att familjemedlemmarna ges möjlighet att leva ett vardagsliv som motsvarar banden dem emellan och att de på andra sätt tillåts utveckla de ömsesidiga relationerna.<sup>275</sup> I relationen mellan förälder och barn anses bland annat rätten att umgås med varandra utgöra en fundamental del av rätten till familjeliv.<sup>276</sup>

Kravet på att ingrepp i rätten till privat- och familjeliv måste ha stöd i lag innebär dels att inskränkningen måste ha stöd i nationell lagstiftning, dels att lagen uppfyller rimliga anspråk på rättssäkerhet.<sup>277</sup> För att vara rättfärdigat krävs även att ingreppet är ägnat att tillgodose något av de intressen som räknas upp i artikel 8.2 och att ingreppet

---

<sup>268</sup> Danelius 2015, s. 364.

<sup>269</sup> Danelius 2015, s. 364.

<sup>270</sup> Christoph Grabenwarter, *European Convention on Human Rights: Commentary*, Hart Publishing, Oxford 2014, s. 186–187.

<sup>271</sup> Grabenwarter 2014, s. 187.

<sup>272</sup> Grabenwarter 2014, s. 193.

<sup>273</sup> Grabenwarter 2014, s. 194–195.

<sup>274</sup> Grabenwarter 2014, s. 194–195.

<sup>275</sup> Grabenwarter 2014, s. 195 och Danelius 2015, s. 396.

<sup>276</sup> Grabenwarter 2014, s. 196.

<sup>277</sup> Danelius 2015, s. 369.

är nödvändigt för att uppnå ändamålet samt proportionerligt, dvs. att en rimlig avvägning har gjorts mellan individens intressen och de intressen som motiverar inskränkningen.<sup>278</sup>

## **5.3 Europadomstolens praxis om internationella surrogatarrangemang**

### **5.3.1 *Menesson/Labasse mot Frankrike***

I juni år 2014 avgjorde Europadomstolen två mål mot Frankrike rörande internationella surrogatarrangemang.<sup>279</sup> Omständigheterna i de nationella målen är i allt väsentligt överensstämmande och Europadomstolen valde att handlägga och avgöra målen samtidigt. De franska makarna Mennesson respektive Labasse kunde inte få barn till följd av respektive hustrus infertilitet. Efter misslyckade IVF-behandlingar valde makarna att genomföra surrogatarrangemang i Kalifornien respektive Minnesota. Vid befruktningen användes de tilltänkta fädernas spermier och donerade ägg. Surrogatmödrarna födde tvillingar respektive ett barn som ett resultat av arrangemangen under år 2000 och 2001.

Amerikansk domstol beslutade i båda fallen att de tilltänkta föräldrarna skulle fastställas som barnens rättsliga föräldrar och att de skulle antecknas som barnens föräldrar i födelseattesterna. När makarna återvände till Frankrike med barnen vägrade franska myndigheter att registrera makarna som barnens föräldrar i civilregistret. Frankrikes högsta domstol, Cour de cassation, fastslog i två avgöranden år 2011 att det skulle strida mot fransk ordre public att erkänna de utländska domarna. Makarna Mennesson och Labasse vände sig därefter till Europadomstolen.

Europadomstolen hade att ta ställning till frågan om vägran att erkänna makarnas rättsliga föräldraskap i dessa fall stred mot deras respektive barnens rätt till privat- och familjeliv. Frankrike medgav att besluten hade inneburit en rättighetsinskränkning.<sup>280</sup> I avgörandena fokuserade därför Europadomstolen på frågan om inskränkningen var rättfärdigad.

I sin bedömning av om inskränkningen hade skett med stöd av lagen konstaterade Europadomstolen att makarna Mennesson inte kunde ha varit omedvetna om att det fanns en avsevärd risk för att de franska domstolarna skulle vägra att erkänna det rättsliga föräldraskapet, även om det inte finns någon bestämmelse i fransk lag som

---

<sup>278</sup> Grabenwarter 2014, s. 207.

<sup>279</sup> *Menesson mot Frankrike*, mål nr 65192/11, avgjort 26 juni 2014 (nedan: *Menesson*) och *Labasse mot Frankrike*, mål nr 65941/11, avgjort 26 juni 2014 (nedan: *Labasse*).

<sup>280</sup> *Menesson* p. 48 och *Labasse* p. 49.

uttryckligen förbjuder erkännande, eftersom beslutet låg i linje med domstolarnas tidigare praxis.<sup>281</sup> Makarna Labasse medgav i sin tur att ingreppet hade skett med stöd i lagen.<sup>282</sup> Till skillnad från vad som gällde i *Wagner*<sup>283</sup> tycks alltså inte Europadomstolen ha ansett att de tilltänkta föräldrarna hade legitima förväntningar på att deras föräldraskap skulle erkännas av franska myndigheter.

Frankrike anförde att inskränkningen motiveras av att staten, i syfte att skydda barn och surrogatmödrar, vill avskräcka sina medborgare från att utnyttja metoder för assisterad befruktning utomlands som är förbjudna i Frankrike. Europadomstolen fann att inskränkningen var motiverad av två av de legitima syften som förtecknas i EKMR artikel 8.2: skydd för hälsa och skydd för andra personers fri- och rättigheter.<sup>284</sup> Till stöd för att inskränkningen var nödvändig anförde Frankrike att förbudet mot surrogatarrangemang syftar till att bekämpa all form av handel med mänskliga kroppar och till att värna barnets bästa. Att tillåta registrering av föräldraskap grundat på ett surrogatavtal skulle därför ”vara liktydigt med att stillatigande acceptera att nationell lagstiftning medvetet och ostraffat skulle kunna kringgås, och skulle ha äventyrat konsekvent tillämpning av den bestämmelse som förbjuder surrogatmödraskap.”<sup>285</sup>

Vad gäller makarnas och barnens rätt till respekt för familjeliv fann Europadomstolen att den situation som hade uppstått till följd av Cour de cassations beslut utgjorde en rimlig avvägning mellan klagandens och statens intressen.<sup>286</sup> I sin bedömning fäste Europadomstolen vikt vid att klaganden inte visat att de praktiska konsekvenserna av att deras rättsliga förhållande inte erkänns enligt fransk lag hindrat dem från att åtnjuta sin rätt till respekt för sitt familjeliv. Besluten hade exempelvis inte hindrat dem från att gemensamt bosätta sig och leva i Frankrike under jämförbara förhållanden med vad som gäller för andra familjer.<sup>287</sup>

Vad gäller barnens rätt till respekt för sitt privatliv konstaterade Europadomstolen att rätten omfattar att var en och ska kunna fastställa sina identitetsuppgifter, däribland den rättsliga relationen mellan förälder och barn. Europadomstolen fastslog att den motsägelse som det innebär att franska myndigheter, trots vetskap om att barnen har identifierats som barn till makarna i ett annat land, nekade dem denna status enligt

---

<sup>281</sup> Se *Menesson* p. 58.

<sup>282</sup> *Labasse* p. 52.

<sup>283</sup> Se ovan i avsnitt 4.2.2.

<sup>284</sup> *Menesson* p. 62 och *Labasse* p. 54.

<sup>285</sup> *Menesson* p. 72 och *Labasse* p. 47 i svensk översättning.

<sup>286</sup> *Menesson* p. 94 och *Labasse* p. 73.

<sup>287</sup> *Menesson* p. 92–94 och *Labasse* p. 71–74.

fransk lag undergräver barnens identitet inom det franska samhället.<sup>288</sup> Besluten hade bland annat lett till att barnen inte erhållit franskt medborgarskap trots att deras genetiska fader är fransk medborgare samt påverkat deras möjligheter att ta arv efter honom. Med hänsyn till att effekterna inte var begränsade enbart till föräldrarna, som valt en förbjuden metod för assisterad befruktning, utan även drabbade barnen fann Europadomstolen att de rättsliga hindren mot att erkänna och upprätta en rättslig relation mellan barnen och deras genetiska fader utgjorde en otillåten inskränkning i barnens rätt till respekt för privatliv.<sup>289</sup>

Frankrike tillhör den grupp av länder som har en negativ inställning till surrogatarrangemang: surrogatavtal är civilrättsligt ogiltiga och det är kriminaliserat att dölja eller simulera en graviditet i syfte att påverka barnets civilrättsliga status, att agera som mellanhand mellan tilltänkta föräldrar och surrogatmödrar samt att utföra assisterad befruktning i syfte att genomföra ett surrogatarrangemang.<sup>290</sup> Eftersom det franska förbudet mot surrogatmoderskap baseras på hänsyn till grundläggande principer om kroppens oavhändlighet fann de nationella domstolarna att det står i strid med fransk ordre public att erkänna de tilltänkta föräldrarna som barnens rättsliga föräldrar och på så sätt ge effekt åt surrogatavtalen. I Europadomstolens domskäl lyfts dock också fram att syftet med att vägra erkänna sådana utländska avgöranden är att avskräcka franska medborgare från att genomföra surrogatarrangemang i utlandet. I Frankrike åtnjuter läran om fraude à la loi en särskilt stark ställning vid en internationell jämförelse,<sup>291</sup> och utländska avgöranden får inte erkännas om de har erhållits i syfte att kringgå fransk lag.<sup>292</sup> Trots att målen aktualiserar ordre public-förbehållet utgör alltså frågor som rör kringgående av lagen också en central problematik i målen.

Vad innebär avgörandena för möjligheterna att bekämpa kringgående av lagen i dessa fall? Europadomstolen visar viss förståelse för strävan efter att hindra franska medborgare från att söka sig utomlands i syfte att kringgå fransk lag men fastslår samtidigt att skyddet för privat- och familjeliv begränsar statens möjligheter att vidta åtgärder i det syftet. Barnens identitet har enligt Europadomstolen en nära sammankoppling med det genetiska faderskapet och rätten att få sin identitet fastställd anses utgöra en del

---

<sup>288</sup> *Menesson* p. 96 och *Labasse* p. 75.

<sup>289</sup> *Menesson* p. 99–101 och *Labasse* p. 78–80.

<sup>290</sup> Louis Perreau-Saussine & Nicolas Sauvage, "France", *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Trimmings & Beaumont (ed.), Hart Publishing, Oxford 2013, s. 120–121.

<sup>291</sup> Pålsson 1981, s. 162 och Graveson 1963, s. 53.

<sup>292</sup> Perreau-Saussine & Sauvage 2013, s. 124.



av rätten till respekt för sitt privatliv.<sup>293</sup> Till följd av detta tycks staterna ha en skyldighet att erkänna det rättsliga föräldraskap som har uppkommit utomlands mellan ett barn som har tillkommit genom ett surrogatarrangemang och dennes genetiska fader.<sup>294</sup> Det tycks alltså saknas möjlighet att tillämpa läran om fraude à la loi för att vägra fastställa en tilltänkt fader som har bidragit genetiskt till barnets tillkomst som barnets rättsliga förälder eller för att vägra erkänna ett utländskt beslut med ett sådant innehåll.

Europadomstolen lyfter särskilt fram att konsekvenserna av att det rättsliga föräldraskapet inte erkänns i dessa fall inte enbart drabbar de tilltänkta föräldrarna, som medvetet har valt en metod för assisterad befruktning som är förbjuden i Frankrike. Också barnen som inte bär något ansvar för den uppkomna situationen drabbas. Målen belyser därigenom de särskilda följdkonsekvenser som en tillämpning av läran om fraude à la loi kan ge upphov till i situationer som inte endast rör de personer som har agerat i avsikt att kringgå lagen. I surrogatföräldraskapets kontext fångar läran om fraude à la loi in den särskilda problematik som surrogatarrangemang utomlands ger upphov till genom att läran fokuserar på de tilltänkta föräldrarnas agerande. Den ger däremot inte lika väl uttryck för den hänsyn som måste tas till de barn som tillkommer genom arrangemangen.

En annan intressant aspekt av avgörandena är att Europadomstolen undviker frågan vad som gäller i förhållande till den tilltänkta modern.<sup>295</sup> I dessa fall saknade hon genetisk koppling till barnen men barnen hade levt med de franska makarna i över tio års tid och hon bör därför anses vara barnens sociala förälder. Om hennes ägg hade använts vid befruktningen, hur hade Europadomstolen förhållit sig till frågan om hur detta genetiska band och bandet till den kvinna som har burit och fött barnen ska vägas mot varandra som en del av barnens identitet? Utifrån *Menesson/Labasse* kan man inte dra några slutsatser om vad som gäller för tilltänkta föräldrar utan en genetisk koppling till barnet eller för tilltänkta mödrar som har bidragit genetiskt till barnets tillkomst.<sup>296</sup>

Europadomstolen har senare fastställt sina slutsatser i *Foulon och Bouvet mot Frankrike*.<sup>297</sup> I målen hade två ensamstående franska män genomfört surrogatarrange-

---

<sup>293</sup> Se Katarina Trimmings & Paul Beaumont, "Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Area of Cross-Border Surrogacy: Is There Still a Need for Global Regulation of Surrogacy?", *Working Paper no. 2016/04*, University of Aberdeen, 2016. s. 17.

<sup>294</sup> Trimmings & Beaumont 2016, s. 9.

<sup>295</sup> Trimmings & Beaumont 2016, s. 9–10.

<sup>296</sup> Trimmings & Beaumont 2016, s. 9–10 och Hans van Loon, "The Global Horizon of Private International Law", *Recueil des cours: Académie de droit international de La Haye*, 2015 vol. 380, pp. 13–108. s. 75.

<sup>297</sup> *Foulon och Bouvet mot Frankrike*, mål nr 9063/14 och 10410/14, avgjort 21 juli 2016 (nedan: *Foulon och Bouvet*).

mang i Indien och deras spermier hade använts vid befruktningen. Cour de cassation avslag männens respektive ansökan om att bli registrerade som barnens rättsliga fader med hänsyn till att deras agerande utgjort ett kringgående av det franska förbudet mot surrogatmoderskap. I Europadomstolen fick målen samma utgång som i *Menesson/Labasse*: besluten ansågs strida mot barnens rätt till respekt för sitt privatliv.<sup>298</sup>

### **5.3.2 *Paradiso och Campanelli mot Italien (GC)***

I januari år 2017 avgjorde Europadomstolens stora kammare ett mål mot Italien rörande ett internationellt surrogatarrangemang.<sup>299</sup> De italienska makarna Paradiso och Campanelli hade genomgått fruktlösa IVF-behandlingar och väntat i flera år på att få adoptera ett barn. År 2010 sökte sig makarna till Ryssland för att genomföra ett surrogatarrangemang. Enligt makarna förde Paradiso med sig makens sperma till kliniken i Ryssland och makarna ingick ett surrogatavtal med företaget som förmedlade kontakten med surrogatmodern. Som ett resultat av surrogatarrangemanget födde surrogatmodern ett barn i februari år 2011 och hon erhöll 50 000 euro i ersättning av makarna. Makarna fastställdes som barnets föräldrar i Ryssland och de antecknades som barnets föräldrar i födelseattesten. Makarna återvände till Italien med barnet och ansökte om att få födelseattesten registrerad.

Italienska myndigheter fattade misstanke om att uppgifterna i födelseattesten inte var korrekta och att makarna hade brutit mot italiensk lag. Efter att ett DNA-test visat att Campanelli inte hade någon genetisk koppling till barnet avslogs ansökan om att registrera födelseattesten och barnet omhändertogs av italienska myndigheter. Omhändertagandet motiverades med att myndigheterna tvivlade på makarnas förmåga att ta hand om barnet samt ansåg det nödvändigt att sätta stopp för den illegala situation som hade uppstått till följd av makarnas agerande. Eftersom barnet bedömdes som föräldralöst inledde myndigheterna ett adoptionsförfarande och barnet placerades hos en fosterfamilj. Makarna vände sig därefter till Europadomstolen.

Målet prövades först av en kammare i Europadomstolens andra avdelning.<sup>300</sup> Makarna ansågs inte kunna företräda barnet varför ansökan avvisades i den del som avsåg barnets rättigheter. Eftersom makarna inte hade överklagat beslutet att avslå ansökan

---

<sup>298</sup> *Foulon och Bouvet* p. 58.

<sup>299</sup> *Paradiso och Campanelli mot Italien*, mål nr 25358/12, avgjort av stora kammaren 24 januari 2017. (Nedan: *Paradiso och Campanelli (GC)*.)

<sup>300</sup> *Paradiso och Campanelli mot Italien*, mål nr 25358/12, avgjort 27 januari 2015. (Nedan: *Paradiso och Campanelli*.)

om registrering av födelseattesten avvisades även klagomålet i den delen. Europadomstolen hade därför endast att ta ställning till frågan om beslutet att omhänderta barnet utgjorde en otillåten inskränkning i makarnas rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv.

Den första kammaren som prövade målet fann att ett de facto familjeförhållande förelåg mellan makarna och barnet trots att de saknade genetiska band eftersom makarna hade agerat som barnets föräldrar i sex månader under dess första levnadsår.<sup>301</sup> Campanellis ansökan om att fastställa sitt rättsliga familjeband till barnet ansågs utgöra en del av hans rätt till privatliv eftersom ansökan hade ett nära samband med frågan om han var barnets genetiska fader.<sup>302</sup> Europadomstolen fann vidare att beslutet att omhänderta barnet utgjorde en otillåten inskränkning i makarnas rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv eftersom de italienska myndigheterna inte hade gjort en rimlig avvägning mellan makarnas och barnets respektive statens intressen.<sup>303</sup> Eftersom barnet vid tidpunkten för Europadomstolens avgörande hade utvecklat en känslomässig anknytning till fosterfamiljen innebar domen dock inte en skyldighet för de italienska myndigheterna att återlämna barnet till makarna.<sup>304</sup>

Inom tre månader efter meddelad dom får parterna begära att målet hänskjuts till domstolen i stor sammansättning, EKMR artikel 43.1. Begäran ska beviljas om målet ger upphov till en allvarlig fråga som rör tolkningen eller tillämpningen av konventionen eller protokollen till denna eller rör en allvarlig fråga av allmän betydelse, EKMR artikel 43.2. På begäran av Italien beslutade Europadomstolens stora kammare att pröva målet.

Stora kammaren fann, till skillnad från den första kammaren, att det inte förelåg något familjeliv mellan makarna och barnet. I sin bedömning fäste stora kammaren avgörande vikt vid att det inte förelåg någon genetisk koppling mellan makarna och barnet, att deras förhållande endast varat under en kortare tid samt att det förelåg en rättslig osäkerhet vad gäller deras familjeband.<sup>305</sup> Domstolen lyfte även fram att trots att relationens upphörande inte direkt kunde tillskrivas makarna var det en konsekvens av den rättsliga osäkerhet som de själva hade skapat genom att handla på ett sätt som stod i

---

<sup>301</sup> *Paradiso och Campanelli* p. 69.

<sup>302</sup> *Paradiso och Campanelli* p. 70.

<sup>303</sup> *Paradiso och Campanelli* p. 86–87.

<sup>304</sup> *Paradiso och Campanelli* p. 88.

<sup>305</sup> *Paradiso och Campanelli (GC)* p. 157.

strid med italiensk lag.<sup>306</sup> Stora kammaren fann däremot att beslutet att omhänderta barnet hade utgjort en inskränkning i makarnas rätt till respekt för sitt privatliv eftersom deras önskan att utveckla en föräldraroll i förhållande till barnet omfattas av rättigheten.<sup>307</sup> Domstolen fann att beslutet hade stöd i italiensk lag samt att det motiverades av två legitima ändamål: hänsyn till förebyggande av oordning samt till skydd för andra personers fri- och rättigheter.<sup>308</sup>

Till skillnad från den kammare som först avgjort målet fann Europadomstolens stora kammare att omhändertagandet inte utgjorde en otillåten inskränkning i makarnas rätt till respekt för sitt privatliv eftersom de italienska myndigheterna hade gjort en rimlig avvägning mellan de olika skyddsintressena.<sup>309</sup> I sin bedömning lyfte stora kammaren fram att om de italienska myndigheterna hade tillåtit att barnet stannade kvar hos makarna, och eventuellt låtit dem bli barnets adoptivföräldrar, hade det varit likvärdigt med att legalisera den situation som makarna hade skapat genom att bryta mot italiensk lag.<sup>310</sup> Stora kammaren tycks också ha fäst stor vikt vid att de italienska domstolarna hade utrett att beslutet att omhänderta barnet inte skulle innebära att barnet riskerade att lida en allvarlig eller bestående skada samt att bedömningen inte hade varit rutinmässig utan, tvärtom, anpassats efter omständigheterna i det enskilda fallet.<sup>311</sup>

Det finns flera centrala skillnader mellan *Paradiso och Campanelli* och *Menesson/Labasse*. I *Paradiso och Campanelli* hade ingen av de tilltänkta föräldrarna en genetisk koppling till barnet och barnet var inte part i målet vid Europadomstolen. I *Menesson/Labasse* hade barnen levt med de tilltänkta föräldrarna i över tio års tid medan familjeförhållandet endast hade varat i sex månader i *Paradiso och Campanelli*. I *Menesson/Labasse* bestod den ifrågasatta nationella åtgärden i vägran att erkänna det rättsliga föräldraskapet medan det i *Paradiso och Campanelli* rörde sig om ett beslut att omhänderta barnet och permanent skilja det från de tilltänkta föräldrarna. I likhet med *Menesson/Labasse* aktualiserades dock frågor som rör kringgående av lagen i målet. Europadomstolen lyfte fram att det italienska förbudet mot surrogatarrangemang motiveras av starka skyddsintressen och att Italien har ett legitimt intresse av att avskräcka sina medborgare från att söka sig utomlands för att genomföra ett arrangemang som är

---

<sup>306</sup> *Paradiso och Campanelli (GC)* p. 156.

<sup>307</sup> *Paradiso och Campanelli (GC)* p. 163–164.

<sup>308</sup> *Paradiso och Campanelli (GC)* p. 177–178.

<sup>309</sup> *Paradiso och Campanelli (GC)* p. 215–216.

<sup>310</sup> *Paradiso och Campanelli (GC)* p. 215.

<sup>311</sup> *Paradiso och Campanelli (GC)* p. 210.

förbjudet i Italien.<sup>312</sup> De italienska domstolarna hade fäst avgörande vikt vid att makarna medvetet hade kringgått de italienska reglerna om adoption och assisterad befruktning.<sup>313</sup> Den italienska regeringen anförde även till den italienska statens försvar att den fördömer den växande reproduktionsturismen.<sup>314</sup>

Så vad innebär avgörandet för möjligheterna att tillämpa läran om fraude à la loi för att bekämpa kringgående av lagen i dessa fall? Europadomstolens första avgörande har kritiserats för att utgöra en alltför långtgående tolkning av rätten till familjeliv som innebär att domstolen skapar familjerättigheter för varje europeiskt par som vill skaffa barn med hjälp av en surrogatmodern var som helst i världen utan att en genetisk koppling till barnet krävs och oavsett ursprungslandets inställning till surrogatarrangemang.<sup>315</sup> Stora kammarens avgörande har därför välkomnats som en välmotiverad begränsning av vad som utgör de facto-familjeliv.<sup>316</sup>

Enligt min mening talar stora kammarens avgörande för att svenska domstolar kan tillämpa läran om fraude à la loi för att bekämpa kringgående av lagen i dessa fall genom att vägra att erkänna utländska avgöranden som fastställer tilltänkta fäder utan någon genetisk koppling till barnet som dess rättsliga förälder. Eftersom rätten till familjeliv kan aktualiseras, om den tilltänkta fadern har agerat som barnets sociala förälder under en längre tid, och den tilltänkta faderns rätt till privatliv sannolikt inskränks av en sådan åtgärd krävs dock att domstolarna gör en intresseavvägning i det enskilda fallet för att uppfylla kravet på proportionalitet. Eftersom den genetiska fadern kan fastställas som barnets rättsliga förälder i Sverige skulle barnet och den andra tilltänkta fadern kunna bibehålla sin vardagliga relation i de fall ett samkönat manligt par har genomfört ett surrogatarrangemang tillsammans och den ena mannens spermier har använts vid befruktningen. Att den genetiska faderns make har möjlighet att bli barnets rättsliga förälder genom en närstående adoption enligt svensk rätt talar också för att beslutet att inte erkänna den utländska fastställelsen av hans faderskap skulle anses utgöra ett proportionerligt ingrepp.

---

<sup>312</sup> *Paradiso och Campanelli (GC)* p. 203.

<sup>313</sup> *Paradiso och Campanelli (GC)* p. 37 och p. 207

<sup>314</sup> *Paradiso och Campanelli (GC)* p. 130.

<sup>315</sup> Se Trimmings & Beaumont 2016, s. 10.

<sup>316</sup> Katarina Trimmings & Paul Beaumont, "The European Court of Human Rights in *Paradiso and Campanelli v. Italy* and the Way Forward for Regulating Cross-Border Surrogacy", *Working Paper No. 2017/3*, University of Aberdeen, 2017, s. 7.

## 5.4 Fraude à la loi – förenligt med Europakonventionen? Diskussion och slutsatser i denna del

När personer med svensk hemvist genomför surrogatarrangemang i utlandet och sedan ansöker om att deras föräldraskap ska fastställas eller erkännas rättsligt vid återkomsten till Sverige krävs att hänsyn tas till skyddet för privat- och familjeliv i EKMR artikel 8. Om den tilltänkta faderns spermier har använts vid befruktningen aktualiseras barnets rätt till respekt för sitt privatliv eftersom det omfattar rätten att fastslå sin identitet, däribland den rättsliga relationen till sin genetiska fader. Även om ingen av de tilltänkta föräldrarna har bidragit genetiskt till barnets tillkomst kan dessa personers rätt till privatliv ändå aktualiseras eftersom deras önskan att utveckla en föräldrarelation i förhållande till barnet omfattas av rättigheten. Om de tilltänkta föräldrarna har agerat som barnets föräldrar under en längre tidsperiod, eller om de har en genetisk koppling till barnet och har agerat som barnets föräldrar under en kortare tid, kan ett familjeförhållande uppstå och då måste hänsyn även tas till deras och barnets rätt till familjeliv.

I både *Mennesson/Labasse* och *Paradiso och Campanelli* gör Europadomstolen vissa uttalanden som kan tolkas som stöd för att det är tillåtet att ge läran om fraude à la loi viss effekt. Europadomstolen lyfter fram på flera ställen i avgörandena att den har förståelse för att staterna vill hindra sina medborgare från att kringgå den nationella lagstiftningen genom att genomföra surrogatarrangemang i utlandet. Domstolen slår samtidigt fast att varje åtgärd som utgör en inskränkning i rätten till respekt för privat- och familjeliv måste uppfylla konventionens krav på proportionalitet och att särskild vikt måste fästas vid barnets bästa.

Genomgången av praxis visar att det tycks saknas möjlighet att tillämpa läran om fraude à la loi för att vägra erkänna ett utländskt avgörande som fastställer en tilltänkt fader som har bidragit genetiskt till barnets tillkomst eftersom det utgör en otillåten inskränkning i barnets rätt till respekt för sitt privatliv. När det föreligger en genetisk koppling mellan den tilltänkta fadern och barnet, såsom i *Mennesson/Labasse*, tycks staternas *margin of appreciation*, alltså friheten att tillämpa konventionsreglerna mer flexibelt med beaktande av inhemska förhållanden och rättsliga traditioner, vara mycket begränsat.<sup>317</sup>

---

<sup>317</sup> Se *Mennesson* p. 77 och *Labasse* p. 56. Se även Trimmings & Beaumont 2017, s. 12. Ang. definitionen av *margin of appreciation* se Danelius 2015, s. 56.

Jag bedömer däremot att det kan vara förenligt med EKMR artikel 8 att tillämpa läran om fraude à la loi för att vägra erkänna utländska avgöranden som fastställer en tilltänkt fader utan genetisk koppling till barnet som dess rättsliga förälder. I *Paradiso och Campanelli* lyfter Europadomstolen fram att konventionsstaterna åtnjuter en vid *margin of appreciation* i fall som rör etiskt känsliga frågor, såsom assisterad befruktning och surrogatmoderskap, samt att denna vidd inte begränsas när det saknas genetiska band mellan de tilltänkta föräldrarna och barnet.<sup>318</sup> Med hänsyn till detta bedömer jag det som sannolikt att det skulle anses utgöra en proportionerlig intresseavvägning mellan skyddet för svensk lags genomslag och parternas intressen av att utveckla en familjerelation till varandra om tilltänkta fäder utan genetisk koppling till barnet hänvisas till adoptionsinstitutet. De svenska domstolarna måste dock alltid göra en intresseavvägning med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet där stor vikt fästs vid barnets bästa.

I kapitel 4 fastslogs att det finns ett behov i svensk IP-rätt av ett förstärkt skydd mot kringgående av lagen när män med svensk hemvist genomför surrogatarrangemang i utlandet. Av genomgången i detta kapitel framgår att det kan vara förenligt med EKMR artikel 8 att tillämpa läran om fraude à la loi i förhållande till tilltänkta fäder utan en genetisk koppling till barnet. I nästa kapitel analyseras hur ett förstärkt skydd mot kringgående av lagen skulle kunna utformas.

---

<sup>318</sup> *Paradiso och Campanelli (GC)* p. 194–195.

## 6 Ett förstärkt skydd mot kringgående

### 6.1 Internationell reglering

#### 6.1.1 Gränsöverskridande problem kräver gränsöverskridande lösningar

Behovet av en internationell reglering av gränsöverskridande surrogatarrangemang och de IP-rättsliga frågor som de ger upphov till har lyfts fram såväl av den svenska regeringen,<sup>319</sup> av EU,<sup>320</sup> av Haagkonferensen för internationell privaträtt<sup>321</sup> som i den juridiska litteraturen<sup>322</sup>. Flera av Haagkonferensens medlemsstater önskar ett internationellt samarbete kring dessa frågor.<sup>323</sup> Det har framförts att det krävs ett varaktigt samarbete mellan stater för att en hållbar praxis ska kunna utvecklas som både respekterar ländernas olika inställning till surrogatarrangemang och ger ett adekvat skydd för mänskliga rättigheter.<sup>324</sup> Behovet av internationell reglering tycks alltså stå klart, men det föreligger osäkerhet kring under vilka former regleringen bör antas och hur den bör utformas.

Det EU-rättsliga samarbetet har inneburit en harmonisering av medlemsstaternas IP-regler inom flera olika områden. Europaparlamentets utskott för rättsliga frågor tog fram en rapport år 2013 som bland annat behandlar behovet av och möjligheterna att anta en IP-reglering av internationella surrogatarrangemang inom EU.<sup>325</sup> Rapporten och dess slutsatser behandlas i avsnitt 6.1.2. Haagkonferensen för internationell privaträtt är en annan central IP-rättslig aktör. Konferensen har tagit fram flera rapporter som behandlar internationella surrogatarrangemang inom *The Surrogacy/Parentage Project*. Projektet och möjligheterna att anta en konvention om internationella surrogatarrangemang inom ramen för Haagkonferensens arbete behandlas i avsnitt 6.1.3.

#### 6.1.2 Samarbete inom EU

Det huvudsakliga syftet med den komparativa studie som ligger till grund för Europaparlamentets rapport var att undersöka om EU kan och bör anta regler om surrogat-

---

<sup>319</sup> Prop. 2017/18:155 s. 41.

<sup>320</sup> Europaparlamentets utskott för rättsliga frågor, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, 2013, (nedan: EP rapport 2013), s. 35–36.

<sup>321</sup> Haagkonferensen för internationell privaträtt, *The Desirability and Feasibility of Further Work on the Parentage/Surrogacy Project*, 2014, (nedan: HK rapport 2014 del II), s. 18

<sup>322</sup> Se t.ex. Trimmings & Beaumont 2013, s. 531 och van Loon 2015, s. 75.

<sup>323</sup> HK rapport 2014 del II, s. 19–22 och Hannah Baker, ”A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are There ’Lessons’ to be Learnt from the 1993 Hauge Intercountry Adoption Convention?”, *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Trimmings & Beaumont (ed.), Hart Publishing, Oxford 2013, s. 412–414.

<sup>324</sup> van Loon 2015, s. 75.

<sup>325</sup> EP rapport 2013.



arrangemang.<sup>326</sup> Studien undersöker bland annat medlemsstaternas inställning till surrogatarrangemang, de IP-rättsliga frågor som arrangemangen aktualiserar samt EU:s befogenhet att anta reglering på området.<sup>327</sup> Studien är den första som har undersökt möjligheterna att vidta åtgärder inom ramen för EU som en reaktion på de rättsliga problem som internationella surrogatarrangemang ger upphov till.<sup>328</sup>

Rapporten lyfter fram att reglerna om fri rörlighet idag kan hävdas innebära en slags implicit sanktionering av internationella surrogatarrangemang och att det utgör ett skäl för att anta en EU-rättslig reglering.<sup>329</sup> Studien visar att det föreligger stora skillnader mellan medlemsstaternas reglering av assisterad befruktning och surrogatarrangemang, och rapportens slutsats är att bristen på konsensus försvårar möjligheterna att anta harmoniserande materiella regler.<sup>330</sup>

Rapporten slår fast att EU skulle kunna anta en harmoniserande IP-reglering med stöd av FEUF artikel 67.4 eller artikel 81.<sup>331</sup> En sådan reglering skulle antingen kunna bestå av traditionella IP-regler om behörighet, lagval och erkännande eller av regler som syftar till att underlätta samarbete mellan nationella myndigheter.<sup>332</sup> Trots att studien visar att en sådan reglering skulle kunna avhjälpa vissa av de problem som internationella surrogatarrangemang ger upphov till är rapportens slutsats att EU inte utgör det lämpligaste forumet för reglering eftersom arrangemangen ofta involverar stater utanför unionen.<sup>333</sup> På grund av de territoriella begränsningarna fastslår rapporten att en global lösning, exempelvis inom ramen för Haagkonferensen, är att föredra framför ett regionalt regelverk inom EU.<sup>334</sup>

Jag håller med om rapportens slutsats. Trots att EU utgör ett effektivt internationellt samarbetsforum är lagstiftningens territoriella begränsning ett tungt vägande skäl för att överväga en alternativ lösning som syftar till att inkludera de surrogatvänliga länder där de flesta internationella surrogatarrangemang genomförs. I rapporten föreslås att EU ska delta aktivt i Haagkonferensens arbete samt överväga att tillträda en framtida konvention om surrogatarrangemang.<sup>335</sup>

---

<sup>326</sup> EP rapport 2013 s. 14.

<sup>327</sup> EP rapport 2013 s. 14.

<sup>328</sup> EP rapport 2013 s. 11.

<sup>329</sup> EP rapport 2013 s. 197.

<sup>330</sup> EP rapport 2013 s. 195.

<sup>331</sup> EP rapport 2013 s. 198.

<sup>332</sup> EP rapport 2013 s. 198–199.

<sup>333</sup> EP rapport 2013 s. 194.

<sup>334</sup> EP rapport 2013 s. 194.

<sup>335</sup> EP rapport 2013 s. 199.

### 6.1.3 Haagkonferensen för internationell privaträtt: *The Surrogacy/Parentage Project*

Haagkonferensen för internationell privaträtt är en internationell organisation vars syfte är att verka för ett gradvis förenhetligande av den internationella privaträttens regler.<sup>336</sup> Den första Haagkonferensen hölls år 1893 och idag har konferensen 83 stycken medlemmar: 82 stater, däribland Sverige, samt EU.<sup>337</sup> Sverige har deltagit i konferensens arbete sedan år 1894,<sup>338</sup> och har tillträtt ett antal internationella konventioner som har tagits fram av konferensen.<sup>339</sup> Även stater som inte är medlemmar har möjlighet att tillträda konventionerna.<sup>340</sup>

År 2001 föreslogs att IP-rättsliga frågor som rör barns rättsliga status, särskilt erkännande av relationen mellan förälder och barn, ska vara föremål för konferensens framtida arbete.<sup>341</sup> Haagkonferensens permanenta byrå fick i uppdrag år 2011 att intensifiera arbetet med dessa frågor, inklusive de problem som internationella surrogatarrangemang ger upphov till.<sup>342</sup> Inom ramen för *The Parentage/Surrogacy Project* har Haagkonferensen tagit fram två rapporter år 2014,<sup>343</sup> en kortfattad uppdatering år 2015<sup>344</sup> samt tillsatt en expertgrupp som arbetar med att ta fram förslag till en konvention om rättsligt föräldraskap, inklusive föräldraskap vid internationella surrogatarrangemang.<sup>345</sup>

Det finns en utbredd enighet bland medlemsstaterna att en framtida konvention om internationella surrogatarrangemang bör inkludera både materiella minimikrav och regler om samverkan mellan stater som ska syfta till att förbättra rättssäkerheten.<sup>346</sup> Minimikraven ska inte syfta till att harmonisera ländernas reglering av surrogatarrangemang utan till att skapa förutsättningar för internationellt samarbete, bland annat genom att garantera surrogatmödrarnas informerade samtycke, deras och barnens rätt

<sup>336</sup> Stadga för Haagkonferensen för internationell privaträtt artikel 1.

<sup>337</sup> Haagkonferensens hemsida, "About HCCH", <https://www.hcch.net/en/about> (2018-05-22) och "HCCH Members", <https://www.hcch.net/en/states/hcch-members> (2018-05-22).

<sup>338</sup> Hans van Loon, "The Hague Conference – its Origins, Organization and Achievements", *SvJT* 1993 s. 293, s. 295.

<sup>339</sup> Haagkonferensens hemsida, "HCCH Members", <https://www.hcch.net/en/states/hcch-members> (2018-05-22).

<sup>340</sup> Haagkonferensens hemsida, "About HCCH", <https://www.hcch.net/en/about>, (2018-05-22).

<sup>341</sup> Haagkonferensen för internationell privaträtt, *Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, 2011, (nedan: HK rapport 2011) s. 3.

<sup>342</sup> HK rapport 2011 s. 3 och Baker 2013, s. 414.

<sup>343</sup> Haagkonferensen för internationell privaträtt, *A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, 2014 (nedan: HK rapport 2014 del I) och HK rapport 2014 del II.

<sup>344</sup> Haagkonferensen för internationell privaträtt, *The Parentage/Surrogacy Project: An Updating Note*, 2015 (nedan: HK rapport 2015).

<sup>345</sup> Expertgruppen har haft tre möten hittills, senaste i februari år 2018 se Haagkonferensen för internationell privaträtt, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (Meeting of 6–9 February 2018)*, 2018 (nedan: HK mötesrapport 2018).

<sup>346</sup> HK rapport 2014 del II s. 25.

till vård samt att ersättningen inte ska vara resultatorienterad.<sup>347</sup> Både i Haagkonferensens rapporter och i den juridiska litteraturen föreslås att inspiration bör hämtas från 1993 års Haagkonvention om internationella adoptioner.<sup>348</sup> Skillnaderna mellan internationella adoptioner och surrogatarrangemang lyfts i och för sig fram som ett hinder mot att överföra lösningarna i 1993 års konvention i oförändrad form.<sup>349</sup> Det har däremot framförts att det finns övervägande fördelar med att, i likhet med adoptionskonventionen, inkludera regler om samarbete mellan stater och privata mellanhänder samt materiella säkerhetsgarantier utöver traditionella IP-regler i konventionen.<sup>350</sup>

Haagkonferensens arbete är fortfarande i ett tidigt skede så det är svårt att dra några slutsatser om huruvida en framtida konvention kan antas och om den i sådana fall kommer att innebära ett förstärkt skydd mot kringgående av lagen. Det är dock intressant för framställningen att expertgruppen beslutade att utreda om en vägransgrund på grund av ”fraud” bör införas i konventionen på sitt senaste möte.<sup>351</sup> Om endast surrogatarrangemang som har genomförts i enlighet med den förväntade konventionens materiella regler kommer att ge upphov till förpliktelser för konventionsstaterna att erkänna de tilltänkta föräldrarnas rättsliga status kommer det förhoppningsvis att avskräcka dem från att genomföra surrogatarrangemang i privat regi utan inblandning av en auktoriserad mellanhand.<sup>352</sup> Om konventionens materiella minimikrav utformas på ett sådant sätt att de skyddar samma ändamål som motiverar den svenska inställningen till surrogatarrangemang, exempelvis att förhindra handel med barn och garantera kvinnors rätt att bestämma över sin kropp, kommer den svenska regleringens bakomliggande ändamål att få större genomslag.

Om Sverige tillträder en framtida konvention kommer det troligtvis även att medföra en förpliktelse att godkänna utländska avgöranden som fastställer de tilltänkta föräldrarna som barnets rättsliga föräldrar i fall som uppfyller konventionens krav. Om vägransgrunderna regleras uttömmande i konventionen och dessa inte inkluderar ett förbehåll för fraude à la loi kommer den internationella regleringen att begränsa svenska domstolars möjlighet att tillämpa läran om fraude à la loi för att förhindra kringgående av lagen i dessa fall.

---

<sup>347</sup> HK rapport 2014 del II s. 26–27.

<sup>348</sup> Konvention om skydd av barn och samarbete vid internationella adoptioner, Haag den 29 maj 1993. Se HK rapport 2014 del II s. 20, Trimmings & Beaumont 2013, s. 535 och van Loon 2015, s. 76.

<sup>349</sup> HK 2014 rapport del II s. 20 och Baker 2013, s. 417.

<sup>350</sup> Trimmings & Beaumont 2013, s. 533 och van Loon 2015, s. 76.

<sup>351</sup> HK mötesrapport 2018 s. 4.

<sup>352</sup> Trimmings & Beaumont 2013, s. 544.

## 6.2 Nationell reglering

### 6.2.1 I väntan på Godot – en nationell lösning?

I en av Haagkonferensens rapporter konstateras att behovet av internationell reglering står klart men att möjligheterna att genomföra ett internationellt samarbete på området behöver utredas ytterligare.<sup>353</sup> Både medlemsstaternas varierande syn på vilken anknytningsomständighet som borde ligga till grund för lagvalet och skillnaderna mellan hur myndigheterna i civil law- respektive common law-länder angriper de rättsliga problem som internationella surrogatarrangemang ger upphov till lyfts fram som potentiella hinder mot att anta enhetliga regler.<sup>354</sup> Trots fördelarna med att anta en internationell reglering bör därför även frågan om skyddet mot kringgående av lagen kan förstärkas genom nationell reglering lyftas.

I mars år 2018 lade regeringen fram en proposition som föreslår vissa lagändringar i regleringen av fastställande av faderskap i internationella rättsförhållanden.<sup>355</sup> I avsnitt 6.2.2 diskuteras vilken påverkan propositionens förslag kan antas få för de identifierade problemen med kringgående av lagen. Även ett lagförslag som lades fram i SOU 2016:11 diskuteras. I avsnitt 6.2.3 diskuteras två alternativa lösningar: ett lagfäst förbehåll för läran om fraude à la loi och den s.k. individualiserande metoden.

### 6.2.2 Lagförslagen i proposition 2017/18:155 och SOU 2016:11

I propositionen föreslås att svenska socialnämnder ska få utökad behörighet att medverka till fastställelse av faderskapet genom bekräftelse.<sup>356</sup> Som framgår av utredningen i kapitel 3 är möjligheterna för en tilltänkt fader att bli barnets rättsliga fader genom bekräftelse idag små eftersom det krävs att barnet har hemvist i Sverige.<sup>357</sup> Från och med 1 januari år 2019 föreslås att en ny bestämmelse ska införas i IFL som innebär att socialnämnden även ska vara behörig att medverka till fastställelse av faderskapet genom bekräftelse om barnet har hemvist utomlands, fastställelsen avser en man med hemvist i Sverige, det påstås att barnet har tillkommit med mannens spermier och barnet inte har några andra rättsliga föräldrar i sitt hemvistland än mannen och hans make, registrerade partner eller sambo.<sup>358</sup> I dessa fall ska svensk lag tillämpas.<sup>359</sup>

<sup>353</sup> HK rapport 2014 del II s. 29.

<sup>354</sup> HK rapport 2014 del II s. 23.

<sup>355</sup> Prop. 2017/18:155.

<sup>356</sup> Prop. 2017/18:155 s. 44.

<sup>357</sup> Se ovan i avsnitt 3.3.2.

<sup>358</sup> Prop. 2017/18:155 s. 75.

<sup>359</sup> Prop. 2017/18:155 s. 75.

Propositionen föreslår även att svenska domstolar ska tillämpa svensk lag i mål om fastställande av faderskap i högre utsträckning än vad som görs idag.<sup>360</sup> Som framgår av utredningen i kapitel 3 ska lagen i det land som barnet har hemvist i när målet avgörs i första instans tillämpas idag.<sup>361</sup> Eftersom ett barn som har tillkommit genom ett surrogatarrangemang i utlandet oftast är kvar i födelselandet till dess att svensk domstol har fastställt faderskapet innebär det att lagen i surrogatmoderns hemvistland som huvudregel ska tillämpas.<sup>362</sup> Ett nytt stycke föreslås införas i IFL 5 § som innebär att en talan om fastställande av faderskap till ett barn med hemvist utomlands alltid ska prövas enligt svensk lag om fastställelsen avser en man med hemvist i Sverige, det påstås att barnet har tillkommit med mannens spermier och barnet i sitt hemvistland inte har några andra rättsliga föräldrar än mannen och hans make, registrerade partner eller sambo.<sup>363</sup>

Vad innebär de föreslagna lagändringarna för de identifierade problemen med kringgående av lagen? Svenska män som har bidragit genetiskt till barnets tillkomst har redan goda möjligheter att fastställas som barnets rättsliga förälder.<sup>364</sup> Eftersom de svenska materiella reglerna om fastställande av faderskap fäster avgörande vikt vid att de genetiska omständigheterna överensstämmer med det rättsliga faderskapet innebär de föreslagna ändringarna av lagvalsreglerna att tilltänkta fäder med en genetisk koppling till barnet kommer att kunna fastställas som barnets fader i ännu högre utsträckning. Att socialnämnden får utökad behörighet att medverka till fastställande av faderskapet genom bekräftelse kommer troligtvis leda till att färre fall drivs i domstol. De föreslagna lagändringarna motverkar på så vis inte att tilltänkta fäder med svensk hemvist kringgår den svenska inställningen till surrogatmoderskap. Tvärtom undanröjs hinder för män som har bidragit genetiskt till barnets tillkomst att fastställas som barnets rättsliga fader och, kanske framförallt, till att handläggningstiden för dessa ärenden förkortas.

Eftersom det föreslås att socialnämnden ska kunna upprätta en faderskapsbekräftelse på initiativ av den tilltänkta fadern innan barnets födelse, även om den får godkännas först efter att barnet är fött,<sup>365</sup> kan lagförslaget tolkas som en övergång från en reglering som exklusivt hanterar föräldraskapet vid surrogatarrangemang i utlandet *ex post* till en reglering som delvis hanterar det rättsliga faderskapet *ex ante*, alltså redan

---

<sup>360</sup> Prop. 2017/18:155 s. 44.

<sup>361</sup> Se ovan i avsnitt 3.3.2.

<sup>362</sup> Prop. 2017/18:155 s. 45.

<sup>363</sup> Prop. 2017/18:155 s. 77.

<sup>364</sup> Se ovan i avsnitt 3.3.2.

<sup>365</sup> Prop. 2017/18:155 s. 46.

innan det finns ett barn att ta hänsyn till. Förslaget motiveras med att det är otillfredsställande att tidsutdräkt uppstår på grund av handläggningstiderna i domstol eller att det i barnets födelseland saknas en tydlig rättslig reglering avseende faderskapet, särskilt när barnet saknar andra rättsliga föräldrar än de tilltänkta föräldrarna i sitt hemvistland.<sup>366</sup> Propositionen fastslår samtidigt att det är ”svårt att förena åtgärder som syftar till att underlätta för svenska medborgare att genomgå kommersiella surrogatarrangemang i utlandet med inställningen att det inte är godtagbart med sådana arrangemang.”<sup>367</sup>

Alla barn i Sverige som har tillkommit genom ett surrogatarrangemang i utlandet har fått en rättslig företrädare här, inget barn tycks alltså ha blivit föräldralöst till följd av den nuvarande regleringen.<sup>368</sup> Trots att lagförslagen motiveras med att reglerna om fastställande av faderskap i internationella förhållanden bör vara effektiva och förutsebara<sup>369</sup> anser jag därför att det finns skäl att ifrågasätta lämpligheten av att svenska socialnämnder redan innan barnets födelse ska medverka till att den tilltänkta fadern fastställs som den rättsliga fadern. Med hänsyn till den svenska inställningen till surrogatmoderskap och att de praktiska konsekvenserna av den nuvarande regleringen inte har inneburit att barnen saknar rättsliga föräldrar i Sverige anser jag att det finns skäl att kritisera förslaget. Det underlättar för män med svensk hemvist att kringgå svensk lag och kan uppfattas som ett godtagande av deras handlande, till och med på förhand, utan att tungt vägande skäl kan anföras till stöd för det. Att svensk lag föreslås tillämpas i högre utsträckning i dessa fall kan dock ses som ett uttryck för att frågan om dessa män kan fastställas som barnets rättsliga förälder bör anses ha en mycket stark anknytning till Sverige. Eftersom anknytningen till den svenska rättsordningen bör anses vara lika stark för den tilltänkta föräldern som inte har bidragit genetisk till barnets tillkomst går det dock att ifrågasätta varför tillämpningen av svensk lag begränsas till de genetiska fäderna.

Jag anser också att det är anmärkningsvärt att det anges i propositionen att det inte behöver framgå uttryckligen av lagen i barnets hemvistland att barnet saknar andra rättsliga föräldrar än mannen och hans make, registrerade partner eller sambo, utan att det exempelvis räcker med att det framgår av ett surrogatavtal.<sup>370</sup> Svenska IP-regler bör

---

<sup>366</sup> Prop. 2017/18:155 s. 46.

<sup>367</sup> Prop. 2017/18:155 s. 41.

<sup>368</sup> Prop. 2017/18:155 s. 41.

<sup>369</sup> Se prop. 2017/18:155 s. 46.

<sup>370</sup> Prop. 2017/18:155 s. 76.

enligt min mening inte tolkas så att de ger surrogatavtalet en sådan effekt. Om lagen i barnets hemvistland inte fastställer de tilltänkta föräldrarna som barnets enda rättsliga förälder bör rimligen inte svenska socialnämnder eller domstolar bedöma att barnet saknar andra rättsliga föräldrar i hemvistlandet endast på grund av surrogatavtalets innehåll.

Den statliga utredningen från år 2016 föreslog att en ny vägransgrund bör införas i IFL som innebär att en utländsk faderskapsdom inte ska erkännas i Sverige om barnet har tillkommit genom en insemination eller befruktning utanför kroppen, behandlingen har utförts på en annan person än den fastställda faderns make eller sambo samt har utförts med en annan mans spermier.<sup>371</sup> I SOU 2016:11 lyfts fram att utgångspunkten har varit, och även i framtiden bör vara, att vi endast erkänner utländska fastställelser av föräldraskap som har grundats på en omständighet som kan utgöra grund för en motsvarande fastställelse enligt svensk rätt.<sup>372</sup> Med anledning av Svea hovrätts avgöranden från år 2014, där hovrätten erkände två utländska faderskapsdomar som fastställer tilltänkta fäder utan genetisk koppling till barnen som deras rättsliga föräldrar, föreslog därför utredningen att en ny vägransgrund bör införas.<sup>373</sup> Regeringen ansåg dock att det inte är möjligt att överblicka konsekvenserna av en sådan lagändring utan ytterligare utredning och valde därför att inte gå vidare med förslaget.<sup>374</sup>

I kapitel 4 fastslogs att tilltänkta fäder utan genetisk koppling till barnet lyckas i sin avsikt att kringgå svensk lag när de genomför surrogatarrangemang i utlandet eftersom en utländsk dom som fastställer dessa som barnets rättsliga förälder tycks erkännas i Sverige.<sup>375</sup> Av genomgången i kapitel 5 framgår att det sannolikt är förenligt med EKMR artikel 8 att vägra erkänna ett utländskt avgörande med ett sådant innehåll.<sup>376</sup> Den statliga utredningens förslag att införa en ny vägransgrund som tar sikte på just dessa fall skulle utgöra en effektiv motreaktion på förfaranden som syftar till att kringgå svensk lag vad gäller tilltänkta fäder som inte har bidragit genetiskt till barnets tillkomst. Det går dock att ifrågasätta om förslaget att införa en schematiskt utformad regel som inte ger utrymme för en intresseavvägning i det enskilda fallet skulle anses uppfylla EKMR:s krav på proportionalitet så som det har utvecklats i Europadomstolens praxis.<sup>377</sup>

---

<sup>371</sup> SOU 2016:11 s. 523.

<sup>372</sup> SOU 2016:11 s. 526.

<sup>373</sup> SOU 2016:11 s. 526.

<sup>374</sup> Prop. 2017/18:155 s. 42–43.

<sup>375</sup> Se ovan i avsnitt 4.1.2.

<sup>376</sup> Se ovan i avsnitt 5.4.

<sup>377</sup> Se ovan i avsnitt 5.4.

### 6.2.3 Alternativa lösningar

Ett alternativt sätt att förstärka skyddet mot kringgående av lagen skulle vara att införa ett lagfäst allmänt förbehåll för fraude à la loi i svensk rätt. I Frankrike får ett utländskt avgörande vägras erkännande med hänsyn till tre vägransgrunder: om målet inte har tillräcklig anknytning till det utländska forumet, om avgörandet har erhållits i syfte att kringgå fransk lag eller om ett erkännande skulle stå i strid med fransk ordre public.<sup>378</sup> Det traditionella ordre public-förbehållet kompletteras av två generella vägransgrunder som närmast tycks ta sikte på otillbörlig forum shopping och fraude à la loi, alltså den särskilda problematik som denna uppsats behandlar.

Fördelen med ett lagfäst förbehåll för fraude à la loi är att det skulle utgöra en effektiv motreaktion mot kringgåendeförfaranden och att denna försvarsmekanism, i likhet med ordre public-förbehållet, inte skulle vara begränsad till en särskild del av IP-rätten. Läran om fraude à la loi syftar till att skydda genomslaget för den lag som skulle ha varit tillämplig i målet om parterna inte hade agerat i syfte att kringgå lagen. Behovet av läran kan därför inte sägas vara avgränsat till en viss typ av IP-rättsliga mål. Det går även att argumentera för att ett lagfäst förbehåll, till skillnad från tillämpningen av en icke-lagfäst princip, skulle bidra till ökad rättssäkerhet och förutsebarhet. Ett lagfäst förbehåll skulle dock avvika från den traditionella lagstiftningstekniken som innebär att allmänna frågor inom IP-rätten inte görs till föremål för lagreglering. Ordre public-förbehållet kan i och för sig sägas utgöra ett undantag till den förhärskande tekniken. Till skillnad från läran om fraude à la loi utgör dock ordre public-förbehållet en traditionellt accepterad vägransgrund som är väl förankrad i såväl den svenska som i många andra rättsordningar.

I den juridiska litteraturen har det framförts att ett relativt effektivt sätt att förhindra kringgående av lagen är att använda den s.k. individualiserande metoden i högre utsträckning.<sup>379</sup> Genom att komplettera lagvalsreglerna med tillägget att domstolen får avvika från regeln om det av omständigheterna framgår att rättsförhållandet har en uppenbart närmare anknytning till ett annat land ges domstolarna möjlighet att förbise en konstlad eller skör anknytning till en annan rättsordning.<sup>380</sup> Att förse schematiska lagvalsregler med ett sådant undantag är en lagstiftningsteknik som det går att finna flera exempel på i EU-rättslig lagstiftning, se exempelvis Rom I artikel 4.3, Rom II

<sup>378</sup> Perreau-Saussine & Sauvage 2013, s. 124.

<sup>379</sup> Bogdan 2014, s. 84.

<sup>380</sup> Bogdan 2014, s. 84 och Kruger 2015, s. 382–383.



artikel 4.3 och arvsförordningen artikel 21.2. Den främsta nackdelen med att tillämpa den individualiserande metoden anses vara att strävan efter ett rättvist resultat i det enskilda fallet sker på bekostnad av förutsebarheten.<sup>381</sup>

Både ett lagfäst förbehåll för läran om fraude à la loi och en mer frekvent tillämpning av den individualiserande metoden skulle kunna bidra till att minska problemen med kringgående av lagen i förhållande till tilltänkta fäder utan genetisk koppling till barnen. Till skillnad från en mer avgränsad lösning, som den statliga utredningens förslag att införa en ny vägransgrund som tar sikte på dessa fall, är det dock svårt att överblicka konsekvenserna av en sådan systematisk förändring. Europadomstolens avgöranden i *Menesson/Labasse* visar också att en schematiskt utformad vägransgrund med hänsyn till fraude à la loi kan utgöra en otillåten inskränkning i parternas rätt till privatliv. Med hänsyn till dessa skäl anser jag att förslaget att införa en ny vägransgrund i IFL som tar sikte på tilltänkta fäder utan genetisk koppling till barnet, som lades fram i SOU 2016:11, utgör den mest ändamålsenliga nationella lösningen på de identifierade problemen med kringgående av lagen som internationella surrogatarrangemang ger upphov till. För att säkerställa att proportionalitetskravet i EKMR artikel 8 är uppfyllt skulle jag dock föreslå att vägransgrunden förses med ytterligare ett rekvisit: att domstolen vid en bedömning utifrån omständigheterna i det enskilda fallet finner att vägran att erkänna det utländska avgörandet inte skulle stå i strid med barnets bästa.

---

<sup>381</sup> Bogdan 2014, s. 84–85 och Kruger 2015, s. 383.

## 7 Sammanfattning och avslutande diskussion

Uppsatsen har behandlat den IP-rättsliga läran om fraude à la loi och de problem med kringgående av svensk lag som internationella surrogatarrangemang ger upphov till.

Sammanfattningsvis har uppsatsen funnit att fraude à la loi innebär att den ena eller båda parterna har skapat en anknytning till en annan rättsordning eller har sökt sig utomlands i syfte att kringgå den annars tillämpliga lagen genom en tillämpning av ordinarie IP-regler. När dessa kriterier föreligger öppnar denna lära en möjlighet för domstolen, eller annan behörig myndighet, att inte ge effekt åt vad som följer av ett annat rättssystemets regler. Läran om fraude à la loi har givits en mycket begränsad betydelse när svenska domstolar tillämpar autonoma svenska IP-regler. Det EU-rättsliga samarbetet tycks dock ha inneburit att läran har fått en något förstärkt ställning i den svenska rättsordningen.

Personer med hemvist i Sverige genomför surrogatarrangemang i utlandet i allt högre utsträckning. Utvecklingen är en del av en global trend som innebär att ofrivilligt barnlösa personer söker sig till länder med surrogatvänliga regelverk för att kringgå hemvistlandets regler om surrogatmoderskap och rättsligt föräldraskap. Arrangemangen ger upphov till problem med kringgående av svensk lag vad gäller de tilltänkta fäderna. Den svenska inställningen till surrogatmoderskap kringgås eftersom män med svensk hemvist lyckas i sin avsikt att bli föräldrar med hjälp av en surrogatmoder trots att detta inte är ett accepterat sätt att bli förälder på enligt svensk rätt. Vad gäller tilltänkta fäder som inte har bidragit genetiskt till barnets tillkomst kringgås även de svenska materiella reglerna om vad som utgör grund för fastställande av rättsligt faderskap. Utländska domar som fastställer dessa män som barnets rättsliga förälder har erkänts i Sverige trots att intention att bli förälder i kombination med ett surrogatavtal inte utgör en giltig grund för föräldraskap enligt svensk rätt.

Inom ramen för *The Surrogacy/Parentage Project* arbetar Haagkonferensen för internationell privaträtt med att ta fram en konvention om rättsligt föräldraskap, inklusive föräldraskap vid internationella surrogatarrangemang. Arbetet är fortfarande i ett tidigt skede men en framtida konvention skulle kunna innebära att de motiv som ligger bakom den svenska avvisande inställningen till surrogatmoderskap får större genomslag. Den mest ändamålsenliga nationella lösningen på de identifierade problemen med kringgående av lagen är att införa en ny vägransgrund i IFL som tar sikte på tilltänkta

fäder utan genetisk koppling till barnet, vilket också föreslogs i en statlig utredning från år 2016. En sådan vägransgrund skulle sannolikt vara förenlig med EKMR artikel 8 om regeln utformas så att domstolen kan göra en intresseavvägning i det enskilda fallet. Av en proposition från år 2018 framgår dock att regeringen väljer att inte gå vidare med lagförslaget i nuläget eftersom konsekvenserna anses svåra att överblicka.

Framställningen visar att de IP-rättsliga frågor som internationella surrogatarrangemang ger upphov till är ett högaktuellt ämne. De senaste åren har ämnet varit föremål för behandling av såväl den svenska lagstiftaren som av internationella aktörer. Arrangemangen har även gett upphov till olika typer av ärenden vid svenska domstolar och myndigheter samt till mål rörande rätten till privat- och familjeliv vid Europadomstolen.

Internationella surrogatarrangemang väcker även hittills obesvarade frågor. En fråga som ännu inte har prövats av svenska domstolar är vad som gäller när ingen av de tilltänkta föräldrarna har en genetisk koppling till barnet. En annan gäller de rättsliga komplikationer som uppstår om surrogatmodern ändrar sig och vill behålla barnet efter födseln. Svea hovrätts avgöranden från år 2014, där två amerikanska domar som fastställer de tilltänkta fäderna som barnens rättsliga föräldrar erkändes, ger upphov till frågor om vad som gäller i förhållande till surrogatmodern i dessa fall. Fick barnen tre rättsliga föräldrar i Sverige genom hovrättens avgöranden, i enlighet med den i svensk rätt internationellt tvingande regeln att den kvinna som föder barnet alltid blir dess rättsliga moder? Även frågor som rör kvalifikation, exempelvis gränsdragningen mellan internationella adoptioner och surrogatarrangemang, har ännu inte ställts på sin spets.

Framställningen visar att läran om fraude à la loi är en teoretisk konstruktion inom den allmänna delen av IP-rätten som kan användas för att belysa problem som rör kringgående av lagen samt att dess tillämpning kan utgöra en effektiv motreaktion för att förhindra att parterna lyckas i sin avsikt att kringgå svensk lag. Läran ger samtidigt upphov till svåra intresseavvägningar, särskilt i situationer som inte endast involverar parter som själva bär ansvar för den uppkomna situationen. Den teoretiska konstruktionen ger inte svar på vilket utfall dessa intresseavvägningar bör få. Först när läran om fraude à la loi diskuteras i en konkret rättslig kontext går det att besvara frågan om och hur försök att kringgå lagen genom missbruk av IP-reglerna bör bekämpas.

# Källförteckning

## Offentligt tryck

Prop. 1971:113 *Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om internationella rättsförhållanden rörande adoption m.m.*

Prop. 1984/85:124 *Om internationella faderskapsfrågor m.m.*

Prop. 1987/88:160 *Om befruktning utanför kroppen.*

Prop. 2001/02:89 *Behandling av ofrivillig barnlöshet.*

Prop. 2003/04:48 *Åtgärder mot barnäktenskap och tvångsäktenskap.*

Prop. 2014/15:105 *Arv i internationella situationer.*

Prop. 2017/18:121 *Modernare adoptionsregler.*

Prop. 2017/18:155 *Modernare regler om assisterad befruktning och föräldraskap.*

SOU 1985:5 *Barn genom befruktning utanför kroppen.*

SOU 1993:98 *Partnerskap: Betänkande av Partnerskapskommittén.*

SOU 2016:11 *Olika vägar till föräldraskap: Slutbetänkande av utredningen om utökade möjligheter till behandling av ofrivillig barnlöshet.*

## Litteratur

Agaeva, Melissa, *Gränsöverskridande surrogatarrangemang – i strid med grundläggande svenska värderingar? En internationellt privaträttslig studie*, Examensarbete i internationell privat- och processrätt, Juridiska institutionen Uppsala universitet, HT 2015.

Arvidsson, Anna, m.fl., "Views of Swedish Commissioning Parents Relating to the Exploitation Discourse in Using Transnational Surrogacy", *PLoS ONE* 10(5) 2015: e0126518. doi:10.1371/journal.pone.0126518.

Arvidsson, Anna, m.fl., "Gauging the Interests of Birth Mother and Child: A Qualitative Study of Swedish Social Workers' Experiences of Transnational Gestational Surrogacy", *European Journal of Social Work*, 21:1 2018 , pp. 86–99.

Baker, Hannah, "A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are There 'Lessons' to be Learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention?", *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Trimmings & Beaumont (ed.), Hart Publishing, Oxford 2013.

Bogdan, Michael, "Ordre public, internationellt tvingande rättsregler och kringgåendeläran i EG-domstolens praxis rörande internationell privaträtt", *SvJT* 2001 s. 329.

Bogdan, Michael, "Aktuella frågor: Internationellt privaträttsliga aspekter av äggdonation och surrogatmoderskap", *SvJT* 2002 s. 732.

Bogdan, Michael, "Rätt att välja bland nationella bolagsformer inom EU", *Ny Juridik* 1:04, s. 7–20.

Bogdan, Michael, "Private International Law as Component of the Law of the Forum: General Course on Private International Law", *Recueil des cours: Académie de droit international de La Haye*, 2010 vol. 348, pp. 13–252.

Bogdan, Michael, "Den nya EU-förordningen om internationell successionsrätt", *SvJT* 2012 s. 737.

Bogdan, Michael, "Svensk och EU-domstolens rättspraxis i internationell privat- och processrätt 2011-2012", *SvJT* 2013 s. 937.

Bogdan, Michael, *Svensk internationell privat- och processrätt*, 8 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2014.

Cameron, Iain, *An Introduction to the European Convention on Human Rights*, 7 uppl., Iustus, Uppsala 2014.

Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 5 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2015.

Eek, Hilding, *Internationell privaträtt: metod och material*, P.A. Norstedt och söners förlag, Stockholm 1962.

Eek, Hilding, *The Swedish Conflict of Laws* (e-bok), Martinus Nijhoff Publishers, Haag 1965.

Fawcett, James, "Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law", *Cambridge Law Journal*, 49(1), March 1990, pp. 44–62.

Fawcett, James m.fl., *Human Rights and Private International Law*, Oxford University Press, Oxford 2016.

Goldschmidt, Werner, "The Evasion of Law in Spanish Private International Law", *Revue Hellénique de Droit International*, vol. 2, 1949, pp. 115–126.

Grabenwarter, Christoph, *European Convention on Human Rights: Commentary*, Hart Publishing, Oxford 2014.

Graveson, Ronald, "Comparative Aspects of the General Principles of Private International Law", *Recueil des cours: Académie de droit international de La Haye*, 1963 vol. 109, pp. 4–164.

Grušić, Uglješa m.fl., *Cheshire, North and Fawcett: Private International Law*, Torremans & Fawcett (ed.), 15 uppl., Oxford University Press, Oxford 2017.

Hartley, Trevor, "The 'Italian Torpedo' and Choice-of-Court Agreements: Sunk at Last?", *Essays in Honour of Michael Bogdan*, Lindskoug m.fl. (ed.), Juristförlaget i Lund, Lund 2013.

Hellner, Michael, *Rom II-förordningen: tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser*, Norstedts juridik, Stockholm 2014.

Jänterä-Jareborg, Maarit, *Partsautonomi och efterlevande makes rättsställning: En internationellt-privaträttslig studie*, Iustus, Uppsala 1989.

Jänterä-Jareborg, Maarit, *Svensk domstol och utländsk rätt: En internationellt privat- och processrättslig studie*, Iustus, Uppsala 1996.

Jänterä-Jareborg, Maarit, ”Den internationella familjerätten i Europa”, *SvJT* 2014 s. 226.

Karlgren, Hjalmar, *Kortfattad lärobok i internationell privat- och processrätt*, 5 uppl., Gleerups, Lund 1974.

Kiestra, Louwrens, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, Asser Press, Haag 2014.

Kinsch, Patrick, ”Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law”, *Convergence and Divergence in Private International Law: Liber Amicorum Kurt Siehr*, Boele-Woelki m.fl. (ed.), Eleven International Publishing, Haag 2010.

Kirilova Eriksson, Maja, *Reproductive Freedom: In the Context of International Human Rights and Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Haag 2000.

Kleineman, Jan, ”Rättsdogmatisk metod”, *Juridisk metodlära*, Korling & Zamboni (ed.), Studentlitteratur, Lund 2013.

Kruger, Thalia, ”The Quest for Legal Certainty in International Civil Cases”, *Recueil des cours: Académie de droit international de La Haye*, 2015 vol. 380, pp. 285–444.

Marzal Yetano, Toni, ”The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law”, *Journal of Private International Law*, vol. 6 no. 1, 2010, pp. 155–193.

Perreau-Saussine, Louis & Sauvage, Nicolas, ”France”, *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Trimmings & Beaumont (ed.), Hart Publishing, Oxford 2013.

Petri, Carl Axel, ”Fri- och rättighetskommitténs förslag”, *Europakonventionens införlivande med svensk rätt*, Sterzel (ed.), Iustus, Uppsala 1993.

Pålsson, Lennart, *Marriage in Comparative Conflict of Laws: Substantive Conditions*, Martinus Nijhoff Publishers, Haag 1981.

Pålsson, Lennart, *Svensk rättspraxis i internationell processrätt*, Norstedts juridik, Stockholm 1989.

Pålsson, Lennart, *Bryssel I-förordningen jämte Bryssel- och Luganokonventionerna: domstols behörighet samt erkännande och verkställighet av domar i privaträttsliga ämnen inom EU/EFTA-området*, Norstedts juridik, Stockholm 2008.

Ragno, Francesca, *Rom I Regulation: Pocket Commentary*, Ferrari (ed.), Sellier European Law Publishers, München 2015.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: Ämne, material, metod och argumentation*, 3 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2015.

Siehr, Kurt, ”*Fraude à la loi* and European Private International Law”, *Essays in Honour of Michael Bogdan*, Lindskoug m.fl. (ed.), Juristförlaget i Lund, Lund 2013.

Siehr, Kurt, ”Evasion of Laws (*fraus legis*)”, *Encyclopedia of Private International Law*, Basedow m.fl. (ed.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2018.

Stoll, Jane, *Surrogacy Arrangements and Legal Parenthood: Swedish Law in a Comparative Context*, Uppsala 2013 (diss.).

Struycken, Antoon, ”Surrogacy, A New Way to Become a Mother? A New PIL Issue”, *Convergence and Divergence in Private International Law: Liber Amicorum Kurt Siehr*, Boele-Woelki m.fl. (ed.), Eleven International Publishing, Haag 2010.

Tetley, Willian, *International Conflict of Laws: Common, Civil and Maritime*, International Shipping Publications, Montreal 1994.



Trimmings, Katarina & Beaumont, Paul, "General Report on Surrogacy", *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Trimmings & Beaumont (ed.), Hart Publishing, Oxford 2013.

Trimmings, Katarina & Beaumont, Paul, "Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Area of Cross-Border Surrogacy: Is There Still a Need for Global Regulation of Surrogacy?", *Working Paper no. 2016/04*, University of Aberdeen, 2016.

Trimmings, Katarina & Beaumont, Paul, "The European Court of Human Rights in *Paradiso and Campanelli v. Italy* and the Way Forward for Regulating Cross-Border Surrogacy", *Working Paper No. 2017/3*, University of Aberdeen, 2017.

van Hoof, Wannes m.fl., "Cross-border Reproductive Care for Law Evasion: Should Physicians Be Allowed to Help Infertility Patients Evade the Law of Their Own Country?", *European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology* 202 (2016), pp. 101–105.

van Loon, Hans, "The Hague Conference – its Origins, Organization and Achievements", *SvJT* 1993 s. 293.

van Loon, Hans, "The Global Horizon of Private International Law", *Recueil des cours: Académie de droit international de La Haye*, 2015 vol. 380, pp. 13–108.

Verplaetse, Julian, "Reappraisal of the Concept of Evasion of Law in Private International Law", *Revue Hellénique de Droit International*, vol. 11, 1958, pp. 264–285.

Wagner, Rolf, "Do We Need a Rome 0 Regulation?", *Netherlands International Private Law* 2014, vol. 61 issue 2, pp. 225–242.

### **Nationella rapporter**

Statens medicinsk-etiska råd, Smer rapport 2013:1 *Assisterad befruktning – etiska aspekter*.

## **Internationella rapporter**

Europaparlamentets utskott för rättsliga frågor, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, 2013.

Haagkonferensen för internationell privaträtt, *Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, 2011.

Haagkonferensen för internationell privaträtt, *A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, 2014.

Haagkonferensen för internationell privaträtt, *The Desirability and Feasibility of Further Work on the Parentage/Surrogacy Project*, 2014.

Haagkonferensen för internationell privaträtt, *The Parentage/Surrogacy Project: An Updating Note*, 2015.

Haagkonferensen för internationell privaträtt, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (Meeting of 6–9 February 2018)*, 2018.

## **Svenska avgöranden**

NJA 1962 s. 354.

NJA 1966 s. 450.

NJA 1974 s. 390.

NJA 2006 s. 505.

NJA 2011 s. 499.

Högsta domstolen T 952-18.

RÅ 2002 not 195.

RÅ 2008 ref. 83.

RH 2016:31.

Svea hovrätt Ö 6952-14.

Svea hovrätt Ö 9822-14.

Svea hovrätt T 5424-17.

Kammarrätten i Stockholm 9884-14.

### **EU-domstolen**

Dom av den 9 mars 1999, *Centros mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, C-212/97, EU:C:1999:126.

Dom av den 5 november 2002, *Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, C-208/00, EU:C:2002:632.

Dom av den 6 april 2006, *Agip Petroli SpA mot Capitaneria di porto di Siracusa m.fl.*, C-456/04, EU:C:2006:241.

Dom av den 2 april 2009, *A.*, C-523/07, EU:C:2009:225.

Dom av den 16 oktober 2012, *Ungern mot Slovakiska republiken*, C-364/10, EU:C:2012:630.

Dom av den 22 december 2010, *Mercredi mot Chaffe*, C-497/10, EU:C:2010:829.

Dom av den 13 mars 2014, *SICES m.fl. mot Agenzia Dogane Ufficio delle Dogane di Venezia*, C-155/13, EU:C:2014:145.

Dom av den 28 juli 2016, *Kratzer mot R+V Allgemeine Versicherung AG.*, C-423/15, EU:C:2016:604.

Dom av den 8 juni 2017, *Vinyls Italia SpA (i konkurs) mot Mediterranea di Navigazione SpA*, C-54/16, EU:C:2017:433.

Dom av den 8 juni 2017, *O.L. mot P.Q.*, C-111/17 PPU, EU:C:2017:436.

### **Europadomstolen**

*Wagner och J.M.W.L. mot Luxemburg*, mål nr 76240/01, avgjort 28 juni 2007.

*Menesson mot Frankrike*, mål nr 65192/11, avgjort 26 juni 2014.

*Labasse mot Frankrike*, mål nr 65941/11, avgjort 26 juni 2014.

*Foulon och Bouvet mot Frankrike*, mål nr 9063/14 och 10410/14, avgjort 21 juli 2016.

*Paradiso och Campanelli mot Italien*, mål nr 25358/12, avgjort 27 januari 2015, slutgiltigt avgjort av stora kammaren 24 januari 2017.

### **Internetkällor**

EU-domstolens hemsida, ”Om domstolen”, [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7024/sv/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/sv/) (2018-05-22).

Europadomstolens hemsida, ”Other Languages”, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=languagedocs> (2018-05-22).

Europarådets hemsida, ”The European Convention on Human Rights”, <https://www.coe.int/web/human-rights-convention/> (2018-05-22).

Haagkonferensens hemsida, ”About HCCH”, <https://www.hcch.net/en/about> (2018-05-22).

Haagkonferensens hemsida, ”HCCH Members”, <https://www.hcch.net/en/states/hcch-members> (2018-05-22).

### **Övrigt**

Förslag till avgörande av generaladvokat Szpunar i mål C-54/16 *Vinyls Italia*, celexnummer 62016CC0054.

JO:s ämbetsberättelse 2013-14, 2013/14:JO1, s. 440–444, Dnr 5744-2012.

SKV Dnr 182694-16/111, *Skatteverkets bedömning av frågor som uppkommer i samband med att ett barn som fötts av en surrogatmoder utomlands flyttar till Sverige*.