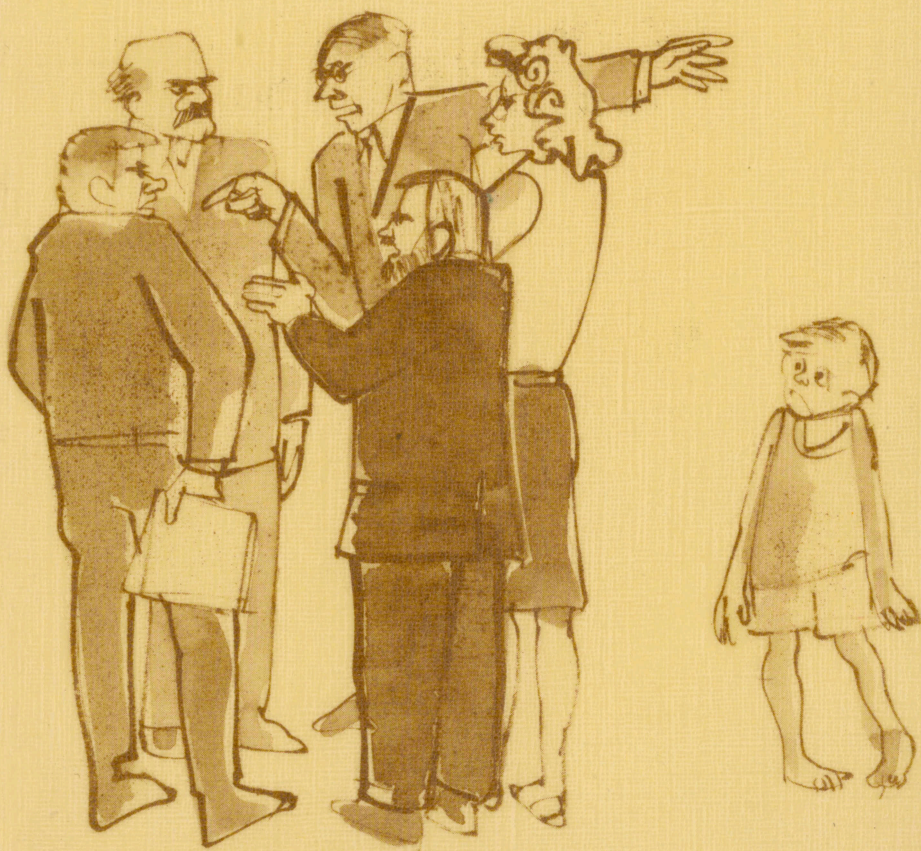


ULLA JACOBSSON

ETT BARNS RÄTTIGHETER

Askild & Kärnekull



E-boken är publicerad av Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2025

eISBN: 9789198891904

ISBN: 9170089469 (originalutgåva i tryck)

DOI: <https://doi.org/10.37852/oblu.295>



Denna text är licensierad under CC BY-NC 4.0, Erkännande.

(Se fullständiga villkor: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>).

Enligt licensen får verket spridas och bearbetas utan att tillstånd behövs, men ej användas i kommersiella syften. Verkets upphovsperson måste anges.

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

ULLA JACOBSSON

Ett barns rättigheter

Askild & Kärnekull

© 1978 Ulla Jacobsson, Askild & Kärnekull Förlag AB. *Omslagsteckning*
Jordi Arkö. *Papper, inlaga* 80 g bulkigt Plainprint. *Typsnitt* Times 11/13.
Tryck och bindning Gotab AB, 1978. A&K 946

ISBN 91 7008 946 9

Till Johanna

Förkortningar

BvL	Barnavårdslagen
FB	Föräldrabalken
FN	Förenta Nationerna
GB	Giftermålsbalken
HD	Högsta Domstolen
JO	Justitieombudsmannen
JU	Justitiedepartementet
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
NOU	Norges Offentlige Utredninger
Prop	Proposition
RB	Rättegångsbalken
RF	Regeringsformen
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TSA	Tidskrift for Retsvittenskap

Innehåll

Förkortningar 4

Företal 7

Inledning 8

Sammanfattning 11

1 Internationella åtaganden 14

1959 års FN-proklamation om barnets rättighet 14

Proklamationen och svensk lag 17

Föräldrarätt enligt internationella konventioner 19

Föräldrarätten och 1959 års proklamation om barnets rättigheter 21 *Föräldrarätten och svensk lag* 22 *Föräldrarättens oförenlighet med barnets rättigheter* 23 *Ideologiska synpunkter* 23 *Gällande rätt* 25 *Mina förslag* 26

2 Barnets fri- och rättigheter mot det allmänna 27

Genomgång av barnets fri- och rättigheter 28

Diskrimineringsförbud 28 *Opinionsfrihet* 29 *Integritetsskydd* 30 *Särskilda rättssäkerhetsgarantier* 31 *Övriga fri- och rättigheter* 31

Mot vem gäller grundlagsskyddet 32

Barnets rätt att självt göra gällande sina fri- och rättigheter 32

Lagbestämmelse om representation 33 *JO-praxis om representation* 34 *Mötesfrihet* 34 *Rätt till information* 34 *Personlig integritet* 35 *JO-praxis vägledande* 37 *Är det viktigt att barnet självt får företräda?* 37

3 Barnets fri- och rättigheter mot föräldrarna 40

Barnets rättighetskatalog 42

Opinionsfrihet 42 *Yttrandefrihet och rätt till information* 43 *Religionsfrihet* 44 *Skydd mot integritetskränkningar* 47

Grundlag eller FB 49

4 Innebörden av vårdnaden 51

Formella frågor angående lagstiftning för attitydpåverkan 52

Placering av stadgande 52 *Till vem skall ett stadgande riktas?* 54 *Språklig utformning* 58

Punkterna i förslaget 59

Barnet har rätt till kärlek, förståelse och stimulans från sina föräldrar 59 *Barnet har rätt att få råd och stöd vid viktiga val, såsom angående utbildning och yrke* 63 *Barnet har rätt till bostad, uppehälle och medel till sina särskilda behov* 64 *Tillsyn och vägledning* 65 *Från föräldraauktoritet till samråd* 68 *Successiv ökning av barnets självbestämmanderätt* 69

Valet av vårdnadshavare – inledning till kap 5, 6 och 7	71
Historisk översikt	71
Åktenskapsregler 1974 – vårdnadsregler 1977	72
Olika typer av vårdnadsmål	74
Mål eller ärenden, i vilka båda föräldrarna är parter	75
Mål eller ärenden, i vilka endast den ena föräldern behöver vara part	75
5 Barnets rätt till skilsmässa från sina föräldrar	78
6 Barnets talerätt	83
Förmyndarskapsärenden	84
Den sociala barnarätten	87
De olika typerna av vårdnadsmål	90
Grupp B Mål eller ärenden, i vilka endast den ena föräldern behöver vara part	90
Grupp A Mål eller ärenden, i vilka båda föräldrarna är parter	100
Sammanställning av resultaten	102
7 Beslutsfattandet vid domstol	104
Presumtioner	106
Föräldrar-vet-bäst-presumtionen eller avtalspresumtionen	107
Föräldrar-är-bäst-presumtionen	110
Moderspresumtionen och status-quo-presumtionen	116
Moderspresumtionen	116
Status-quo-presumtionen	119
Bevisföringen och bevisvärderingen	123
Vårdnadsutredning	123
Bevisvärderingen	127
Prognosställandet	133
Vägningen av prognoser	134
Barnets bästa	136
8 Umgängesrätten	139
Gällande rätt	140
Umgängesfrågan – vårdnadsfrågan	143
Förutsättningar	143
Överflyttning	146
Domstolens prövning av umgängesfrågan	147
Synpunkter de lege ferenda	149
9 Barnavårdsman eller juridiskt ombud	151
Förslag	151
Gällande rätt	151
Behov av nyordning	153
Utom rätta	154
Inför rätta	155
Om barnet får talerätt	156
Barnets processbehörighet och representation	156

Företal

Då styrelsen för Nordiska Juristmöten bestämde att *Barns rättssäkerhet* skulle bli debattämne för plenarmötet vid det 28:e Nordiska Juristmötet i Köpenhamn i augusti 1978, var ännu inte barnets rättsliga ställning i fokus. Någon månad senare tillsatte justitieministern en kommitté med uppdrag att utreda frågan om förstärkning av barns rättsliga ställning. Kommittén arbetar under beteckningen *Barnets rätt* och förväntas lägga fram ett förslag under 1979.

Då jag fick uppdraget att utarbeta ett diskussionsunderlag för juristmötet i Köpenhamn, tänkte jag mig att det skulle kräva en arbetsinsats av fjorton dagar. Det tog mig två och en halv månad och hann göra mig fascinerad av samspelet mellan vårdnadsreglerna och processrätten. Frågor om vårdnaden om barn brukar betraktas som icke hemmahörande i den "rena juridiken". En domare vid tingsrätten i Stockholm uttryckte detta i en intervju gjord för ett examensarbete vid universitetet: "... inte så oerhört mycket juridik i vårdnads- och umgängesrätt, utan det är lika mycket människovård." En analys av de processrättsliga reglernas betydelse i vårdnads- och umgänges mål visar emellertid att de har en utomordentligt stark begränsande och styrande effekt från *barnets synpunkt*. En gång inprogrammerade i beslutsprocessen lever vissa familjerättsliga idéer automatiskt vidare.

Denna bok gör inte anspråk på att vara uttömmande. Avsikten med den är att visa hur annorlunda vårdnadsreglerna måste bli om de konsekvent utformas i första hand för barnet. Jag har velat spänna över hela 6 kap FB. Vissa avsnitt har därför med nödvändighet blivit rapsodiska och urvalet av refererade rättsfall kan ha lämnat något intressant fall utanför. Stilistiskt använder jag på många ställen föräldrar även om andra vårdnadshavare kan inbegripas. Jag inleder kap 2–9 med gällande rätt och mina egna förslag till lag eller praxis.

Mölle i augusti 1978

Ulla Jacobsson

Inledning

Det gick en film på de svenska biograferna härom året, vars budskap gick förvånansvärt obemärkt förbi. Filmen hette "Ministern". Pappan var minister och spelades av Jarl Kulle. Mamman var framgångsrik barnläkare och spelades av Margareta Krook. Mats Peter var fem år och deras enda barn.

Mats Peter var en liten underfundig figur, som levde ett lyckligt liv med barnflickan Nenna. Då Nenna en dag drunknade inför pojkens ögon, rasade hans värld samman. Föräldrarna delade inte hans sorg. Den totala avsaknaden av känslomässig förståelse fick honom att söka sig till brevbäraren och hans rullstolsbundna hustru. Så fattade Mats Peter en dag beslutet att söka skilsmässa från sina föräldrar. Med spargrisen under armen uppsökte han familjens goda vän advokaten med sin ovanliga begäran. Advokaten tog emot honom, lyssnade och hade sedan ett samtal med föräldrarna. Fadern slog ifrån sig det hela som småbarnsnonsens. Mamman insåg det allvarliga men kunde inte komma på vad hon skulle göra åt det.

Filmen illustrerar några av huvudlinjerna i denna bok. Mats Peter är en liten självständig person och hans agerande uttrycker krav på respekt för honom själv som individ. Hans vantrivsel i hemmet bottnar inte i någon skilsmässokonflikt mellan föräldrarna. Hans egna upplevelser har skapat hans personliga svårigheter i samlevnaden med mamman och pappan. – Pappan och mamman reagerar som föräldrar gör mest. Deras framgångsrika position i samhället kan man se bort ifrån. Då vännen-advokaten uppträder inför dem som barnets ombud reagerar de med sårad föräldrastolthet och värnande av prestigen som god förälder.

Vi har i dag omkring 2 miljoner barn under 18 år. Vi har hög ungdomskriminalitet och hög ungdomsalkoholism. Självmondsstatistiken visar stigande siffror. Narkotikamissbruket har sedan länge varit ett allvarligt problem. Under många år har statsmakterna sökt få bukt med ungdomspro-

blemen. Därvid har man lagt stor vikt vid det allmännas ansvar och skyldigheter. Ett stort antal utredningar har gjorts om barnomsorg, om barnens miljö, om skolans inre arbete etc, av vilka några lett till lagstiftning.

Självva kärnan i barnets förhållande till omvärlden är emellertid dess förhållande till föräldrarna. Denna innersta sektor av samhället som ett hem utgör har emellertid ansetts vara tabu för icke inbjudna. Vad som händer inom hemmets väggar har försetts med ett integritetsskydd, som endast fått vika om uppenbara missförhållanden kommit i dagen.

Denna fast grundade respekt för familjelivets helgd framstår som orsak till att man inte ens ifrågasatt rimligheten i den ensidiga inriktningen på föräldrarnas intressen som präglar vårdnadsreglerna. Man har satt likhetstecken mellan familjens rätt till integritetsskydd och föräldrarnas. Barnets rätt till integritetsskydd respekteras inte, fast även barnet utgör en del av familjen.

Som exempel på bristen på respekt för barnets integritet kan anföras de nu gällande reglerna om barnavårdsman. En vårdnadshavare har rätt att på begäran få en barnavårdsman till hjälp vid utövandet av vårdnaden. Om föräldrar hos barnavårdsnämnden (sociala centralnämnden) begär barnavårdsman, är det självklart att de redogör för barnets beteende för att förklara sitt behov av hjälp. I en sådan redogörelse utlämnar föräldrarna barnet till för barnet främmande människor. Synpunkten att detta skulle strida mot en barnets rätt till integritetsskydd har, så vitt jag vet, inte förts fram i debatten om barnavårdsman. – Jag föreslår i sista kapitlet av denna bok att barnet skall kunna få en egen barnavårdsman om det har störda relationer med föräldrarna. Om man ogillar förslaget om barnets barnavårdsman därför att denne kunde få veta för mycket om föräldrarna och därigenom bryta deras rätt till integritet, vill man därmed ge föräldrarna ett skydd som förvägrats barnet. Min uppfattning är att det finns viktigare hänsyn att ta än att skydda integriteten vare sig det gäller barnets eller föräldrarnas.

Det finns andra faktorer än föräldraintegriteten som bidrar till oviljan mot insyn i familjelivet. En av människors

starkaste ambitioner är att vara en god förälder. Som förälder har man en prestige utåt att bevara. Föräldraprestigen upplevs av många komma i fara om man öppnar dörren för insyn.

Värnandet om föräldraintegriteten och föräldraprestigen kan förklaras som följer av en kulturell och religiös grundsyn på förhållandet mellan barn och föräldrar. Den grundsynen stammar emellertid från andra tidsåldrar med andra levnadsförhållanden. I grundsynen ingår uppfattningen av fadern som uppfostrare och auktoritär normgivare. Det är en bild som inte stämmer med dagens samhälle. Samhället och skolan begränsar starkt tiden för samvaro mellan föräldrar och barn. Föräldrarnas egen stressade tillvaro och rörligheten i samlevnaden dem emellan verkar i samma riktning. Under detta yttre tryck är det inte rimligt att ställa samma krav på föräldrar i dagens samhälle som tidigare. Det borde inte uppfattas som en personlig prestige-förlust om en förälder får svårigheter med vårdnaden av ett barn. Med rimliga krav på sig själv kan man bli mera villig att öppna dörren för hjälp utifrån.

Det är min personliga uppfattning att ett mycket stort antal 13–18-åringar har allvarliga relationsstörningar till någon av sina föräldrar men att dessa svårigheter döljs bakom familjefasaden. Följderna härav kan bli katastrofala för den enskilde och vara en starkt bidragande orsak till ungdomsproblematiken. Vill man ta itu med ungdomsproblemen på allvar räcker det inte med att granska samhällets åtaganden och inte heller med att stärka barnets ställning i vårdnadskonflikter, som har sin grund i föräldrarnas problem. Man måste gå in och diskutera förhållandet barn–föräldrar i allmänhet.

Grundtanken bakom denna bok är att ge barnet rättigheter inom familjen och att ge det möjlighet att hävda dessa med hjälp från utomstående om så skulle behövas. En demokratisk ordning, som ställer rimliga krav på föräldrarna grundar inte en motsatsställning utan ett samarbete.

Sammanfattning

Från födelsen till fyllda arton år är barnet omyndigt. Det lever i en värld där andra bestämmer, föräldrar eller andra vårdnadshavare samt representanter för samhället. Denna bok handlar om de rättigheter, som bör tillkomma barnet visavi dess makthavare.

I förhållandet till samhället har barnet tillförsäkrats fri- och rättigheter *dels* genom internationella överenskommelser, som Sverige undertecknat, *dels* genom att barnet åtnjuter samma skydd för fri- och rättigheter enligt svensk grundlag som de vuxna. Vid behandlingen i första respektive andra kapitlet av dessa rättigheter lägger jag tyngdpunkten på barnets möjlighet att självt företräda sina rättigheter och hur förhållandet barn-föräldrar påverkas därav.

I följande kapitel behandlar jag vårdnadsreglerna i 6 kap FB. I tredje kapitlet tar jag upp barnets behov av en rättighetskatalog visavi sina föräldrar. Barnet bör ha integritetsskydd både fysiskt och psykiskt inom hemmet i förhållandet till de närmaste makthavarna. Utanför det område, som bör vara barnets eget, bör viktiga beslut som gäller barnets person fattas i samråd mellan barnet och föräldrarna. Rättigheter och skyldigheter och spelregler för den minidemokrati som familjen bör utgöra behandlar jag i fjärde kapitlet.

Nu gällande regler om val av vårdnadshavare bygger på föräldrarnas situation och föräldrarnas svårigheter. Problem i förhållandet mellan barnet och dess föräldrar uppstår inte sällan utan att föräldrarna samtidigt är i konflikt med varandra inbördes. I femte kapitlet föreslår jag att en ny materiell regel införs som ger barnet möjlighet att söka skilsmässa från sina föräldrar utan att vårdnadsfrågan aktualiserats på grund av föräldrarnas separation eller efter föräldrarnas begäran.

Även inför rätta bör barnets demokratiska rättigheter gälla. Talerätten är härvid grundläggande och jag diskuterar i

sjätte kapitlet vilka partshandlingar som bör tillerkännas barnet i olika typer av vårdnadsmål. Domstolarnas bevisvärdering i vårdnadsmål är ämnet för sjunde kapitlet. Domstolarna behandlar ofta barnet schablonmässigt vid beslutsfattandet. Man använder sig av presumtioner med inslag av fördomar om kön och ålder. Jag vill i sjunde kapitlet fästa uppmärksamheten på nödvändigheten av att analysera presumtionernas roll vid bevisvärdering i vårdnadsmål.

Att umgås med båda sina föräldrar, även om dessa inte lever tillsammans, hör till barnets rättigheter. Frågan är hur man skall genomföra en umgängesrätt om föräldrarna är oeniga. Tvångsvis överföring av barnet är i strid med barnets rätt till integritetsskydd. Dessutom kan sådan ske högst en eller två gånger och är inte någon långsiktig lösning. Jag föreslår vissa ändringar för att göra föräldrarna samarbetsvilliga. Umgängesrätten behandlas i åttonde kapitlet.

Till barnets demokratiska rättigheter hör också att kunna få råd och stöd vid meningsskiljaktigheter med föräldrar eller annan vårdnadshavare såväl utom som inför rätta. Barnet bör kunna få en egen barnavårdsman. Under förutsättning att barnet får talerätt i vårdnads- och umgänges mål måste man ta ställning till vem som skall föra barnets talan, om föräldern skall ersättas med barnavårdsman eller barnet direkt representeras av eget ombud. Barnets processbehörighet och representation diskuteras i nionde och sista kapitlet.

Reglerna om vilka rättigheter som bör tillkomma barnet visavi dess makthavare, vare sig de är inskrivna i internationella överenskommelser, svensk grundlag eller FB, är avsedda att vara riktlinjer för föräldrar i allmänhet. De tänkes påverka *attityderna till barnet* och precisera vårdnadsansvaret. Påverkan på attityderna tänkes ske genom psykologiska mekanismer huvudsakligen tack vare tyngden i lagfästa riktlinjer.

Annorlunda förhåller det sig med valet av vårdnadshavare. I 95 procent av samtliga vårdnadsfrågor träffar föräldrarna avtal som rätten stadfäster. Domstolen har i dessa fall uppfattat sin uppgift som en typ av rättsvård. I de återstå-

ende 5 procenten har domstolen att ta ställning till en konflikt. Mina förslag kan innebära dels att barnets talerätt gör flera vårdnadsfrågor tvistiga, dels att en ny typ av vårdnadsmål skulle komma under domstols behandling. Avsikten härmed är inte att öka antalet konflikter mellan barn och föräldrar. Förslagen angår de fall som är så konfliktladdade att de inte går att lösa en mjukare väg. Lika väl som regler om skilsmässa behövs för lösning av konfliktsituationer mellan äkta makar kan *regler om lösning av vårdnadskonflikter behövas för barnet*.

Lagtekniskt innebär mina förslag att man i 6 kap FB i stället för två adressater, föräldrarna och domstolen, skulle få tre, barnet, föräldrarna och domstolen.

1 Internationella åtaganden

1959 års FN-proklamation om barnets rättigheter¹

Grundsats 1

Barnet skall åtnjuta alla de rättigheter som fastställts i denna förklaring. Varje barn utan något som helst undantag skall tillförsäkras dessa rättigheter, utan särskillnad på grund av ras, hudfärg, kön, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationellt eller socialt ursprung, egendomsförhållande, börd eller ställning i övrigt, evad det gäller barnet självt eller dess familj.

Grundsats 2

Barnet skall åtnjuta särskilt skydd och skall genom lagstiftning eller med andra medel beredas möjligheter att fysiskt, psykiskt, moraliskt, andligen eller socialt utvecklas på ett sunt och normalt sätt och under fria och värdiga betingelser.

Vid lagstiftning i detta syfte skall barnets bästa vara av helt avgörande betydelse.

Grundsats 3

Barnet skall allt ifrån födelsen ha rätt till ett namn och en nationalitet.

Grundsats 4

Barnet skall åtnjuta social trygghet. Det skall ha rätt att växa upp och utvecklas under hälsosamma förhållanden. Fördens skull skall både barnet och dess moder beredas särskilt skydd och särskild omvårdnad, vari innefattas ändamålsenlig vård före och efter födelsen. Barnet skall ha rätt till tillfredsställande kost, vila och fritidssysselsättning samt sjukvård.

Grundsats 5

Det barn som är fysiskt, mentalt eller socialt missgynnat skall beredas den särskilda behandling, fostran och vård som dess speciella tillstånd påkallar.

Grundsats 6

För personlighetens allsidiga och harmoniska utveckling behöver barnet kärlek och förståelse. Det skall om möjligt växa upp under föräldrarnas vård och ansvar och under alla förhållanden i en anda av tillgivenhet och i en miljö präglad av moralisk och social trygghet. Ett barn skall under sina

första år icke annat än i absoluta undantagsfall skiljas från sin moder. Samhället och dess organ skall åläggas plikten att sörja för särskild omvårdnad om barn utan familj och sådana som saknar tillfredsställande existensmöjligheter. Statsbidrag eller annan hjälp till underhåll av barnen i stora familjer bör eftersträvas.

Grundsats 7

Barnet skall ha rätt till undervisning, vilken åtminstone på elementärstadiet skall vara kostnadsfri och obligatorisk. Barnet skall åtnjuta en undervisning som främjar dess allmänbildning och sätter det i stånd att under likvärdiga yttre betingelser utveckla sina färdigheter, sitt personliga omdöme och sin känsla för moraliskt och socialt ansvar och att bli en nyttig samhällsmedlem.

Barnets bästa skall vara rättesnöret för dem som har ansvaret för dess fostran och undervisning; detta ansvar vilar främst på föräldrarna.

Barnet skall åtnjuta fullgoda möjligheter till lek och rekreation, som inriktas på att tjäna uppfostrans allmänna syften. Samhället och dess organ skall sträva efter att förverkliga denna rättighet.

Grundsats 8

Barnet skall under alla förhållanden vara bland dem som först erhåller skydd och undsättning.

Grundsats 9

Barnet skall skyddas mot alla former av vanvård, grymhet och utnyttjande. Det må icke göras till föremål för handel i någon form.

Barnet må icke tillåtas utöva förvärvsarbete före en lämplig minimiålder. Det må under inga omständigheter förmås eller tillåtas utföra sådan verksamhet eller inneha sådan anställning, som kan vara till men för dess hälsa, fostran och utbildning eller äventyra dess fysiska, andliga och moraliska utveckling.

Grundsats 10

Barnet skall skyddas mot all sådan påverkan som är ägnad att skapa fördomar i fråga om ras, religion och dylikt. Det skall fostras i en anda av förståelse, tolerans, vänskap mellan folken, fred och världsomfattande broderskap och till full insikt om att dess arbetsförmåga och begåvning bör ställas i medmänniskornas tjänst.

Genom proklamationen uppfordrade generalförsamlingen föräldrar, män och kvinnor såsom individer, frivilliga sammanslutningar, lokala myndigheter och de olika nationernas regeringar att erkänna dessa rättigheter och eftersträva deras tillämpning genom legislativa och andra åtgärder.

Proklamationen är en motsvarighet till en tidigare proklamation som antogs av Nationernas Förbund i Genève 1924. Den är dessutom en uppföljning av FN-deklarationen om de mänskliga rättigheterna antagen 1948. Under den långa debatt som ägde rum vid utskottsbehandlingen i FN 1959 var alla talare eniga om och många entusiastiska över proklamationens syfte att inspirera alla, främst lagstiftarna i olika länder att bidra till bättre förhållanden för världens barn. I övrigt var meningarna starkt delade om vad proklamationen borde innehålla och hur den borde utformas.

En grundläggande meningsskiljaktighet rörde utformningen av proklamationen. Majoriteten ville ha en deklaration begränsad till allmänt formulerade principer, som utan svårighet kunde accepteras av alla eller av flertalet länder. Minoriteten däremot, bestående av öststaterna, ville ge principerna en mer konkret och detaljerad utformning. Innehållsmässigt gällde den grundläggande skillnaden i åsikter mot vem proklamationens olika grundsatser borde riktas. Öststaterna ville lägga tonvikten på statens ansvar för barnens utveckling och välfärd, medan andra delegater yrkade på att proklamationen skulle stryka under föräldrarnas primära ansvar.

Resultatet blev en proklamation hållen i allmänna och rätt vaga ordalag som riktar sitt budskap både till statsmakterna och till föräldrar. Föräldrarna är direkt angivna adressater i grundsatserna 6 och 7 och underförstådda adressater i grundsatserna 9 och 10. Samtliga grundsatser riktar sig till statsmakterna helt eller delvis.

Det skall observeras att det gäller en *proklamation* (deklaration) om barnets rättigheter. En sådan anses ha s k lägre internationell status än en konvention. Medan en konvention formellt föreläggs riksdagen för ratificering sker inte något motsvarande godkännande av riksdagen av en proklamation. Men skall en proklamation över huvud taget vara meningsfull bör den givetvis på något sätt införlivas med den inhemska lagstiftningen. Det naturliga tillvägagångssättet är att ta hänsyn till de olika grundsatserna i de sammanhang och i de lagar där de aktualiseras.²

Beroende på hur angelägen man anser en fråga vara som behandlats i en internationell proklamation, kan man välja olika tillvägagångssätt.

Ett sätt är att omedelbart efter det att en proklamation antagits av FN sätta i gång en översyn av inhemsk lagstiftning, för att kunna påbörja ett reformarbete. Ett annat sätt är att välja en mer långsiktig planering, vilken skulle gå ut på att vid varje utarbetning eller omarbetning av lag, som berör de frågor som behandlas i proklamationen, följa upp proklamationens riktlinjer.

Proklamationen och svensk lag

Hur har Sverige gått till väga?

Grundsatserna angår i huvudsak tre stora lagstiftningsområden: såvitt gäller skydd för fri- och rättigheterna i första hand grundlag, dvs regeringsformen, RF; såvitt gäller förhållandet mellan barn och föräldrar familjerätten, dvs föräldrabalken, FB, främst 6 kap om vårdnaden; såvitt gäller det allmännas omsorg om barnet den sociala barnarätten, dvs än så länge barnavårdslagen, BvL. Dessutom kan ett stort antal lagar beröras t ex inom arbetsrätten, straffrätten, processrätten, förvaltningsrätten.

Sedan 1959 har stora reformer genomförts inom dessa lagstiftningsområden. Genom lag 1976 har vi fått ett nytt kapitel om fri- och rättigheter i 2 kap RF. Likaledes genom lag 1976 är 6 kap FB genomgripande omarbetat. Samhällets barnomsorg har varit föremål för flera olika utredningsarbeten, främst att nämna socialutredningen som presenterat sitt slutbetänkande 1977.

Inte i några förarbeten till de nämnda lagarna har jag kunnat finna att FN:s proklamation om barnets rättigheter ens blivit omnämnd. Mest anmärkningsvärt är detta beträffande förarbetena till fri- och rättigheterna. 1973 års fri- och rättighetsutredning har direkt uttalat att det skydd som utredningen föreslår skall gälla alla medborgare oavsett ålder.³ Vidare har utredningen haft i uppdrag att föreslå vilken metod man skulle använda för att införliva interna-

tionella konventioner inom området med svensk grundlag.⁴ Därför har utredningen beträffande varje fri- och rättighet redovisat de konventioner Sverige varit bundet av på Europaplanet. I en särskild bilaga har utredningen redovisat internationella konventioner som gäller skydd för familjen, föräldrarätt.⁵ I denna redovisning ingår förutom Europakonventionen även Unescokonventionen och 1966 års FN-konventioner. Men proklamationen från 1959 om barnets rättigheter saknas.

Kritik mot detta förbiseende kommer väl från ansvarigt håll att bemötas med påståendet att det hela gäller en ordningsfråga. Man kan hävda att 1959 års proklamation inte går längre i krav på skydd för barnet än det skydd som redan 1959 fanns i svensk lagstiftning.

Jag kan medge att den sociala barnarätten legat väl framme i lagstiftningen i förhållande till innehållet i proklamationen. Men beträffande de två andra huvudområdena har man ännu inte svarat mot de krav som ställs i proklamationen.

Det skydd barnet i dag har enligt 2 kap RF är detsamma som samtliga övriga svenska medborgare har. Det har inte redovisats någon diskussion om att anpassa någon av fri- och rättigheterna till barnets förhållanden. Vid en jämförelse med de tio grundsatserna i 1959 års FN-proklamation visar det sig att denna allmänt ger ett mer begränsat skydd, men att den på enstaka punkter går utöver skyddet i 2 kap RF. Den allmänna begränsningen beror därpå att FN-proklamationen endast angår åtgärder eller underlåtenheter från statsmaktens och föräldrarnas sida visavi barnet. Den behandlar däremot inte barnets fri- och rättigheter att självt handla.

På enstaka punkter är skyddet annorlunda utformat för barnet i FN-proklamationen än det svenska grundlagsskyddet. Det gäller skydd mot diskriminering, skydd mot åsiktstvång och skydd för kroppslig integritet. Det sätt på vilket FN-proklamationen är utformad i dessa avseenden är en tankeställare. Ett studium härav leder fram till frågan hur väl eller hur illa skyddet för fri- och rättigheter i 2 kap RF

passar för barnet. Denna fråga borde ha tagits upp av fri- och rättighetsutredningen för besvarande i samband med den allmänna översynen av fri- och rättigheterna.

Även beträffande det tredje huvudområdet, familjerätten, kan man rikta kritik för brist på medveten uppföljning av de tio grundsatserna. Två huvudpunkter i proklamationens målsättning är: en absolut prioritet åt barnets bästa och ett uttryckligt föreläggande för vårdnadshavare att beakta barnets behov av kärlek och förståelse. Dessa punkter har inte beaktats vid omarbetningen av 6 kap FB. Nu finns det emellertid en utredning om barnets rätt, som har i uppgift att se över möjligheterna att förstärka barnets rättsskydd. Någon hänvisning till FN-proklamationen har emellertid inte skett i utredningens direktiv.⁶

Föräldrarätt enligt internationella konventioner

Sverige är anslutet till vissa konventioner, som innehåller bestämmelser om föräldrarätt.⁷

Sverige ratificerade 1953 Europakonventionen, 1967 Unescokonventionen mot diskriminering inom undervisningen och 1971 de båda FN-konventionerna om fri- och rättigheter.

Föräldrarätten angår föräldrarnas rätt att *visavi statsmakten* bestämma över sitt barn i vissa avseenden. För svensk rätts del är föräldrarätten intressant i tre avseenden: rätten till vårdnaden om barnet; rätten att själv ordna skolundervisning för barnet; rätten att få barnet befriat från skolans undervisning i religionskunskap.

Europakonventionen ger i artikel 8 envar rätt till skydd för bl a *familjelivet*.⁸ Offentlig myndighet får inte minska eller omintetgöra familjelivet annat än på grund av särskilda omständigheter, ex för att förebygga oordning och brottslighet, för att skydda hälsotillståndet, bevara sedligheten och

värna om andra personers fri- och rättigheter. Till det skyddade området för familjelivet har räknats rätten att ha *vårdnaden* om sitt barn och rätten till *umgänge* med sitt barn. Europakommissionen har därför prövat klagomål från föräldrar, vilka vägrats umgänge med sitt barn av myndigheterna i sitt hemland. Därvid har kommissionen ansett att rätten till umgänge inte kunde göras gällande om enskild persons hälsa – i detta fall barnets – äventyrades. Kommissionen har inte givit förälder umgängesrätt, om man ansett det nödvändigt att skydda barnet mot allvarliga psykiska störningar. Europakommissionen har vidare prövat fall i vilka föräldrarna frångått den faktiska vårdnaden om barnet genom samhällsingripande därför att man ansett att omhändertagande av barn för samhällsvård är ett ingrepp i familjelivet.

FN-konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter artikel 17 mom 1 stadgar i linje härmed att ingen får utsättas för godtyckliga eller olagliga ingripanden i sitt privat- och *familjeliv*.

Europakonventionen behandlar i art 2 i första tilläggsprotokollet föräldrarnas rätt att råda över barnets skolundervisning:

”Ingen må förvägras rätten till undervisning. Vid utövandet av den verksamhet staten kan påtaga sig i fråga om uppfostran och undervisning skall staten respektera föräldrarnas rätt att tillförsäkra sina barn en uppfostran och undervisning som står i överensstämmelse med föräldrarnas religiösa och filosofiska övertygelse.”

I Unescokonventionen formuleras i artikel 5 p 1 föräldrarnas rätt att välja skolform på följande vis:

”Det är väsentligt att respektera föräldrars och andra laga målsmäns frihet, för det första att välja andra läroanstalter för sina barn än de som upprätthålles av de offentliga myndigheterna men som motsvarar de minimikrav för undervisning som må ha fastställts eller godkänts av vederbörande myndigheter . . .”

I FN-konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter artikel 13 mom 3 föreskrivs detsamma som i de båda andra konventionerna beträffande föräldrars frihet att välja skolform och bestämma över barnets religiösa och moraliska uppfostran.

Man kan stundom behandla föräldrarätten i de två angivna avseendena som alternativa. I första hand torde föräldrar önska placera sitt barn i den skolform som svarar mot deras filosofiska och/eller religiösa övertygelse. Om detta av olika skäl är omöjligt, torde föräldrarna önska att inom ramen för undervisningen i en obligatorisk skola bestämma över religionsundervisningen. Det kan dessutom finnas andra skäl till en önskan att själv välja skolform för sitt barn.

Vid ratificering av respektive konvention gjorde Sverige förbehåll eller uttalanden beträffande föräldrarnas rätt att få sitt barn befriat från skolans undervisning i religion eller livsåskådningsfrågor. Man framhöll att de svenska statsmakterna vid skilda tillfällen beslutat om att religionsundervisningen inom det allmänna skolväsendet skall vara objektiv och att det enligt skollagen finns möjlighet till befrielse från undervisning i kristendoms- resp religionskunskap för elev som tillhör annat trossamfund än svenska kyrkan. Förutsättningen härför är att tillfredsställande religionsundervisning organiserats på annat sätt.

Föräldrarätten och 1959 års proklamation om barnets rättigheter

Det framgår inte av tillgängliga kommentarer om man vid utarbetandet av 1959 års proklamation eller av Unesco- och FN-konventionerna tänkt på en samordning av föräldrarätt och barnets rättigheter. Oavsett hur det förhåller sig därmed finns det en överensstämmelse i texterna. I proklamationens grundsats 7 anges att ansvaret för barnets fostran och undervisning vilar i första hand på föräldrarna. I grundsats 6 uttalas att barnet skall om möjligt växa upp under föräldrarnas vård och ansvar.

Föräldrarätten och svensk lag⁹

Föräldrarätten är inte och har heller inte tidigare varit inskriven i vår grundlag. Tidigare författningsförslag har inte heller innehållit något skydd för familjen. Med anledning av författningsutredningens betänkande föreslog Svea hovrätt 1965 en regel om föräldrars rätt att fostra sina barn. Samtidigt föreslog Svea hovrätt och majoriteten av högsta domstolen en regel om rätt för föräldrar att välja skolform för barnet. Med anledning av motioner i grundlagsfrågan 1973 tog 1973 års fri- och rättighetsutredning upp frågan om inskrivning av föräldrarätten i vår grundlag. Det ledde inte till att man föreslog att grundlagfästa föräldrarätten.

Skälen härtill var följande. Föräldrarnas vårdnadsansvar är reglerat i 6 kap FB. Det kan ändras endast genom lag enligt RF 8:2 och 8:3 som föreskriver lagform för ändring av enskilds personliga ställning och beträffande förhållandet mellan enskilda och det allmänna. En inskrivning i grundlag av föräldrarnas rätt till vårdnad torde inte skapa något starkare skydd utöver detta.

Man tog avstånd från att skriva in en rätt till statsbidrag för skolundervisning i privat regi. Utan ekonomiskt stöd från det allmänna var en grundlagsregel om rätt att ordna undervisning i privatskolor utan större värde. Även om det redan nu finns en teoretisk möjlighet för föräldrar att själva ordna undervisning, som fyller vissa minimikrav enligt skollagen, saknar en sådan möjlighet nästan helt praktisk betydelse och man ansåg att det inte fanns någon anledning att grundlagfästa den.

Beträffande föräldrarnas rätt att få barnet befriat från skolans undervisning i religionskunskap hänvisade fri- och rättighetsutredningen till skollagens dispensmöjlighet och menade att det inte fanns något behov av att vidga denna.

Situationen i dag beträffande föräldrarätten är den att Sverige antagit de nämnda *internationella konventionerna* och att förbehåll och uttalanden från svensk sida under någon punkt inte gör att Sverige är obundet av den punkten. Så har i ett fall Europakommissionen tagit upp för sakbe-

handling ett klagomål från svenska föräldrar som tillhörde Evangelisk-lutherska kyrkan om att de inte fått befrielse från svensk skolas religionsundervisning för sitt barn.¹⁰ Ännu så länge är föräldrarätten inte inskriven i *svensk grundlag*. Men frågan är inte skrinlagd. Rättighetsskyddsutredningen har i sina direktiv, JU 1977:1, fått i uppdrag att undersöka lämpligheten av att införa föräldrarätten i grundlagen.

Det finns därför all anledning att uppmärksamma hur föräldrarätten stämmer med barnets egna rättigheter, både med dem som redan nu gäller och med sådana man önskar införa.

Föräldrarättens oförenlighet med barnets rättigheter

Ideologiska synpunkter

De tre rättigheter, som man behandlar under beteckningen föräldrarätt, är inte fristående från varandra. Rätten till vårdnaden om barnet innefattar både rätten att välja skolförhållanden för barnet och rätten att söka befrielse från religionsundervisning i skolan. Förklaringen till att man på detta sätt ryckt ut två bitar ur vårdnadsansvaret och fört fram särskilt måste vara att man bedömt föräldrarnas bestämmanderätt över undervisningen som så viktig att den bör preciseras i grundlag.

Dessa två rättigheter, som angår undervisningen, har ansetts utgöra själva kärnan i föräldrarnas vårdnadsansvar. Det är frågan om föräldrarnas rätt att själva forma barnets ideologiska utveckling och framtida livsinställning utan inblandning från myndigheterna. Genom att bestämma över undervisningen tänker man sig att föräldrarna kan välja och vraka bland olika sorters kunskaper, information och impulser.

Dessa idéer ger en motsatsställning mellan föräldrarna och samhället. Meningen är att skydda barnet mot sådana former av undervisning, som kan försvåra och motarbeta föräldrarnas inflytande.

I den ideologiska debatten utgår man i regel från att barnet

endast skall vara passiv mottagare av undervisning. Man behandlar barnet som ett objekt. Möjligheten att ta hänsyn till åtminstone äldre barns egna åsikter har bemötts med farhågor för att detta skulle ge samhället fritt spelrum för ideologisk påverkan.

En ideologisk påverkan kan gälla livsåskådning, religion eller politik. Den debatt, som förts under senare år, har huvudsakligen gällt farhågor för politisk indoktrinering i skolan. Det är emellertid värt att notera att våra internationella åtaganden endast gäller föräldrarnas rätt över barnet i religiösa och filosofiska frågor och ej i politiska.

Den ideologiska debatten är enligt många mening utomordentligt angelägen. Man kan emellertid spåra en svårighet att kanalisera denna viktiga fråga i konkreta krav på lagstiftning i dagens samhälle. Rätten att välja skolform är liktydig med rätten att anordna eller utnyttja undervisningen i privatskolor. Av ekonomiska skäl skulle denna möjlighet endast kunna finnas för de allra mest välsituerade i samhället. Frågan har därför blivit en klassfråga. Rätten att söka befrielse från skolans undervisning i religionskunskap har ansetts sakna större betydelse därför att sådan undervisning enligt skollagen skall vara neutral.

Jag hävdar i denna bok en tredje ståndpunkt, att barnet skall behandlas som en självständig individ med egna åsikter. Alltefter mognadsgrad bör det ha möjlighet att självt välja. Förutsättningen härför är att det inte skärmas av från några impulser, varken från samhällets sida eller från föräldrarnas sida.

Min avsikt är att i detta sammanhang visa hur min ståndpunkt är oförenlig med föräldrarätten. Jag har därvid valt att behandla rätten till befrielse från religionsundervisning. Denna rättighet är klart definierbar som en fråga om en barnets rättighet – nämligen rätten till religionsfrihet – varför den väl lämpar sig som testfråga. Hur stor frågans praktiska betydelse är kan vara svårt att avgöra i dag med hänsyn till det ökande antalet invandrabarn. Det kan ju tänkas att deras föräldrar inte anser att den svenska undervisningen är neutral i trosfrågor och därför skulle finna det angeläget att

grundlagfästa föräldrarätten. I vilket fall som helst har jag inte kunnat finna någon fråga som bättre lämpar sig som testfråga.

Gällande rätt

Föräldrarnas rätt stöder sig på internationella åtaganden, 27§ skollagen, 12 § religionslagen och 6 kap föräldrabalken, FB. *Barnets rätt* stöder sig på 1959 års FN-konvention och på 2 kap regeringsformen, RF, vari stadgas religionsfrihet.

Vid en jämförelse mellan föräldrarnas rätt och barnets kan man inte utgå från att barnet delar föräldrarnas religiösa tro. I en principiell diskussion måste man ta hänsyn till de fall, i vilka barnet har en från föräldrarna avvikande uppfattning.

Det kan synas som om föräldrarnas rätt att representera barnet vid begäran om utträde ur svenska kyrkan och vid hemställan om befrielse från undervisningen i religionskunskap i skolan endast skulle vara en fråga om att företräda barnets egna åsikter. Man måste emellertid se religionslagens och skollagens bestämmelser som grundade på föräldrarnas rätt att bestämma över barnet i egenskap av vårdnadshavare. Vid meningsskiljaktigheter mellan barnet och föräldrarna i religiösa frågor har föräldrarna som vårdnadshavare rätt att vägra att agera för barnets räkning.

Antag att föräldrar tillhöriga svenska kyrkan har en 15-årig dotter, som vill gå ut ur kyrkan och in i pingstkyrkan. Föräldrarna kan vägra att medverka till att dottern lämnar svenska kyrkan. Härigenom kan inte heller frågan om hennes befrielse från undervisningen i religionskunskap aktualiseras. En förutsättning för att erhålla sådan befrielse är nämligen att vara medlem av annat trossamfund.

Att det är föräldrarnas religiösa tro som skall vara avgörande även för barnet är direkt utsagt i Europakonventionen, enligt vilken föräldrarnas religiösa och filosofiska övertygelse skall respekteras vid val av undervisning för barnet.

Det är uppenbart att detta strider mot den religionsfrihet barnet åtnjuter enligt grundlagen: "att utöva sin religion och

att sammansluta sig med andra för religiös gemenskap". Även om man framställer föräldrarnas rätt enbart som en representationsrätt innefattar den en rätt att bestämma för barnet. Detta gör att föräldrarätten strider mot barnets rättigheter. Motsägelsen gäller i grunden vårdnadsansvaret å ena sidan och barnets egna rättigheter å den andra.

Mina förslag

De förslag, som jag lägger fram i det följande, innebär en förstärkning av barnets rättsliga ställning. Jag rekommenderar en konsekvent linje i lag och rättspraxis att låta barnet självt företräda och göra gällande sina rättigheter. Jag förordar att barnet får vissa rättigheter visavi sina föräldrar, bl a opinions- och religionsfrihet. Dessa förslag är inte förenliga med föräldrarätten som den är utformad i dag.

Noter

1. FN-proklamationen 1959. På förslag av tredje utskottet (A/4249) antog generalförsamlingen den 20 november enhälligt en deklaration om barnets rättigheter (resolution 1386 XIV).
2. SOU 1974:100, bil 2.
3. SOU 1975:75, s 185.
4. SOU 1975:75, s 98 ff.
5. SOU 1975:75, s 447 ff.
6. Kommittédirektiv JU 1977:25.
7. SOU 1975:75, s 450 ff.
8. SOU 1974:88, s 79 ff. I denna översikt över Europakonventionen och europeiska sociala stadgan redogörs för ett antal fall som kommissionen prövat om umgängesrätt. Fallen har kommit från olika länder, även från Sverige. Kommissionen har inte ändrat utgången i något av de refererade fallen.
9. SOU 1975:75, s 166 ff och 452 ff.
10. SOU 1974:88, s 155 ff. Två föräldrapar, som tillhörde Evangelisk-lutherska kyrkan klagade hos kommissionen över att deras barn inte fått befrielse från religionsundervisning i svensk skola. Kommissionen hann inte fullfölja sin prövning. Kungl Maj:t medgav befrielse från undervisningen och föräldrarna återkallade sin talan.

2 Barnets fri- och rättigheter mot det allmänna

Ur specialmotiveringen till 2 kap 1 § RF i betänkande av 1973 års fri- och rättighetsutredning.¹

Regleringen i 2 kap omfattar alla fysiska personer, också barn och ungdom. En annan sak är att underåriga som står under föräldrarnas vårdnad ofta företräds av föräldrarna, såväl när det gäller fri- och rättigheter som i andra situationer. Så t ex är det föräldrarna som på barnets vägnar tar ställning till frågor om vaccination, som ju är ett kroppsligt ingrepp enligt 2 kap 8 § i utredningens förslag. I den mån den underåriges omdömesförmåga, sakens beskaffenhet och omständigheterna i övrigt medger det, skall dock den underåriga enligt vanliga föräldrarättsliga principer svara för sig själv.

Förslag till ett första stycke i 2 kap 1 § RF.

Med medborgare avses i det följande alla fysiska personer, även underåriga.

Den underåriga har rätt att själv göra sina fri- och rättigheter gällande. I den mån sakens beskaffenhet ställer större krav på den underåriga än denne kan svara mot, skall han dock företräddas av föräldrarna.

De medborgerliga fri- och rättigheterna fick sin nuvarande utformning genom lag 1976. Antalet fri- och rättigheter utökades då avsevärt. Det anges i ovan återgivna motivuttalande att barnet skall ha samma skydd som den vuxne.

Redan den omständigheten att fri- och rättigheterna angår barnet lika väl som den vuxne bör komma till klart uttryck i lagtexten. Det är en fråga av sådan vikt att den inte endast bör bli känd av den som sätter sig att studera fri- och rättighetsutredningens specialmotivering.

Men är det meningsfullt att göra de medborgerliga fri- och rättigheterna direkt tillämpliga på barnet? Måste det inte vara en skraddarsydd rättighetskatalog för barnet? Det kan ju tänkas att någon av fri- och rättigheterna knappast kan aktualiseras för barnet. I så fall kan en enkel hänvisning att hela kapitlet skall gälla barnet framstå som mindre allvarligt menad. Det kan också tänkas att man vid en genomgång finner att barnet behöver skydd i något avseende där motsvarande behov för den vuxne inte finns. 1959 års FN-

proklamation om barnets rättigheter skiljer sig väsentligt från en rättighetskatalog för vuxna och ger på vissa punkter ett mer omfattande skydd åt barnen.

Här följer en genomgång av fri- och rättigheter i RF med några synpunkter på deras tillämplighet vad gäller barnet.

Genomgång av barnets fri- och rättigheter

Diskrimineringsförbud²

Den svenska grundlagen, RF, innehåller förbud mot särbehandling i tre avseenden: på grund av åsikt, ras eller kön. De tre diskrimineringsförbuden är sinsemellan rätt olika utformade. Diskrimineringsförbud på grund av politisk eller religiös åsikt är avsett att förstärka opinionsfriheterna. Förbudet mot särbehandling på grund av ras eller kön är båda försedda med undantag. Hänsyn har tagits till behovet av särregler för att skydda minoritetsgrupper som zigenare och samer. Möjlighet att särskilt lagstifta om kvinnor som mödrar har lämnats öppen.

1959 års FN-proklamation om barnets rättigheter föreskriver att särskillnad vid tillförsäkras av proklamationens rättigheter inte får ske på grund av olikheter i "ras, hudfärg, kön, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationellt eller socialt ursprung, egendomsförhållande, börd eller ställning i övrigt . . ."³

Så långt överensstämmer proklamationen med Europakonventionens artikel 14 om samtliga medborgares fri- och rättigheter. Det finns emellertid en passus i proklamationen av särskild betydelse för barnet: "evad det gäller barnet självt eller *dess familj*". Man ger alltså ett förbud mot särbehandling av barnet på grund av föräldrarnas ex religion, politiska åskådning, sociala ursprung, egendomsförhållande eller ställning. Detta är ett diskrimineringsförbud som går utomordentligt långt.

En särskild regel i den svenska grundlagen mot särbehandling

av barn förefaller befogad. Varje form av särbehandling är särskilt farlig om den sker mot barn. Den kan få djupgående, livslånga skadliga verkningar. Man bör därför även ta hänsyn till diskriminering på grunder som bottnar i föräldrarnas förhållande. Dessa kan ligga utanför barnets kunskap och medvetenhet. En sådan kan därför träffa extra hårt. Samtidigt som jag rekommenderar en passus som hänvisar till föräldrarnas omständigheter är jag medveten om de nya lagtekniska svårigheter en sådan skulle föra med sig. Man måste lämna utrymme för viss särlagstiftning ex som angår prövning av föräldrarnas inkomster för att fastställa barnets behov av socialbidrag.

Att ett skydd mot särbehandling är särskilt viktigt för barn är annars ingen ny tanke i svensk rätt. Strävan att ge alla barn lika tillgång till utbildning har sedan många år varit huvudmotto vid planläggningen av undervisningen. Man är numera uppmärksam på hur viktigt det är med skyddet mot könsdiskriminering beträffande barn i skolan.

Opinionsfrihet⁴

Den svenska grundlagen, RF, innehåller skydd för yttrandefrihet, informationsfrihet, mötesfrihet, demonstrationsfrihet, föreningsfrihet och religionsfrihet.

Man brukar indela opinionsfriheterna i *negativa*, varmed menas att inte kunna mot sin vilja tvingas att delta i ex ett möte, och i *positiva*, varmed menas att inte kunna hindras från att delta i ex ett möte. Den negativa opinionsfriheten ger rätt att stå utanför, den positiva rätt att delta.

Den negativa opinionsfriheten

Kanske borde den största omsorgen läggas ner på att skräddarsy en bestämmelse härom för barnet. Går man till kärnan i grundlagsskyddet för den negativa opinionsfriheten gäller det ett skydd mot att påtvingas åsikter. Barn och ungdom är i regel långt lättare påverkbara än vuxna av agitatorer och borde därför ha ett uttryckligt skydd. Grundsats 10 i FN-proklamationen om barnets rättigheter kunde

tjäna som direkt förebild. I denna heter det att barnet skall skyddas mot all påverkan som är ägnad att skapa fördomar.

Som negativ opinionsfrihet brukar även räknas skydd mot åsiktsregistrering. Även detta grundlagsskydd förefaller i hög grad angeläget för barnet. Det är inte ovanligt att tonåringar engagerar sig för en politisk uppfattning, som de senare i livet frångår. Att vara registrerad ex i en speciell politisk fålla på grund av sin ungdomsaktivitet, kan visa sig vara en allvarlig belastning längre fram.

De positiva opinionsfriheterna

Samtliga synes kunna aktualiseras för barnet. Särskilt har demonstrationsfriheten varit aktuell under de senaste decennierna. En kraftig inskränkning i denna för barn under 15 år gjordes genom antagandet av 1973 års lag om tillfälligt omhändertagande, LTO.

Integritetsskydd⁵

Den svenska grundlagen, RF, stadgar skydd för varje medborgare mot påtvingat kroppsligt ingrepp, mot kroppsvisitation, husrannsakan och dessutom för förtroligt meddelande.

Vad gäller medicinska ingrepp kan samma regler för skydd och för att inhämta patientens tillstånd behövas oberoende av om det gäller en vuxen eller ett barn. Vad gäller skydd mot kroppsvisitation m m är barnet i vart fall inte bättre ställt än den vuxne. Det tvång mot vilket barnet kan behöva skydd kan vara mer handgripligt och barnet kan ha sämre förutsättningar än en vuxen att värja sig.

FN-proklamationen innehåller en paragraf om skydd för barnet mot "alla former av vanvård, grymhet och utnyttjande. Barnet må icke göras till föremål för handel i någon form."

Man skall akta sig noga för att påstå att denna passus endast kan ha betydelse i utvecklingsländerna. Den ökande barnprostitutionen i Sverige – trots gällande straffbestämmelser – är tillräcklig anledning att utforma en särskild

grundlagsregel för barnets integritetsskydd. En sådan grundlagsregel efter modellen i FN-proklamationen skulle kräva särskild uppmärksamhet därför att den inte bör riktas mot statsmakten utan mot enskilda.

Särskilda rättssäkerhetsgarantier⁶

Den svenska grundlagen, RF, innehåller vissa grundläggande straff- och processrättsliga principer. En generell hänvisning att dessa även gäller barnet kan te sig märkvärdig. Barn under 15 år, som ju inte är straffmyndiga, behöver ingen garanti mot retroaktiv strafflagstiftning eller mot tillfälliga domstolar i brottmål. Det skydd som består i rätt till domstolsprövning av beslut om frihetsberövande ter sig inte heller adekvat för barnets behov.

En särskild regel om skydd för barnet enligt grundläggande processrättsliga principer skulle i första hand gälla de sociala myndigheternas och de administrativa domstolarnas handläggning av ärenden om omhändertagande för samhällsvård och polisens och åklagarens agerande i utredningsarbeten och verkställighetsärenden.

Övriga fri- och rättigheter

Den svenska grundlagen, RF, stadgar skydd mot dödsstraff och tortyr. Skyddet är avsett att utgöra en spärr under en period av omvälvning av hela samhället. I ett sådant extremt läge kan barnet behöva skydd i samma utsträckning som den vuxne. Likaledes stadgas skydd för medborgarskap och mot landsförvisning, vilket även avser extrema situationer i vilka även ett barn kan hamna, kanske vanligtvis i sällskap med sina föräldrar.

Skydd för fri- och rättigheter för vissa grupper av människor kan även gälla barn, som tillhör dessa grupper. Underåriga i arbetslivet kan ha behov av rätt att vidta fackliga stridsåtgärder. Även barn kan behöva skydd vid expropriation av egendom. En underårig konstnär kan behöva skydd för upphovsmannarätt.

Mot vem gäller grundlagsskyddet?

Skyddet i den svenska grundlagen gäller i allmänhet den enskildes skydd mot övergrepp från samhällets sida. Skyddet gäller i två avseenden: mot lagstiftning och mot myndighets handlande. Vissa grundlagsregler gäller för att antaga lag som inskränker en fri- eller rättighet. Mötesfriheten och demonstrationsfriheten får ex endast begränsas av vissa skäl, som hänsyn till rikets säkerhet, till ordningen vid sammankomster eller demonstrationer eller till trafiken eller för att motverka farsot.⁷

Skyddet mot myndigheter gäller mot personer som representerar det allmänna. Ett barn har t ex enligt grundlagen integritetsskydd mot lärare och poliser. Dessa kan inte utan särskilt stöd i lag bruka våld mot barnet. Så har en polis att noga följa 2 § i LTO om han ämnar gripa ett barn under 15 år. En lärare kan inte hindra ett barn från att gå in i ett trossamfund och inte heller tvinga det att gå in i ett sådant. Till skydd för barn som för vuxna gäller att grundlagsreglerna är "direkt normerande för myndighets möjlighet att i ett konkret fall ingripa mot en enskild person på så sätt att de förbjuder andra ingrepp i fri- och rättigheterna än sådana som är uttryckligen tillåtna genom grundlagsenliga föreskrifter".⁸

En underårig kan för övrigt komma i kontakt med i stort sett samma myndighetspersoner som en vuxen: en tulltjänsteman, en läkare, en representant för socialvården etc. Ju närmare myndighetsåldern barnet kommer, desto mer vidgas kretsen av myndighetspersoner, som barnet självt har att göra med och desto större blir behovet av skydd för fri- och rättigheter.

Barnets rätt att självt göra gällande sina fri- och rättigheter

I specialmotiveringen, ovan återgiven under kapitelrubriken, heter det att barnet ofta företräds av föräldrarna när det

gäller fri- och rättigheter men att i ”den mån den underåriges omdömesförmåga, sakens beskaffenhet och omständigheterna i övrigt medger det, den underårige skall svara för sig själv”. Därefter anger man som exempel på fall, i vilka föräldrarna företräder barnet, vaccination. Vaccination är ett kroppsligt ingrepp och föräldrarna har enligt lag att lämna samtycke till barnets vaccinering.

Frågan om barnet självt kan företräda regleras i vissa fall uttryckligen i den lag det gäller, i andra fall åter genom rättspraxis.

Lagbestämmelse om representation

Enligt 27 § andra stycket skollagen skall elev, som tillhör trossamfund som fått regeringens tillstånd att i skolans ställe ombesörja religionsundervisning, befrias från att delta i undervisningen i religionskunskap *om föräldrarna begär det*.

Religionsfriheten är grundlagsskyddad. Därav följer en rätt för barnet att åtminstone under vissa förutsättningar bli befriat från skolans religionsundervisning. Skollagen fordrar en hemställan härom från föräldrarna utan att ange någon befogenhet för barnet självt att agera.

Det är ovisst om lagbestämmelsen om föräldrarnas representation grundas på ett slentrianmässigt accepterande av föräldrarätten eller på ett medvetet ställningstagande till frågan om vem som bäst bedömer behovet av befrielse, barnet eller föräldrarna.

Frågan har inte enbart ett teoretiskt intresse. Vi har i Sverige en statskyrka, men de fria religionerna har många anhängare och våra invandrare har i stor utsträckning tagit sin religion med sig från sitt hemland. Barnets konfrontation med en annan kultur skapar situationer som gör att man inte kan ta för givet att föräldrar och barn har samma religiösa övertygelse. Barn, som kommit upp i tonåren, kan ha en fast uppfattning i religiösa frågor, som gör dem väl skickade att själva bestämma om de vill bli befriade eller inte från skolans religionsundervisning. Om föräldrar och barn har skilda

uppfattningar i religiösa frågor, kan en regel om föräldrarnas rätt att företräda barnet hindra detta från att utöva sin grundlagsskyddade religionsfrihet.

JO-praxis om representation

JO Wennergren⁹ har tagit ställning till frågan om barnets rätt att självt företräda i ett antal fall. Han har genomgående förespråkade en mot barnet liberal linje. Nedan återges fyra fall, av vilka ett om mötesfrihet, ett om tillgång till information samt två om personlig integritet.

Mötesfrihet¹⁰

En studerande hade sökt tillstånd för en SSU-förenings räkning att ordna en danstillställning. Han hade fått avslag av polisen därför att han som omyndig inte kunde fungera som ansvarig anordnare.

JO ansåg att polismyndigheten inte handlade rätt då den ställde krav på att en myndig person skulle träda in och stå som ansvarig. Då underåriga har mötesfrihet måste de själva kunna anordna möten. En elevförening eller en politisk ungdomsorganisation skall kunna på ansökan av någon medlem få tillstånd – om mötet i övrigt uppfyller de krav som gäller enligt allmänna ordningsstadgan m m.

JO anförde vidare, att vid bedömning av frågan om fysisk person som är underårig kan meddelas tillstånd till offentlig tillställning eller allmän sammankomst, bör *underårigheten som sådan inte vara något hinder*. Polismyndigheten kan i vissa fall vara skyldig att tillse att överförmyndarens samtycke föreligger. Vidare har polismyndighet att bedöma anordnarens förmåga att svara för ordning och säkerhet vid tillställningen och att vid en helhetsbedömning därav väga in anordnarens ålder som en bland flera faktorer.

Rätt till information¹¹

Med anledning av ett ärende angående elevs rätt att ta del av skolhälsovårdens hälsokort/journal beträffande honom själv, gjorde JO Wennergren ett principuttalande i JO:s

ämbetsberättelse 1975/76.

JO erinrade om att sjukvårdshandling i vad den angår enskilds personliga förhållanden är sekretesskyddad mot allmänheten, medan den som omnämns i handlingen själv äger ta del av den.

Om en elev själv vill ta del av sitt hälsokort har han att vända sig till den skola där kortet förvaras, i första hand till skolsköterskan. Men eleven har inte någon ovillkorlig rätt att göra detta. Om han inte har målsmans medgivande, måste man fordra ett visst mått av mognad hos honom. Att ta del av handlingen kan skada honom om han inte förstår handlingens innebörd.

Frågan om den underåriga skall anses mogen nog att få ut sitt hälsokort måste avgöras från fall till fall. Någon åldersgräns att rätta sig efter finns inte angiven vare sig i tryckfrihetsförordningen eller annan lag eller författning. JO framhöll att man kunde hämta ledning från föräldrabalkens, FB:s, bestämmelser, t ex: kravet på barnets eget samtycke till adoption sedan det fyllt 12 år; barnets rätt att motsätta sig överföring till vårdnads- eller umgängeshavare sedan det fyllt 15 år eller nått motsvarande mognad; dessutom underårigs rätt att föra talan enligt barnavårdslagen, sedan han fyllt 15 år.

Personlig integritet

*Rätt att erhålla abort*¹²

Likaledes i ämbetsberättelsen 1975/76 yttrade sig JO Wennergren om möjligheten för omyndig kvinna att på egen begäran få abort.

Sedan 1975 regleras avbrytande av havandeskap genom abortlagen. Denna lag bygger på principen att kvinnan själv skall kunna inom vida gränser avgöra om abort skall komma till stånd. Abortlagen innehåller inga undantag för underåriga kvinnor.

I ämbetsberättelsen har intagits ett yttrande från *socialstyrelsen*:

”Till förekommande av eventuell oklarhet på denna punkt vill socialstyrelsen framhålla, att omyndighet i och för sig icke kan betraktas som

diskvalifikationsgrund i förevarande sammanhang. Kvinna, som icke uppnått myndig ålder, måste enligt styrelsens mening principiellt anses ha en sådan grad av rättslig handlingsförmåga, att hon själv kan bestämma i abortfråga, som direkt angår henne.”

JO framhöll att den prövning som läkare och psykologer har att göra för att godtaga den underåriga kvinnans egen begäran om abort måste gå ut på att avgöra, om hon kan anses ha sådan förståndsmognad och omdömesförmåga att hon är i stånd till en rimlig bedömning av ingreppets innebörd och verkan. Endast en sådan bedömning bör läggas till grund för avgörande av giltigheten av kvinnans begäran eller samtycke. Synpunkter som angår frågan om en abort skulle vara till kvinnans bästa får inte spela någon roll vid bedömningen av samtyckets juridiska giltighet.

Socialstyrelsen betonade i sina anvisningar att det inte var meningen att en kvinna som inte själv ville det skulle behöva ensam bära ansvaret för beslut om abort. Om en omyndig kvinna sökte abort skulle man *med hennes tillstånd* ta kontakt förutom med barnafadern även med föräldrar eller annan vårdnadshavare.

Rätt att vägra underkasta sig medicinsk behandling

Regeringsformen 2 kap 6 § är av särskilt intresse för barnet.

2 kap 6 § 1 punkt

”Varje medborgare är gentemot det allmänna skyddad mot påtvingat kroppsligt ingrepp — — —”

Det är med stöd av detta grundlagsstadgande som man har rätt att vägra underkasta sig medicinsk behandling, vilket i sin tur ligger till grund för läkares skyldighet att inhämta patients medgivande till ett ingrepp.

JO Wennergren har i ett anförande inför svenska läkarsällskapet hävdad, att grundlagsskyddet i 2 kap 6 § 1 punkt även gäller barn. Det skulle alltså inte räcka för en läkare att inhämta föräldrarnas samtycke till ett ingrepp på barnet, det må så gälla en blodprovstagning eller ett större operativt

ingrepp. Om barnet vore tillräckligt moget och omdömesgillt borde barnets eget samtycke inhämtas.

JO har i samtliga här redovisade frågor följt en linje som kan sammanfattas på följande vis:

Barnet bör ges större möjlighet än det för det mesta får i dag att självt utöva sina medborgerliga fri- och rättigheter. Någon fixerad åldersgräns bör inte följas utan myndigheterna bör från fall till fall bedöma barnets mognad och omdömesförmåga och lägga denna bedömning till grund för sitt handlande. Avgörande bör vara om den underårige nått tillräcklig mognad för att förstå innebörden av det beslut det gäller. En bedömning härav bör ske utan hänsyn till övriga omständigheter, som nytta eller skada för den underårige. I övrigt skall ärende, i vilket underårig är part, behandlas oberoende av underårigheten.

JO-praxis vägledande

Det saknas en enhetlig linje vid behandling av barnets rätt att självt företräda.

Om en skolflicka vill ha abort, har hon rätt att på egen begäran få det. Om en skolflicka har en uppfattning i religiösa frågor, som inte omfattas av hennes föräldrar, får hon inte själv begära befrielse från skolans religionsundervisning. Jag har svårt att tänka mig ett sakligt skäl som motiverar en skillnad mellan dessa två fall.

Den linje JO Wennergren dragit upp i JO-praxis är värd att följa upp i samtliga fall. Själva metoden för myndighet att avgöra om barnet skall få representera sig självt kan verka förstärkande för barnets ställning. Myndigheterna måste ju i varje enskilt fall lyssna till den underårige och behandla honom som en självständig individ för att kunna bedöma hans mognad. Jag rekommenderar därför att det tas in i lagtexten en föreskrift om barnets rätt att självt företräda.

Är det viktigt att barnet får rätt att självt företräda?

I det under kapitelrubriken citerade motivuttalandet sägs efter det att man angivit att barnet har samma fri- och

rättigheter som den vuxne: "En annan sak är . . . ofta företräds av föräldrarna . . ." Om därmed menas att frågan skulle vara mindre viktig, delar jag inte denna uppfattning. I stället anser jag att det i många fall kan vara avgörande för barnet att självt kunna företräda. Avgörande i den meningen att kan barnet inte självt föra sin talan och gör inte föräldrarna det i hans ställe blir rättighetsskyddet ett tomt ord.

Av den här verkställda genomgången har följande framkommit:

Det finns tre olika modeller att välja mellan för att ordna ett rättighetsskydd för barnet:

Modell 1

Föräldrarnas rättighetsskydd omfattar även barnet. Föräldrarna företräder både sig själva och barnet.

Denna modell ligger till grund för *föräldrarätten*.

Modell 2

Barnet har ett eget rättighetsskydd. Föräldrarna företräder barnet.

Denna modell ligger till grund för *skollagens* stadgande om befrielse från skolans religionsundervisning.

Modell 3

Barnet har ett eget rättighetsskydd. Barnet företräder självt, om det är tillräckligt moget att förstå innebörden av sitt handlande.

Denna modell ligger till grund för *JO:s praxis*.

Enligt min uppfattning är modell 2 inte lämplig därför att barnets rättighetsskydd inte blir reellt. Man har att välja mellan modell 1 och modell 3. Jag förordar här modell 3 och att rättighetsskyddet utformas särskilt för barnet. Konstruktionen enligt modell 3 har betydelse även för små barn, som inte själva kan föra sin talan. Om ett barn skulle vara i behov av rättighetsskydd och dess föräldrar inte vill medverka för att göra gällande detta, bör man kunna ordna hjälp till barnet

från utomstående. Detta borde vara möjligt om man har modell 3 men är omöjligt eller i vart fall tekniskt besvärligt om man har modell 1.

Noter

1. SOU 1975:75, s 185.
2. SOU 1975:75, s 111 ff, 206 f, 469 ff.
3. Se s 14.
4. SOU 1975:75, s 121 ff, 187 ff, 277 ff.
5. SOU 1975:75, s 144 ff, 199 ff, 353 ff.
6. SOU 1975:75, s 157 ff, 435 ff.
7. Jag går inte in på de olika graderna av skydd som gäller för absoluta och begränsningsbara rättigheter. Se härom §§ 12, 13, 14 och 15 i SOU 1975:75 med specialmotivering på s 201 ff.
8. SOU 1975:75, s 97.
9. Numera regeringsrådet Wennergren.
10. JO:s ämbetsberättelse 1971, s 74 ff.
11. JO:s ämbetsberättelse 1975/76, s 332 ff.
12. JO:s ämbetsberättelse 1975/76, s 251.

3 Barnets fri- och rättigheter mot föräldrarna

Förslag

1. Barnet tillförsäkras i förhållande till sina föräldrar och annan vårdnadshavare följande fri- och rättigheter: Yttrandefrihet, rätt till information, mötesfrihet, demonstrationsrätt, föreningsfrihet och religionsfrihet.
2. Förälder eller annan vårdnadshavare äger inte rätt att tvinga barnet att demonstrera, gå in i förening eller ansluta sig till ett trossamfund.
3. Barnet får inte utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling. Barnet skall vara skyddat mot kroppsvisitation, intrång i privat utrymme, undersökning av brev, post eller andra försändelser och mot hemlig avlyssning eller upptagning av andra förtroliga meddelanden.
4. Rätten att utnyttja fri- och rättigheterna under 1. tillkommer barn alltefter ålder och mognad.
Förbud mot kroppslig bestraffning, kränkande behandling, tvång och intrång gäller handling mot alla barn under 18 år.
5. Endast om allvarlig fara föreligger för barnets hälsa och utveckling bör föräldrar kunna åsidosätta barnets fri- och rättigheter.

Detta förslag har ingen nu gällande motsvarighet.

I föregående kapitel behandlade jag barnets rättigheter mot det allmänna. En viktig fråga i det sammanhanget är vilken roll föräldrarna skall spela som företrädare för barnet. Kapitel 2 behandlade därför ett trepartsförhållande: barn – föräldrar – det allmänna. I detta kapitel skall jag behandla barnets rättigheter mot föräldrarna, alltså ett tvåpartsförhållande.

Föräldrarnas rätt att företräda barnet visavi statsmakterna svarar mot deras bestämmanderätt över barnet enligt nedanstående modell.

Barnet mot det allmänna

Modell 1

Föräldrarnas rättighetsskydd omfattar även barnet. Föräldrarna företräder barnet.

Barnet mot föräldrarna

En auktoritär föräldramyndighet.

Modell 2

Barnet har ett eget rättighetsskydd.
Föräldrarna företräder barnet.

En auktoritär föräldramyndighet
eller familjedemokrati.

Modell 3

Barnet har eget rättighetsskydd.
Barnet företräder självt, om det är
tillräckligt moget att förstå inne-
börden av sitt handlande.

Familjedemokrati.

Endast modell 2 behöver en närmare förklaring. Om man inom en familj har en auktoritär föräldramyndighet kan föräldrarna använda denna till att avgöra hur de skall företräda barnet mot det allmänna. Om man inom en familj har demokrati, samråder föräldrarna med barnet och företräder detta genom att handla enligt barnets uppfattning och önskningsar. Barnets rättighetsskydd mot det allmänna enligt modell 2 fungerar endast om man har en familjedemokrati.

I föregående kapitel förordade jag modell 3 vad gällde barnet mot det allmänna. Jag kommer att i detta kapitel behandla modell 3 vad gäller barnet mot föräldrarna, dvs familjedemokrati.

För ett barn är föräldrarna den närmaste och mest påtagliga maktfaktorn i verkligheten. Barnet är i ett fysiskt och psykiskt underläge. I vårdnadsansvaret ingår att besluta för barnet, bestämma över det och bestraffa det vid olydnad. I regel utgör ett kärleksfullt förhållande mellan föräldrar och barn en spärr mot missbruk och övergrepp mot barnet. Men även om de fall, i vilka missbruk av barnets beroende ställning sker, är relativt få, är barnets underlägsenhet så uttalad att olika typer av lagstiftningsåtgärder bör övervägas.

Vi har i nu gällande FB och i ännu gällande BvL stadganden om åtgärder mot vanskötsel av barnet. Dessa stadganden är nödvändiga som gränsmarkeringar utöver vilka en auktoritär föräldramakt inte får gå. Dessutom gör de det möjligt att ingripa mot försumlighet och underlåtenhet vid skötsel av barn.

Om man utgår från att familjen bör fungera som en minidemokrati, uppstår behov av ytterligare lagstadganden. En

avvägning av föräldrarnas myndighet över barnet kan göras på många sätt. En metod är att i detalj ange vari vårdnadsansvaret skall bestå. Med hänsyn till den rikedom av varierande åtgärder från föräldrarnas sida som kan behövas, är emellertid den metoden knappast värd att ens prövas. En annan metod är att ge barnet ett område, inom vilket föräldramakten inte bör råda. Ett barnets skyddade område bör kunna formas genom att helt enkelt ge barnet vissa fri- och rättigheter visavi föräldrarna.

Syftet med en barnets rättighetskatalog visavi föräldrarna är att påverka attityder i samhället dithän att man betraktar barn och ungdomar som självständiga individer även inom hemmets väggar. För att en sådan katalog skall få betydelse, är det nödvändigt att domstolarna tar hänsyn till den i vårdnadsfall vid placering av vårdnadsansvaret. En förälder bör kunna mista vårdnadsansvaret om han nonchalerar barnets rättigheter.

Barnets rättighetskatalog

I en sådan katalog bör ingå skydd för opinionsfriheterna och integritetsskydd. En katalog kan göras upp delvis efter förebilder i RF 2 kap, delvis genom systematisering av i skilda sammanhang framförda idéer och förslag. Dessutom behövs en portion nytänkande.

Opinionsfrihet

I 33 § lov om barn og foreldre har man i Norge uppmärksammat barnets behov av skydd visavi föräldrarna för en rätt att självt avgöra om det skall *ansluta sig till eller utträda ur en förening*.¹

Enligt det norska förslaget skall ett sådant skydd gälla barn över 15 år. Man menar att det redan tidigt kan bli aktuellt för barnet som går i skolan att gå in i en förening av typ idrottsförening, scoutrörelse. Föreningsengagemang av olika slag får större och större betydelse för barnet allt efter

som det kommer högre upp i klasserna. Med hänsyn till denna typ av skol- och idrottsföreningar kunde man diskutera att sätta åldersgränsen för barnet lägre än 15 år. Övergången till "ungdomsskolen" – svensk motsvarighet närmast högstadiet – kunde ge anledning att sätta gränsen vid 13 år. Avsikten med bestämmelsen är emellertid att den skall gälla *alla slag av ideella föreningar*, alltså även politiska och religiösa. Det kan vara viktigt för föräldrarna att hindra barnet från att gå in i sådana och att stödja det om det utsätts för press från annat håll att engagera sig. Med hänsyn till behovet av sådant stöd bör, enligt den norska utredningen, gränsen för självbestämmanderätt sättas till 15 år. Åldersgränsen skall dock inte uppfattas som absolut. För barn, som ännu ej fyllt 15 år, bör självbestämmande ges i det konkreta fallet, om det är lämpligt med hänsyn till typen av förening och barnets mognad.

Vidare framhåller den norska utredningen i sina motiv att § 33 inte skall gälla enbart rätten att gå in i och ut ur en förening. Föräldrar skulle inte heller kunna hindra barnet från att vara med i vanlig föreningsaktivitet som möten, utflykter etc.

Rätt för barnet att *delta i möten och att demonstrera* hänger nära samman med föreningsfriheten. Frågan har under senare år fått allt större betydelse. Elevorganisationer, politiska ungdomsföreningar och miljöorganisationer arrangerar möten och demonstrationståg i frågor, som barn och ungdom kan känna ett starkt engagemang för. Det kan vara frågor, som typiskt angår dem, t ex slopande eller bibehållande av betygen. Det kan vara frågor som rör allmänmänniskliga problem, t ex kamp mot utbyggnad av kärnkraftsverk.

Yttrandefrihet och rätt till information

Även barnets rätt att yttra sig offentligt utan förälders samtycke hänger nära samman med föreningsfriheten. I föreningssammanhang och i föreningstidskrifter, vid möten och demonstrationer kan det finnas ett behov av skydd för

barnet mot förälders möjlighet att tysta ner det.

Att barn som nått erforderlig mognad skall ha rätt att självt ta del av ex skolans handlingar som rör honom, framstår som självklart. Vad man kan diskutera beträffande rätten till information är, hur långt denna skall sträcka sig beträffande familjens egna angelägenheter. Skall föräldrarna vara skyldiga att informera barnet t ex om familjens ekonomi? Enligt min mening bör svaret på denna fråga vara jakande och gälla i förhållande till barnets mognadsgrad.

Barnet har även ett behov av skydd mot föräldrars påtryckningar att gå in i en förening, att delta i ett möte eller ett demonstrationståg och att yttra sig. På grund av den ändrade inställningen i samhället till könsrollerna, har angelägenheten av ett skydd i detta avseende ökat. I och med att kvinnorna har gått ut inte bara i förvärvslivet utan också i politisk och annan aktivitet inom samhället, kommer även barnet med i fler offentliga sammanhang. Om båda föräldrarna vill delta i ett möte etc, har de ofta att välja mellan att lämna barnet ensamt hemma eller ta det med. Det börjar bli allt mer accepterat att föräldrar tar även små barn med på möten och sammankomster, som inte gäller barnet. Samma förhållande gäller demonstrationer. Det är numera en vanlig syn att föräldrar går i demonstrationståg tillsammans med små barn.

Denna utveckling aktualiserar en bestämmelse att barn inte mot sin vilja bör av föräldrarna tas med i deras aktiviteter.

Religionsfrihet

Frågan om föräldrars rätt att påverka barnet till en viss religiös övertygelse och deras skyldighet att respektera en från deras egen uppfattning avvikande religiös övertygelse hos barnet är den kanske mest kontroversiella. I svensk rättspraxis har man i vårdnads mål indirekt uttalat sig för att det är föräldrarnas ensak att påverka sina barn i religiösa frågor.

I NJA 1951 s 612 tillerkände man fadern vårdnaden om en femårig dotter i samtliga instanser. Även modern ansågs av domstolarna som lämplig vårdnadshavare i och för sig. Hon tillhörde emellertid sekten Jehovas vittnen och uttryckte ett mycket starkt engagemang för sekten och en intensiv tro på dess lära. Frågan i domstolarna var vilken betydelse detta skulle ges vid bedömning i vårdnadsfrågan.

Man inhämtade upplysningar om sekten och fick i domstolarna veta att det i sektens lära fanns ett strängt krav att dess medlemmar skulle sprida den till andra och söka påverka även små barn. Domstolarna uppfattade sekten som ett "extremt, av trångsynthet och samhällsfientliga tendenser präglad trossamfund".

I två vota i högsta domstolen framhöll man särskilt att "tillhörigheten till ett visst religionssamfund i princip ej får lända en eljest lämplig fader eller moder till nackdel vid en vårdnadsfrågas avgörande". Det förefaller med hänsyn till motiveringarna i samtliga instanser som om denna uppfattning hade omfattats allmänt. Man har nämligen inte gått in på frågan om barnets rätt till skydd mot moderns starka religiösa påverkan. I stället har man diskuterat vilka sociala och psykologiska följder det skulle ha för barnet att uppfostras i sekten. Av hänsyn till att dessa kunde bli skadliga för barnet valde man att ge fadern vårdnaden.

I NJA 1968 C 861 kom uppfattningen om förälders frihet att påverka barnet i religiösa frågor till klart uttryck. Det var även i detta fall frågan om vårdnaden skulle ges till en moder, som tillhörde sekten Jehovas vittnen. Det gällde i detta fall en sjuårig dotter. *Modern tillerkändes vårdnaden.* Det hette i motiveringen, att tillhörigheten till ett visst trossamfund endast i undantagsfall kunde tillåtas påverka en vårdnadsfrågas avgörande, samt att det i detta fall icke fanns något som gjorde att modern genom sin religiösa uppfattning skulle vara olämplig som vårdnadshavare.

1968 års fall skulle alltså enligt domstolarnas uttalanden representera huvudregeln att förälders religiositet inte skulle påverka bedömningen av föräldrarnas lämplighet som vårdnadshavare och 1951 års fall vara ett undantag därifrån på grund av särskilda omständigheter. Men vilka var i så fall dessa särskilda omständigheter? Om man fäste avseende vid vilka de sociala och psykologiska följderna skulle bli av att uppfostras i sektens anda, skulle dessa följder vara desamma i de båda fallen. Det kan naturligtvis tänkas att man bedömde dessa följder allvarigare år 1951 än år 1968. Men det kan också tänkas att domstolarna i 1951 års fall tagit hänsyn till den fanatism med vilken modern i det rättsfallet omfattade läran. I så fall har domstolarna i 1951 års fall varit inne på tanken att ett barn kan behöva skyddas mot fanatisk

religiös påverkan från en förälders sida.

Religionen berör den sektor av familjelivet som föräldrar ofta vill avgränsa mot yttervärlden med skylten: STRÄNGT PRIVAT. Man måste emellertid komma ihåg, att det inte är mycket bevänt med barnets religionsfrihet i förhållande till det allmänna, om man inte ger barnet något skydd åtminstone mot extremt stark påverkan från föräldrars sida. Barnet kan vara hjälplöst utlämnat till föräldrapåverkan och senare få stora svårigheter att kunna gå en egen väg av egen inre övertygelse.

Den andra sidan av barnets behov av skydd i förhållande till föräldrarna för sin religion angår barnets egen valfrihet. Om barnet valt att gå en annan väg än föräldrarna bör dessa respektera barnets val. Denna sida av barnets religionsfrihet kan ha stor betydelse i invandrarfamiljer. Föräldrarna kan ha tagit med sig en religion från sitt hemland, vilken barnet inte upplever som meningsfull i det nya landet. Svåra konflikter kan uppstå, om föräldrar i sådana fall inte låter barnet gå sin egen väg. Denna situation har diskuterats i en brittisk rapport på följande vis:

"When a child has formed particular beliefs, regardless of age, we think it should be regarded as an abuse of parental authority to force contrary beliefs upon him. -- We recognise that parents to whom their religion is of transcendental importance will be gravely distressed by their child's choice of an alternative. We also recognise that people of all ages (but particularly the impressionable young person) can make 'way-out' choices in this field which they will abandon later. Nevertheless, children, if old enough to form religious beliefs, have a right to be regarded as persons with minds of their own. And '... the minds of children are capable at a very early age of receiving strong impressions on matters of religion ...' It cannot be in a child's best interest to force his parents' religion upon him when he subscribes to differing dictates."

Den brittiska kommissionen rekommenderar därefter för lagstiftning följande:

"The parents of a child should have no 'right' to dictate a choice of religion for him against his will."²

Skydd mot integritetskränkningar

Rätten att aga sitt barn har sedan länge varit en av de mest omdiskuterade frågorna angående vårdnadsrätten. Utvecklingen i vårt land i denna fråga har under senare år lett fram till en position, som är en av de mest barnvänliga i Europa.

Rätten att aga sitt barn var i äldre tider självklar och var inskriven i 1920 års lag om barn i äktenskap. Denna tid gällde även en passus i strafflagen som gav straffrihet åt förälder, om barnet fått en lindrigare skada av agan. Först 1957 tog man bort denna straffrihetsgrund. Sedan dess kan förälder bli dömd för misshandel av barnet enligt Brottsbalkens regler, alltså även för ringa misshandel.

Allt efter som debatten gick vidare mot agan som uppfostringsmedel markerade man i lagstiftningen ett allt större avståndstagande. I 1949 års FB bytte man ut *tukta* mot *tillrättavisa* och anvisade föräldrarna de uppfostringsmedel som med hänsyn till barnets ålder och övriga omständigheter fick anses lämpliga. Denna formulering ersattes 1966 med en föreskrift att vårdnadshavaren "skall utöva den uppsikt över barnet som är erforderlig med hänsyn till barnets ålder och övriga omständigheter". I respektive motiv anges syftet med 1949 års formulering vara att uttrycka ett avståndstagande från grövre bestraffningsmetoder, medan man 1966 ville poängtera att kroppsaga borde undvikas. Trots omformuleringarna i lagtexten kvarstod osäkerhet hos allmänheten om tillåtligheten av aga.

Utredningen om barnets rätt har 1978 lagt fram ett förslag om förbud mot aga och annan kränkande behandling.³ Avsikten är att dels ge ett klart uttryck mot agan i lagtext, dels att utsträcka avståndstagandet till psykisk misshandel. Förbudet skulle inte vara straffsanktionerat. Det är avsett att påverka attityderna i samhället och att därigenom göra det enklare att komma åt fall av barnmisshandel.

Det heter i betänkandet att förslaget innebär, att "barn inte får straffas med slag, stryk, örfilar och liknande, samt att barn inte heller i annat syfte eller av annan orsak får utsättas för fysiska eller psykiska övergrepp".

På en punkt delar jag inte utredningens uppfattning. Utredningen har ansett det vara en fördel att lägga fram ett separat förslag om förbud mot aga. Jag menar att det är tveklöst att det behövs en samlad översyn över barnets fri- och rättigheter särskilt vad gäller den personliga integriteten. Till det område som bör skyddas som barnets personliga hör emellertid även andra frågor än frågan om agan. Hela området angående barnets fri- och rättigheter är dessutom intimt förknippat med vårdnadsansvaret. Frågan om ett förbud mot aga hade därför bort behandlas i den gemensamma stora översynen.

Ett barn kan utsättas för andra bestraffningar än aga med lika stor risk för allvarliga skador. Rumsarrest i olika former kan varken rubriceras som aga eller kränkande behandling och ändå kan inlåsning i en mörk garderob alstra den djupaste skräck.

Rumsarrest och liknande former för bestraffning har diskuterats av den norska utredningen i förslag till lov om barn og foreldre. Eftersom det enligt utredningens mening finns så många olika typer av rumsarrest har man avstått från att föreslå ett direkt förbud.

Skydd för förtroliga meddelanden bör ingå i integritetsskyddet. Många föräldrar tar för givet att de har rätt att öppna brev adresserade till barnet. Olovligt öppnande av post är emellertid straffbart. Frågan är därför om vårdnadsansvaret gör det lovligt för föräldrar att bryta brev adresserade till barnet. Även denna fråga har diskuterats av den norska utredningen.⁴ Lovligheten bör bedömas beroende på vem som står som avsändare. Om brevet är tillsänt barnet från en myndighet, har förälder ingen rätt att bryta det. Brevet kan nämligen innehålla ett meddelande i en fråga, som föräldrarna inte har rätt att handla i för barnets räkning. Detta gäller t ex abort.

Brev till barnet från vänner ligger inom barnets egen personliga sfär och bör därför inte brytas av föräldrar. Endast om dessa har befogade misstankar om att brevet innehåller t ex narkotika följer det en skyldighet av vårdnadsansvaret att bryta försändelsen.

Grundlag eller FB

Först skall konstateras att det finns valfrihet mellan att föra in en barnens rättighetskatalog visavi föräldrarna i RF och ge den grundlags dignitet eller i FB tillsammans med övriga regler angående vårdnaden.

Visserligen angår de medborgerliga fri- och rättigheterna i RF 2 kap i regel förhållandet mellan den enskilde och det allmänna. Men sedan 1976 ingår i 2 kap ett skydd enskilda emellan i flera avseenden. Om detta yttrade sig 1973 års fri- och rättighetsutredning:

”Man kan t. ex. tillmäta vissa regler som rör förhållandet mellan enskilda inbördes en sådan principiell betydelse för det demokratiska styrelseskicket att de av politiska och psykologiska skäl bör ges den särskilda dignitet som följer med grundlagsformen. Man kan vidare göra den bedömningen att den vanliga lagformen i vissa hänseenden inte ger ett tillräckligt starkt skydd för den enskildes fri- och rättigheter gentemot andra enskilda.”⁵

För säkerhets skull tillade man, att skydd för rättigheter mellan enskilda borde tagas in endast i sällsynta fall och endast om det angick klart avgränsade rättigheter.⁶

Det är angeläget att framhålla möjligheten att införa en barnets rättighetskatalog visavi föräldrarna i grundlagen. Om den sittande rättighetsskyddsutredningen skulle rekommendera att föräldrarätten införs i grundlag bör detta i vart fall inte ske utan att man samtidigt för in en barnets rättighetskatalog.⁷ Jag anser detta vara en nödvändighet för att värna om familjen som mini-demokrati.

Frånsett denna framtidsaspekt passar en barnets rättighetskatalog bäst som inledning till vårdnadskapitlet i FB. Katalogen skall ju ge barnet ett skyddat område inom vilket föräldrarnas vårdnadsansvar inte skall gälla. Bristande respekt för detta skall kunna leda till att förälder inte erhåller eller frånges vårdnaden.

Noter

1. NOU 1977:35, kap 5 § 33, a. s. 158, 124.
2. Report by Justice 1975, Parental Rights & Duties and Custody Suits, Stevens, London, s 18.
3. SOU 1978:10 Barnets rätt, 1 Om förbud mot aga. Se även Report by Justice s 20 f.
4. NOU 1977:35, s 47 f.
5. SOU 1975:75 s 97.
6. SOU 1975:75 s 98.
7. Se s. 23.

4 Innebörden av vårdnaden

Gällande

6:2 FB

Den som har vårdnaden om barn skall sörja för barnets person och giva det sorgfälligt uppfostran. Vårdnadshavare skall tillse att barnet erhåller uppehälle och utbildning efter vad som är tillbörligt med hänsyn till föräldrarnas villkor och de tillgångar barnet kan äga samt barnets anlag.

6:3 FB

Vårdnadshavare skall utöva den uppsikt över barnet som är erforderlig med hänsyn till barnets ålder och övriga omständigheter.

Förslag

Barnet har rätt till vårdnad i följande avseenden av sina föräldrar:

1. Psykisk omsorg

Barnet har rätt till kärlek, förståelse och stimulans av sina föräldrar samt till att få råd och stöd vid viktiga val, såsom angående utbildning och yrke.

2. Fysisk omsorg

Barnet har rätt till bostad, uppehälle och medel till sina särskilda behov.

Vårdnadshavare har skyldighet: att utöva tillsyn över mindre barn och att vägleda och informera större barn.

Vid beslutsfattande bör samråd ske. Om beslutet gäller barnets person skall det fattas i samråd mellan barnet och föräldrarna sedan barnet fyllt 7 år. Om enighet därvid inte uppnås, har föräldrarna att fatta det avgörande beslutet. Beroende på beslutets art och barnets mognad skall föräldrarna låta barnet självt besluta och detta bör ske i allt större utsträckning desto äldre barnet blir.

Genom att inleda FB:s kapitel om vårdnaden med en barnets rättighetskatalog skulle man ge barnet ett skyddat område inom vilket föräldrarnas vårdnadsansvar inte gällde. I detta kapitel skall nu behandlas hur vårdnadsansvaret bör utövas *utanför detta skyddade område*.

Man behöver inte närmare orda om den ungdomsproblemik som i dag gör alla typer av samhällsåtgärder för att rätta till missförhållandena aktuella. Under sextio- och sjuttiotalen har undervisningen debatterats. Föräldrarnas roll har diskuterats inom det sociala området. Man har inrättat föräldrautbildning och velat ge föräldrar möjlighet

att få rådgivning. Barnomsorgen i barndaghem har stått i fokus, etc, etc.

Föräldrarnas roll inom det juridiska området har däremot inte uppmärksamrats på motsvarande vis. Vissa typfall har föranlett principdebatter, ex hämtning av barn för överföring till vårdnadshavare. Om ett barn i något speciellt fall råkat särskilt illa ut, har man frågat sig hur just det barnets förhållande varit till föräldrarna. Men en diskussion om principerna för förhållandet mellan föräldrar och barn har egentligen inte mer än just startat.

En viktig faktor i detta sammanhang är att många föräldrar känner sig sidoställda av samhället. Redan de små barnen börjar föra ett eget liv utanför föräldrarnas direkta kontroll under överinseende av daghemspersonal och förskolelärare. När det uppstår problem för barnet känner sig många föräldrar vilsna och uppgivna. Man vet inte riktigt hur man skall handla.

Formella frågor angående lagstiftning för attitydpåverkan

Det talas i dag i olika sammanhang om att *påverka attityderna* i samhälle. Här har lagstiftningen en given första-plansroll att spela. Redan själva debatten under lagstiftningsarbetet har betydelse. När lagen är tagen finns den lätt tillgänglig för massproduktion i undervisningen etc. Att skriva en lag med riktlinjer för föräldrarna ter sig därför i dag som en utomordentligt viktig uppgift.

Placering av stadgande

Den första fråga jag vill ställa är, om sådan lagstiftning bör ske i 6:2 och 6:3 som regler om innebörden av vårdnaden eller på annan plats.

Den sittande kommittén om barnens rätt har fått i uppgift att i 6 kap FB föreslå införande av en bestämmelse mot

kroppsligt våld och att i samma kap ge klart uttryck för samhällets syn på den psykiska omvårdnad som föräldrar bör bereda sina barn. Att detta borde ske genom omarbetning av just 6:2 och 6:3 har däremot inte sagts. I kommittédirektiven ägnas särskild uppmärksamhet åt *barnets bästa*.¹

”Kommittén bör undersöka vilka möjligheter som står till buds att ytterligare tillgodose barnets eget intresse i vårdnadsfrågor. Den bör sålunda söka belysa den centrala frågan om vilka faktorer som bestämmer barnets bästa i vårdnads- och umgängesfrågor.”

Barnets bästa är en passus, som ingår i samtliga paragrafer i 6 kap om placering av vårdnadsansvaret. Det heter att rätten skall på visst sätt taga hänsyn till barnets bästa. Som exempel kan nämnas att om föräldrarna är ense om att en av dem skall ha vårdnaden om barnet efter skilsmässa, skall rätten besluta i enlighet därmed, *om det ej är uppenbart stridande mot barnets bästa*.

För att undersöka vilka faktorer som bestämmer barnets bästa har man att gå igenom de vårdnadsutredningar, som de sociala myndigheterna verkställer i tvistiga vårdnads mål. Faktorerna angår krissituationer av olika slag. Det resultat man kan få fram kommer att kunna vara till stor nytta för principer om fördelning av vårdnadsansvaret mellan föräldrarna, alltså för *domstolens dömande i tvistiga mål*. Däremot kommer resultatet inte att kunna vara till direkt glädje för principer för *föräldrars handlande under normala förhållanden*. Vill man påverka föräldrarnas attityder måste detta ske på annat sätt än genom en särskild lagregel i 6 kap om barnets bästa.

Enligt min uppfattning bör riktlinjer för föräldrarna skrivas in i 6:2 och 6:3 FB. Detta är den grundläggande, centrala uppgiften. Om man utformar dessa paragrafer relativt detaljerat, kan de få betydelse även för domstolens bedömning av *barnets bästa*. En bedömning av vem som bör tilldelas vårdnadsansvaret kan ske genom att domstolen punkt för punkt går igenom hur den ena och den andra föräldern uppfyllt kraven i 6:2 och 6:3. En noggrann

utformning av 6:2 och 6:3 skulle göra ett mer utförligt stadgande om barnets bästa överflödigt.

Till vem skall ett stadgande riktas?

Nästa fråga gäller hur 6:2 och 6:3 skall adresseras. Vårdnadsansvaret är i dag ofta fördelat mellan förälder som sammanbor med barnet och förälder som inte bor samman med det utan är särboende eller "perifer". Skall 6:2 och 6:3 ge ett mönster för sammanboende eller perifer förälder, eller för båda? Innan denna fråga besvaras bör den nuvarande utformningen av 6:2 och 6:3 granskas ur detta perspektiv.

Ett enkelt schema över 6:2 och 6:3 ser ut som följer:

1. Sörja för barnets person.
2. Giva det sorgfällig uppfostran.
3. Tillse att det får uppehälle.
4. Tillse att det får utbildning.
5. Utöva uppsikt över det.

Vårdnadsansvaret åvilar förälder i vissa fall direkt enligt 6 kap, ex båda föräldrarna om dessa är gifta med varandra direkt från barnets födsel, om så inte är fallet endast modern. I andra fall har vårdnadsansvaret tilldelats förälder eller särskilt förordnad förmyndare av domstol enligt 6 kap. Den som på något av dessa två sätt fått vårdnadsansvar sägs ha den *rättsliga vårdnaden om barnet*. Då termen vårdnadshavare används i 6 kap:s övriga paragrafer eller i annan lagstiftning, åsyftas den som har den rättsliga vårdnaden.

Vårdnadshavaren har emellertid frihet att *genom avtal* överlåta den *faktiska vårdnaden* på annan person. Hur detta skall ske och vilken ansvarsfördelning som skall följa regleras inte i FB.² Genom de nya reglerna om möjlighet för alla föräldrapar att ha gemensam vårdnad oberoende av om de är gifta eller inte, om de sammanbor eller inte, har möjligheten att avtala om vårdnaden väsentligt ökat.³ För föräldrar som har gemensam vårdnad men är särboende är det en nödvändighet att avtala om den faktiska vårdnaden.

Två samboende föräldrar kan avtala med tredje man om den faktiska vårdnaden om barnet. Om endast en av föräldrarna är vårdnadshavare kan han/hon avtala med den andra föräldern eller med tredje man om den faktiska vårdnaden. Två särboende föräldrar som har gemensam vårdnad kan avtala att en av dem skall ha den faktiska vårdnaden eller att den skall tillkomma tredje man.

Till vem eller till vilka i dessa olika kombinationsmöjligheter riktar sig nuvarande 6:2 och 6:3?

En snabb tillbakablick visar att det gått nästan sextio år sedan 6:2 och 6:3 trädde i kraft.⁴ Under denna tid har 6:3 diskuterats och ändrats i flera omgångar.⁵ 6:2 däremot har i stort sett kvarstått oförändrat och passerat även den senaste genomgripande omarbetningen av vårdnadsreglerna utan annan ändring än att föräldrar ersatts med vårdnadshavare.⁶

Förhållandena i samhället för sextio år sedan var väsentligt annorlunda än i dag vad gäller äktenskap och familjebildning. Även om 6:2 och 6:3 redan från början var tillämpliga även på annan vårdnadshavare än förälder förefaller paragraferna vara utformade för dåtidens normalfamilj där föräldrarna levde samman och hade den faktiska omsorgen om sina barn. Den kända frekvensen av avvikande samlevnadsmönster var så låg att det är ovisst om man tagit hänsyn till den vid utformningen av 6:2 och 6:3. Noteras bör dock att möjligheten att avtala om den faktiska vårdnaden använts redan långt innan 6:2 och 6:3 kom till.

Under förarbetena till reglerna om gemensam vårdnad diskuterades ansvarsfördelningen mellan föräldrarna. Det heter i specialmotiveringen till prop 1975/76:170:⁷

”Om föräldrarna inte sammanbor måste det med nödvändighet bli så att den av dem som har barnet hos sig till stor del kommer att träffa de vardagliga besluten i fråga om vårdnaden. Det kan gälla frågor om barnets mat och kläder, sovtider, hur barnet skall tillbringa sin fritid osv. Man kan utgå från att föräldrarna i dessa fall vanligtvis kommer överens om hur vårdnaden i stort skall utövas och vem som skall fatta de nödvändiga besluten.

När det gäller beslut av mera ingripande betydelse för barnets framtid, t ex frågor som rör barnets skolgång och bosättning måste, som redan har

nämnts, bägge föräldrarna delta, om inte barnets bästa uppenbarligen kräver att beslut fattas, trots att den ene av föräldrarna är förhindrad att medverka.”

Citatet är givetvis intressant för ansvarsfördelningen mellan särboende föräldrar som har gemensam vårdnad. Men det kan också uppfattas som ett principuttalande angående gränsdragningen mellan rättslig och faktisk vårdnad, som en precisering av vad en förälder som vårdnadshavare kan avtala och inte avtala om. Han/hon skulle kunna avtala med en person att överta omsorgen om barnet beträffande beslut om mat och kläder men inte om barnets skolgång och bosättning.

En uppdelning av ansvaret i rättslig och faktisk vårdnad måste appliceras på de fem punkterna i schemat över 6:2 och 6:3 ovan. Om man tänker sig de fem punkterna som rubriker på en vertikal uppdelning av vårdnadsansvaret blir indelningen i rättslig och faktisk vårdnad en horisontell uppdelning. Exempelvis skall den första punkten i 6:2 att *sörja för barnets person* vad angår omsorg om mat och kläder räknas till den vardagliga omsorgen och därmed till den faktiska vårdnaden, medan däremot vad angår att skaffa barnet bostad skall räknas till den långsiktiga planeringen och därmed till den rättsliga vårdnaden.

Den principiella gränsdragningen är inte avsedd att begränsa ansvaret till långsiktig planering för den som har den rättsliga vårdnaden. Även om denne överlåter den faktiska vårdnaden till annan, behåller han ansvaret för hur denne sköter barnet. Ansvaret för den rättsliga vårdnaden består ograverat och i princip utan någon uppdelning ”horisontellt” av de fem punkterna i 6:2 och 6:3. Uppdelningen i långsiktig planering och daglig omsorg om barnet tjänar syftet att sätta gränser för de befogenheter som tillkommer den som har den faktiska vårdnaden. Han svarar för den faktiska omsorgen visavi i första hand den som har den rättsliga vårdnaden enligt deras inbördes överenskommelse.

Att detta är den tänkta konstruktionen framgår av att den som har den rättsliga vårdnaden när som helst kan återta

barnet.⁸ Talan enligt 6 kap FB kan endast föras mot den som har den rättsliga vårdnaden. En sådan talan kan grundas på anmärkningar mot den faktiska omsorgen.

I rättspraxis har man i tvistiga vårdnadsmål tagit denna konstruktion för självklar. Domstolen inriktar ofta prövningen av föräldrarnas lämplighet på den dagliga omsorgen. Gäller det yrkesarbetande förälder, undersöker man hur det är tänkt att barnet skall tas om hand då föräldern är borta på arbete. Om en förälder uppger att han/hon under en längre period inte själv kan ta hand om barnet, vill domstolen veta hur de tänkta fosterföräldrarna är lämpade som vårdnadshavare. Det finns rättsfall i vilka de tänkta fosterföräldrarnas lämplighet avgjort beslutet om placering av vårdnadsansvaret.

Stadgandena i 6:2 och 6:3 är alltså riktade till den som har den rättsliga vårdnaden även i de fall, i vilka denne överlåtit den faktiska vårdnaden på annan.

Den som enbart har den faktiska omsorgen om barnet skall följa sitt avtal med den som har den rättsliga vårdnaden och detta avtal bör gälla den dagliga omsorgen.

Observeras bör att vid gemensam vårdnad båda föräldrarna skall känna sig förpliktade att uppfylla kraven i ett stadgande om innebörden av vårdnaden. Detta gäller även om de bor isär. Den förälder som inte sammanbor med barnet skall ändå ha kontakt med det och kunna övertaga den faktiska omsorgen.⁹

Det finns ingen anledning att föreslå en ändring vad gäller den formella inriktningen av ett nytt stadgande. Något bättre system än att rikta stadgandet till den rättslige vårdnadshavaren lär inte finnas. Det är denne som har det juridiska ansvaret för vårdnaden enligt övriga regler i 6 kap.

Men ett nytt stadgande om innebörden av vårdnaden kan dessutom tänkas ha en andrahandsadressat. Man bör skriva ett nytt stadgande så att det kan vara mönsterbildande för kraven på dem som endast har den faktiska omsorgen. Ett genomarbetat stadgande om vårdnadens innebörd bör kunna spela en roll både för förälder med endast faktisk omsorg och för fosterföräldrar.

Om man lagstiftningsvägen skulle göra den gemensamma vårdnaden legal skulle det ske en automatisk ökning av föräldrar med rättsligt vårdnadsansvar som alltså träffades direkt av reglerna om innebörden av vårdnaden.

Språklig utformning

Man måste se utformningen av nuvarande 6:2 och 6:3 som en följd av deras tänkta funktion. Den korthuggna, knappa formuleringen var anpassad för att paragraferna i första hand skulle fungera som legal förankring av ansvar vid missbruk och försummelse. Så har ex kravet på uppsikt varit en förutsättning för krav på skadestånd mot förälder för barnets skadegörande handling. Denna knappa formulering är väl orsak till att domstolarna i vårdnads mål inte hämtat ledning i 6:2 och 6:3 för någon mer nyanserad bedömning av föräldrarnas lämplighet.

Vill man ge föräldrar och andra vårdnadshavare ett mönster för deras relationer till barnet, ställer detta helt andra krav på lagskrivningstekniken. Man måste med en viss utförlighet beskriva ett *positivt handlande*. De människor man vill nå med en attitydpåverkan måste känna sig personligen träffade. Lagens innehåll måste vara sådant att man kan *identifiera* sig själv och sin situation. De valda orden måste ge associationer till föräldrarnas egen föreställningsvärld.

Uttrycket i nu gällande 6:2 att "sörja för barnets person" säger inte dagens föräldrar någonting. Så gör inte heller "sorgfällig uppfostran". Hur håller en förälder i dag "uppsikt" över ett litet barn som är på "dagis" eller ett större som sitter på en moped i andra ändan av staden? För att lagen skall vara identifierbar krävs en modernisering både till innehåll och form.

Man har i alla tider ställt det kravet på lagens form att språket skall vara enkelt och klart. Ju mer angelägen man är om att ett lagstadgande skall påverka attityder desto viktigare är detta krav.

Vid den följande genomgången av de olika punkterna i mitt förslag kommer jag främst att diskutera attitydpåverkan men även punkternas betydelse för domstolens beslut i tvistiga vårdnads mål m m.

Punkterna i förslaget

Barnet har rätt till kärlek, förståelse och stimulans från sina föräldrar

Genom att inleda med detta krav framhåller man att det är det viktigaste i förhållandet mellan föräldrar och barn. Samtidigt anger man redan i första punkten den anda som går genom hela förslaget. I stället för föräldraauktoritet vill man ha förståelse. I stället för passivitet en aktiv, stimulerande föräldrainsats.

I det norska förslaget, NOU 1977:35, inleder man med ett krav på föräldrarna att ha omsorg och omtanke om barnet.¹⁰ I kommentaren heter det att man inte lagstadgat om hur omsorgen och omtanken bör visas men att bestämmelsen självklart inte skall hindra föräldrarna från att båda vara yrkesverksamma under förutsättning att barnet får den omvårdnad det behöver under den tid föräldrarna är på sitt arbete. Denna kommentar kan få stå även för detta förslag.

Det är viktigt att låta barnet vara subjekt redan i den första satsen. Därigenom framhåller man att barnet är en självständig individ som har rätt till behandling som en sådan av sina föräldrar. Dessutom slår man fast att det i första hand är till föräldrarna barnet skall vända sig.

Domstolarna har i tvistiga vårdnads mål tagit hänsyn till psykiska faktorer vid bedömning av föräldrarnas lämplighet. Förslaget skulle därför så till vida endast innebära ett lagfästande av praxis. Det borde dock kunna ge upphov till en debatt om vilka synpunkter domstolen bör lägga på de psykiska faktorerna. Följande rättsfall är avsedda att ge exempel på olika synpunkter.

NJA I 1951 A 21

Carin och Torsten hade erhållit äktenskapsskillnad. Båda yrkade att få vårdnaden om barnen, Solveig 10 år och Frank 12 år.

Häradsrätten gav Carin vårdnaden om Frank och Torsten vårdnaden om Solveig. *Hovrätten* gav Torsten vårdnaden om båda barnen. *Högsta domstolen* gav Carin vårdnaden om båda barnen.

Hovrätten motiverade sin dom på följande vis:

Först konstaterade domstolen att båda parter hade möjlighet att ge barnen en god vård. Till förmån för Carin talade att hon som mor skulle vara mer lämpad att ha hand om Solveig under hennes brytningsår. Mot Carin talade att Solveig enligt vittnen visat sig mer fäst vid sin far än vid sin mor. Carin hade gift om sig, och domstolen anmärkte att det därför fanns risk för att Carin inte skulle kunna ägna sina barn den omvårdnad som hon kunnat om hon inte gift om sig. Vidare menade domstolen att man fick räkna med att barn i det senare äktenskapet skulle kunna inverka på Carins intresse för Frank och Solveig.

Beträffande Torstens lämplighet fann hovrätten att ett intyg från barnavårdsnämnden visade, att han skulle komma att ägna barnen hela sitt intresse.

Man utgick i hela resonemanget från att syskonen inte skulle skiljas från varandra utan att en av föräldrarna skulle få vårdnaden om båda.

NJA I 1966 A 7

Åke och Berta yrkade båda att under hemskillnadstiden få vårdnaden om makarnas två barn, Nils Jonas och Per Åke, 7 och 6 år gamla.

Häradsrätten gav Åke vårdnaden. *Hovrätten* gav Berta vårdnaden. *Högsta domstolen* gav Åke vårdnaden om båda sönerna.

Högsta domstolen stödde sig på ett yttrande från barnavårdsnämnden. I detta hette det bl a:

Berta verkade ha svårt att sköta barnen vid sidan av sitt förvärvsarbete. Barnen var livliga och behövde tillsyn. Man måste räkna med att de under kommande år skulle få ett ännu större behov av personlig omvårdnad och handledning. Berta var känslomässigt labil och hade nedsatt psykisk motståndskraft.

Åke arbetade nattskift 4 gånger i veckan. Han hade avsevärd fritid, som han kunde ägna barnens tillsyn och fostran. Han hade visat att han hade stort intresse för dem genom att träffa dem regelbundet.

NJA I 1967 A 5

Martha och Sixten hade fått äktenskapsskillnad. De yrkade båda att få vårdnaden om barnen, Keith och Ronny, 5 år och 2 år.

Häradsrätten gav Martha vårdnaden om båda barnen. *Hovrätten* ändrade domen och gav Sixten vårdnaden. *Högsta domstolen* ändrade hovrättens dom och fastställde häradsrättens i vårdnadsfrågan.

I högsta domstolen hade man som vittne hört Helga N, som haft barnavårdsnämndens förordnande som övervakare för barnen och dessutom haft hand om dem om dagarna, då Martha arbetat. Helga N har uppgivit att hon alltid funnit barnen välskötta, friska och trevliga. Hon ansåg att det rädde ett gott och förtroendefullt förhållande mellan Martha

och barnen och att Martha hade förmåga att tillgodose barnens ömhetsbehov, som särskilt hos Ronny var starkt framträdande. Att Martha efter separationen haft livligt umgänge med olika män kunde ha inneburit viss otrygghet för barnen men syntes inte ha förorsakat dem psykisk skada. Martha hade nu förlovat sig och detta gav möjlighet till en utveckling mot en mognare livsföring.

Högsta domstolen hänvisade till Helga N:s vittnesmål och tillade, att hänsyn till att båda barnen ännu var i en ålder, då de hade ett stort behov av moderns omvårdnad, talade för att det var bäst för dem att stanna hos modern.

NJA I 1962 A 56

Karin och Bertil hade fått äktenskapsskillnad. De yrkade båda att få vårdnaden om barnen, Stig Bertil och Olov Tomas, 12 och 6 år gamla.

Häradsrätten gav Karin vårdnaden om båda barnen. *Hovrätten* ändrade domen och gav Bertil vårdnaden. *Högsta domstolen* ändrade hovrättens dom och gav Karin vårdnaden om båda.

Hovrättens motivering i ett avsnitt återges nedan ordagrant:

”Valet av vårdnadshavare bör ske med utgångspunkt från att vårdnaden avser 2 pojkar, snart 14 respektive 8 år gamla.” (Det hade gått två år sedan målet startade i underrätt.) ”Barnen ha således lämnat den ålder, vid vilken vårdnadshavarens uppgifter till väsentlig del består i att under kärleksfull kontakt med barnet sörja för dess omedelbara timliga behov, vilka uppgifter i allmänhet antagas bäst kunna fyllas av barnets moder. I stället har vårdnadshavarens skyldigheter att sörja för barnets karaktärsfostran, utbildning och anpassning till samhällslivet börjat träda i förgrunden. Vid en ur dessa synpunkter företagen bedömning av parternas förutsättningar att handhava vårdnaden antecknar Hovr:n till en början, att någon anmärkning i dessa hänseenden icke riktats mot Bertil och att denne i HovR:n gjort intryck av att vara pålitlig, ansvarsmedveten och intresserad av sina barns framtid.”

I högsta domstolens motivering för att ge Karin vårdnaden ingick följande:

”dels till att Olov Tomas ännu befinner sig i en ålder, då behovet av moderns omvårdnad gör sig starkt gällande, finner K Maj:t det vara med barnens bästa mest överensstämmande, att vårdnaden om dem tillerkännes Karin.”

Rättsfallen ger exempel på hur domstolarna resonerar om psykiska faktorer i vårdnadsmål. Man stöder sig i mycket stor utsträckning på allmänna åsikter om barns behov vid olika åldrar och kön, och föräldrars förmåga att ge kärlek och omsorg, beroende på om det är mor eller far. Jag kommer närmare in på det sätt domstolarna hanterar erfarenhets-satser om kön och ålder i kapitlet om bevisvärderingen. I det här sammanhanget är det intressant om och på vilket sätt

domstolarna kan påverka attityderna i samhället.

Högsta domstolens beslut i rättsfallet 1966 A 7 att ge fadern vårdnaden om två söner grundades på en bedömning av hur stor del av sin tid vardera föräldern skulle kunna ägna åt barnen och hur de skulle orka med sin föräldraroll. Man fann att det skulle bli svårt för modern på grund av hennes förvärvsarbete, medan faderns arbete skulle ge honom mera tid och kraft över att ägna sig åt barnen. En dom med en motivering av detta slag, som innehåller en bedömning av just dessa föräldrars personliga omständigheter och förutsättningar, torde ha ingen eller ringa normgivande betydelse.

Annorlunda förhåller det sig med följande uttalanden. I rättsfallet 1951 talas om att modern skulle vara mera lämpad än fadern att ta hand om en 10-årig dotter under hennes kommande brytningsår. I rättsfallet 1967 säges att hänsyn borde tagas till att båda barnen ännu var i en ålder, 5 och 2 år, då de hade ett stort behov av moderns omvårdnad. I rättsfallet 1962 uttalade högsta domstolen att den 8-årige sonen ännu befann sig i en ålder, då behovet av moderns omvårdnad gjorde sig starkt gällande. Det mest flagranta uttalandet finns i hovrättens motivering i 1962 års fall. Hovrätten har här uttalat sig om pojkars behov av sin mors ömhet upp till 8 års ålder varefter behovet av ledning vid karaktärsfostran, utbildning och anpassning till samhällslivet skulle överväga.

Hur viktiga är uttalanden av denna typ av domstolarna? De går klart utöver det aktuella fallet och innehåller värderingar framställda på ett sätt som om de vore allmänt accepterade sanningar. Antag att domstolarna även i fortsättningen skulle redovisa "erfarenhetssatser" av denna typ. Antag vidare att man införde en lagregel om barnets rätt till psykisk omsorg. Skulle i så fall den psykiska omsorgen tolkas med hjälp av domstolarnas "erfarenhetssatser"? Skulle man fordra kärlek och ömhet av modern beträffande små barn och ledning vid karaktärsfostran och samhällsanpassning av fadern beträffande större barn?

Att de högre domstolarnas uttalanden av "erfarenhetssat-

ser” är normgivande för lägre domstolar vid avgörande av vårdnadstvister är självklart. Den intressanta frågan här är om uttalanden av denna typ skulle ha betydelse som direkt normgivande i samhället genom att påverka attityder.

Man kan tänka sig att markera öppenhet i könsrollsfrågorna genom att förtydliga lagtexten till: ”*Alla barn har rätt till kärlek, förståelse och stimulans från båda sin föräldrar.*”

Barnet har rätt att få råd och stöd vid viktiga val, såsom angående utbildning och yrke

Enligt nu gällande 6:2 FB skall vårdnadshavaren tillse att barnet erhåller *utbildning* efter vad som är tillbörligt med hänsyn till föräldrarnas villkor och de tillgångar barnet kan äga samt barnets anlag.

Det gäller inte i 6:2 kostnaderna för utbildningen utan att *arrangera* en utbildning för barnet i relation till de ekonomiska resurserna och barnets anlag. Stadgandet står i klar strid med de senaste decenniernas målsättning för undervisningen: att lösgöra barnet från beroendet av föräldrars och egna ekonomiska tillgångar och att skapa möjlighet för barnet att kunna välja utbildning endast efter anlag och fallenhet.

Förälders skyldighet att ekonomiskt svara för barnets utbildning regleras i 7 kap FB. Underhållsskyldigheten är inte beroende av en hänvisning till kravet att arrangera utbildning i 6:2, eftersom förutsättningarna inte överensstämmer. Underhållsskyldigheten gäller inte vårdnadshavare i allmänhet utan endast förälder och myndighetsgränsen 18 år är inte absolut i mål om underhåll.

I mitt förslag har förälders skyldighet att tillse att barnet erhåller utbildning ersatts med rätt för barnet att få råd och stöd vid val av utbildning.

Föräldrars uppgift att råda barnet vid yrkesval skall ses mot bakgrund av samhällets service. Det finns skolkuratorer och yrkesvägledare som hjälper till med anlagstester och upplysningar. Förälderns nog så viktiga roll är att med barnet

diskutera igenom olika tänkbara alternativ och att väga för och emot olika möjligheter.

Barnet har rätt till bostad, uppehålle och medel till sina särskilda behov

Valet av ord är ett försök att modernisera "sörja för barnets person" och "tillse att det erhåller uppehålle". I sak innebär förslaget ingen ändring. Två kommentarer bör likväl göras.

Detta stadgande är liksom det föregående inte avsett att reglera vem som slutligen skall stå för kostnaderna. Detta regleras i 7 kap FB. Av 7 kap framgår emellertid att barnets tillgångar i första hand skall kunna tas i anspråk. Frågan är om inte detta borde komma till uttryck i lagtexten även i 6 kap. Skälet härtill är följande:

Tiderna har väsentligt förändrats de senaste decennierna beträffande ungdomars egna inkomster. Om man bortser från den just nu rådande arbetslösheten, gäller *dels* att man varvar studier och arbete redan på ett tidigt stadium, *dels* att skillnaden mellan nettolön (efter frånräkning av skatt) för icke yrkesutbildade ungdomar och yrkesutbildade vuxna är långt mindre än den varit tidigare. Det är därför inte rimligt att föräldrar skall bekosta bostad, mat och kläder för en tonåring, medan denne behåller den egna arbetsinkomsten för egna utgifter. Man borde överväga att införa ett stadgande för ungdomar motsvarande det som gäller äkta makar i GB 5:2. Det skulle innebära att man förpliktade barnet att efter sin förmåga bidra till sitt och eventuellt även familjens underhåll.

Den andra kommentaren är snarare ett notering. Det gäller den tidigare skillnaden beträffande åldersgränser vid vårdnadens upphörande och underhållsskyldighetens upphörande. Vårdnaden upphör ju vid 18 år, medan den legala undre gränsen för underhållsskyldighetens upphörande är satt till 16 år. I praxis har man tidigare följt den nedre gränsen i vissa fall och utdömt underhållsbidrag upp till avslutade akademiska studier i andra fall.¹¹ I ett principuttalande i

rättsfallet NJA 1970, s 498 uttalade högsta domstolen att med hänsyn till att de flesta ungdomar fortsätter sin utbildning efter grundskolan, borde inte underhåll bestämmas för kortare tid än till dess barnet fyllt 18 år. Denna välkomna samordning av åldersgränserna stämmer med administrativa föreskrifter som lagen om bidragsförskott och med avdragsrätten enligt kommunalskattelagen.¹²

Tillsyn och vägledning

Nu gällande 6:3 om förälders skyldighet att hålla uppsikt över barnet skulle enligt mitt förslag ersättas med skyldighet att utöva tillsyn över små barn och vägleda de större.

I kapitel 3 har barnets rätt till integritetsskydd behandlats och i samband därmed förbud mot aga. Ett sådant förbud skulle begränsa förälders möjlighet att använda våld vid utövande av uppsikt. Frågan är nu vilka befogenheter och skyldigheter som skall åvila föräldrarna då det gäller att hålla ordning på barnet.

Ett blott och bart stadgande om skyldighet att hålla uppsikt är enligt min mening meningslöst, därför att det inte är realistiskt i dagens situation. I ordet ligger ett krav på personlig närvaro av föräldrarna. För föräldrar som båda yrkesarbetar är det helt enkelt fysiskt omöjligt att själva hålla uppsikt över barnet ett stort antal av dagens timmar. För små barn ordnas tillsyn i så fall av annan – men ordet tillsyn är för dessa mera adekvat än uppsikt. För större barn förefaller ett krav på vägledning och information vara bättre anpassat till verkligheten.

Domstolarna kan komma att behöva ta ställning till de båda föräldrarnas förmåga att hålla ordning på barnet i tvistiga vårdnadsmål. Nuvarande 6:3 spelar dessutom en roll för förankring av *straff- och skadeståndsansvar*.

Stadgandet i BrB 23:6 om straff för vårdnadshavare som underlåter att hindra barnet från att begå brott kan ses som ett straffsanktionerat specialstadgande till 6:3. Skadeståndsskyldighet på grund av försummad uppsikt har prövats i en rad rättsfall.¹³ Av intresse är hur man anknutit detta till den *rättsliga vårdnaden*.

I ett *rättsfall*, *NJA 1949, s 617*, dömde samtliga tre instanser Ingvar och hans mor, Elin, att solidariskt betala skadestånd och Elin att dessutom ensam betala ett skadeståndsbelopp, allt till Göran. Ingvar hade skjutit av en träpil i ögat på Göran, och ersättningen utgick för nedsatt synförmåga och sveda och värk.

Elin ansågs vårdslös, därför att hon gett Ingvar pilbågen och sedan lämnat honom utan tillsyn.

I ett *rättsfall*, *NJA 1945, s 471*, blev en fader dömd att betala skadestånd till en cyklist som kört omkull på vägen utanför hans tomt. Sonen hade sparkat ut en boll på vägen som träffat cyklisten och orsakat omkullkörningen.

Fadern ansågs vårdslös, därför att han själv ordnat bollsparkningen och själv deltagit och därför haft särskild anledning att se till att spelet drevs utan fara för annan.

I ett *rättsfall*, *NJA 1941, s 661 II*, blev en fader dömd av underrätterna att betala skadestånd till en person för att hennes öga hade måst amputeras. Hans son hade skjutit mot henne med luftbössa.

Fadern ansågs vårdslös, därför att han inte noggrant instruerat sonen, att man aldrig fick rikta ett skjutvapen mot en människa. Högsta domstolen friade fadern.

I ett *rättsfall*, *SvJT 1951, s 496*, hade skadeståndsyrkande riktats mot både fadern och modern. Barnet, en 5-årig pojke, hade cyklat ut på allmän väg och förorsakat trafikolycka. Endast modern blev dömd att betala skadestånd med motivering: "Det är naturligt, att när barnets fader är frånvarande på sitt arbete . . . tillsynsplikten måste falla på modern."

I samtliga fyra fall har förälder som varit vårdnadshavare i lagens mening ålagts skadeståndsskyldighet för sitt barns handlande. I tre av de fyra fallen har föräldern dessutom haft personlig uppsikt över barnet, vilket däremot den andre föräldern inte haft. I dessa tre fall har man alltså grundat skadeståndsskyldighet på både den rättsliga vårdnaden och en faktisk uppsikt.

Om båda föräldrarna har rättslig vårdnad om barnet, har alltså endast den förälder som haft tillsynsplikt vid olyckstillfället blivit skadeståndsskyldig. Detta måste innebära, att om vårdnaden överlåtits åt annan och denne varit vårdslös med uppsikten, skulle ett skadeståndskrav mot förälder-rättslig vårdnadshavare inte kunna bifallas. Rättspraxis måste vidare tolkas så att vid gemensam vårdnad den förälder som för tillfället bor på annat håll inte skulle kunna

göras ansvarig för skada som barnet förorsakat. Det är här frågan om en begränsning av det ansvar man lägger på den rättsliga vårdnadshavaren för hur den faktiska vårdnaden fungerar.¹⁴

Rättsfallet från 1941 är bedömt på ett annorlunda sätt. Fadern, som av underrätterna ålades skadeståndsskyldighet, hade inte haft någon personlig tillsyn över pojken vid tillfället. Sonen hade haft en luftböss, som han gick omkring och sköt med i lägenheten. Den skadade berättade inför domstolen att hon, som var anställd i hushållet, flera gånger bett pojken att inte sikta på henne och att modern åtminstone vid ett tillfälle hört detta. Modern var emellertid inte instämd i målet.

Underrätterna dömde fadern att betala skadestånd, därför att han inte gett pojken tillräckligt noggranna instruktioner om hur han skulle hantera luftbössan. Man ställde alltså en annan typ av uppsiktskrav på fadern än man gjort i de andra här redovisade rättsfallen. I dessa hade det gällt att se till hur en pojke hanterade en pilbåge, hur en pojke sparkade boll och hur en pojke cyklade utanför ett främmande hus där han var på besök tillsammans med sin mor. I rättsfallet 1941 ansåg man fadern vårdslös genom att inte *i förväg* ha instruerat sonen hur han skulle hantera luftbössan.

I högsta domstolen var meningarna delade. Två justitieråd friade fadern från skadeståndsskyldighet med motivering att det icke hade visats att fadern genom underlåtenhet att lämna sonen nödiga instruktioner om luftbössans handhavande . . . varit vårdslös. Ett justitieråd förenade sig med dessa om domen men gav en avvikande motivering. Två justitieråd ville döma fadern till skadeståndsskyldighet, därför att han givit sonen bristfälliga instruktioner om hur han skulle handskas med bössan. Den linje som underrätterna och HD:s minoritet följt skulle betyda ett strängt krav på förälder, som visserligen var rättslig vårdnadshavare men lämnat bort den faktiska tillsynen för *kortare eller längre tid*. Fallet ger en fingervisning om möjligheten att knyta ett skadeståndsansvar till ett krav på förälder om *vägledning och information*.

Man kan lägga olika synpunkter på lämpligheten av en skadeståndsskyldighet av sådan typ. En synpunkt är, att en anknytning av skadeståndsansvar till kravet på vägledning och information skulle ge en extra tyngd åt detta. Kravet skulle träffa samtliga föräldrar med rättslig vårdnad, även dem som inte var samboende med barnet och därigenom ha betydelse för attitydpåverkan.

Från föräldraauktoritet till samråd

En *mini-demokrati* måste ha spelregler. I de föregående punkterna, vilka delvis har en motsvarighet i gällande rätt, har jag behandlat vad barnet kan kräva av sina föräldrar och vad föräldrarna är skyldiga att göra visavi barnet. I sista avsnittet i förslaget har jag lagt fram spelregler för förhållandet mellan barn och föräldrar. Att över huvud taget ge spelregler härför är nytt för svensk rätt.

Mitt förslag har sin förebild i det norska förslaget, NOU 1977:35.¹⁵ Grundtanken är att föräldraauktoritet skall ersättas av diskussioner mellan barnet och föräldrarna och att barnet självt skall få bestämma i allt större utsträckning. Det heter i det norska förslaget, att det är en viktig sida av vårdnadsansvaret att barnet känner att det kan lägga fram sina problem för föräldrarna och få råd och förståelse av dem. Detta kräver, säger man vidare, att föräldrarna tar sig tid till att lyssna till barnet i stället för att utan diskussion tala om för det hur det skall göra, och vad värre är sker detta inte särskilt ofta. Särskilt sedan barnet kommit in i skolåldern, menar man, att huvudvikten skall läggas på samråd och inte på att föräldrarna själva skall bestämma. Å andra sidan, medger man, uppstår det då och då situationer, då det skulle vara en stor belastning för barnet att självt vara tvunget att fatta beslut. Men man framhåller och betonar att föräldrarnas huvuduppgift i princip skall vara att lyssna till barnet och diskutera med det de problem som det önskar ta upp, och på detta sätt förbereda barnet på de livssituationer det kommer att möta och på de val som det då måste träffa. Valen bör emellertid först och främst vara barnets egna.

Mot ett förslag om samråd kan mycken kritik väntas. Om någon punkt i förslaget om innebörden av vårdnaden i detta kapitel kan bombarderas med ironiska anmärkningar, så är det denna. Innan man underkänner barnets förmåga att vara samrådspartner, skall man dock tänka på en sak.

Ett auktoritärt system konserverar sig självt medan ett demokratiskt system utvecklar sina medlemmars förmåga till samarbete. Föräldraauktoritet kan förkväva barnets egen handlingsförmåga och verkar inte utvecklande på barnet. Är föräldraauktoriteten hård kan den leda fram till att barnet en dag gör en våldsam utbrytning. I gamla tider rymde pojkar och gick till sjöss. I dag kan effekten bli långt allvarligare med alkohol och narkotika i förlängningen.

Familjedemokrati är inte bara till för sin egen skull. Den är avsedd att verka utvecklande på barnets förmåga att tänka och handla självständigt. Om ett barn inte är tillräckligt moget för att delta i ett samråd med föräldrarna på ett meningsfullt vis är detta inte ett argument mot samråd. I stället är det desto viktigare att man försöker om igen för att träna barnet att delta i ett samråd.

Successiv ökning av barnets självbestämmanderätt

Man kan öka barnets självbestämmanderätt antingen genom generella åldersgränser eller genom föreskrifter om individuell mognadsprövning. Vi har exempel på båda metoderna i svensk rätt i dag.

Ett barn som fyllt 12 år skall självt lämna tillstånd till adoption. Ett barn som fyllt 15 år kan självt "föra sin talan" enligt BvL. Ett barn som fyllt 16 år kan självt säga upp ett arbetsavtal och ingå ett nytt. En 16-åring råder själv över vad han med eget arbete förtjänat. En 16-åring, som med vederbörligt tillstånd driver näring, får ingå alla rättshandlingar som faller inom området för näringen, inbegripet ta upp lån. En 18-åring har alla den vuxnes rättigheter.

En successiv ökning sker av barnets självbestämmanderätt då det gäller för det att självt företräda och göra gällande fri- och rättigheter. Enligt JO Wennergren skall barnet självt

få företräda beroende på ålder, mognad och omständigheterna i övrigt.¹⁶

Skillnaden mellan de två metoderna ligger däri, att fixeringen till vissa åldersgränser ger schabloner som är lätta att hantera, medan den individuella mognadsprövningen nödvändiggör ett ställningstagande i varje särskilt fall.

Om man vill tillämpa en av metoderna inom familjedemokratin, faller valet självklart på den individuella mognadsprövningen. Mångfalden av frågor och barnets nära förhållande till föräldrarna gör en individuell prövning av varje särskilt fall naturlig. I de flesta familjer sker en sådan ökning av barnets självbestämmanderätt automatiskt. Förslaget är på denna punkt inte särskilt revolutionerande.

Noter

1. Kommittédirektiv JU 1977:25, s 2 f.
2. Se ang samhällets rätt att ingripa SOU 1977:40, s 47 och 211.
3. Prop 1975/76:170, Lagutskottets betänkande 1975/76:33.
4. Lagen om barn i äktenskap, NJA II 1921, s 235–256.
5. NJA II 1950, s 65–67 och 1966, s 612.
6. Prop 1975/76:170, s 17 ff.
7. Prop 1975/76:170, s 178.
8. Med reservation för vad som gäller enligt BvL 50 §.
9. Prop 1975/76:170, s 142.
10. NOU 1977:35, s 158, 46, 122 f.
11. Beckman-Höglund, s 159 ff.
12. 1970 ändrades lagen om bidragsförskott så att åldersgränsen höjdes från 16 till 18 år. Samma år ändrades kommunalskattelagen 46 § så att avdragsrätten för underhållsbidrag till barn utsträcktes till att gälla även barn mellan 16 och 18 år.
13. Beckman-Höglund, s 183 ff.
14. Se Hellner, Jan, Skadeståndsrätt, s 212 f.
15. NOU 1977:35, s 158, 47, 123 f.
16. Se s. 34 ff.

Valet av vårdnadshavare – inledning till kapitlen 5, 6 och 7

Reglerna om fördelning och placering av vårdnadsansvaret för barnet i FB 6 kap är på flera vis produkter av samhällets syn på äktenskapet och äktenskapsrättens utveckling. Detta faktum bildar grunden för den följande framställningen i kapitel 5 om rätt till skilsmässa för barnet från dess föräldrar, i kapitel 6 om barnets talerätt och i kapitel 7 om domstolarnas bevisvärdering i vårdnadsmål. Den här lämnade historiska översikten över vårdnadsreglernas beroende av äktenskapsreglerna och översikten över olika typer av vårdnadsmål skall tjäna som inledning till samtliga tre kapitel.

Historisk översikt

Vårdnadsreglerna har från början varit äktenskapsreglernas följeslagare. Redan i 1915 års lag om ingående och upplösning av äktenskap intogs ett stadgande om rättens beslut i vårdnads- och umgängesfrågor.

1915 års lag gav make rätt att begära skilsmässa på vissa i lagen bestämda grunder, ex alkoholism och otrohet. Om skilsmässa utdömts på grund av alkoholism eller otrohet, ansågs den som gjort sig skyldig här till bära skulden till skilsmässan. Detta kunde ha vissa rättsverkningar bland annat vid valet av vårdnadshavare. Det hette att om makarna var lika skickade att ha vårdnaden om barnet och den ena huvudsakligen bar skulden till skillnaden, skulle den andra erhålla vårdnaden.

Bakom 1915 års lag fanns den styrande idén att värna om äktenskapet. Genom att ge äktenskapet särskilda rättsverkningar gav man även barnet, som var fött i äktenskapet, del därav. Härigenom kom tillvaron för de barn som fötts av

ogift mor att bli i behov av särskild lagstiftning, vilket tillgodosågs genom *lag 1917 om barn utom äktenskapet*.

I 1917 års lag reglerades bl a valet av vårdnadshavare för barn födda utom äktenskapet. Från barnets födelse var modern ensam vårdnadshavare. På båda föräldrarnas begäran kunde vårdnaden överföras på fadern. Endast om modern var olämplig kunde fadern på egen begäran få övertaga vårdnaden.

I dessa två lagar grundlades vårdnadsreglernas beroende av äktenskapsrätten i två viktiga avseenden. 1. Uppdelningen av barn efter föräldrarnas civilstånd i *barn i ä*, dvs födda inom äktenskapet och *barn u ä*, dvs födda utom äktenskapet fixerades genom att de från början behandlades i två skilda lagar. 2. Den ena förälderns skuld till skilsmässan kunde bli avgörande vid valet av vårdnadshavare efter skilsmässa.

1949 års föräldrabalk, FB, medförde inga nyheter i dessa avseenden. Först under de följande trettio åren förändrades den allmänna uppfattningen inom samhället och satte spår inom familjerätten. Även under denna utveckling synes en förändring först och främst ha gällt synen på de vuxnas samlevnadsförhållanden och först i andra hand inställningen till barnet. Även i 1970-talets familjerättsliga lagstiftning framstår vårdnadsreglerna som äktenskapsreglernas följeslagare.

Äktenskapsregler 1974 – vårdnadsregler 1977

Under de senaste decennierna har det skett en utveckling mot andra samlevnadsformer. En avtagande religiositet, en större öppenhet och fördomsfrihet i sexuella frågor och ett accepterande av kvinnan som individ och jämlike till mannen har under 60–70-talen givit en ökad rörlighet i samlevnadsmönstret. Allt fler unga människor vill leva tillsammans utan legala band, och om de ingått äktenskap, vill de kunna få ut skilsmässa utan ingående domstolsprövning.

Under förarbetena till 1974 års äktenskapsregler diskute-

rades att tillerkänna faktiskt samboende konstitutiv effekt, dvs att ge det samma rättsverkningar som vigsel. Så skedde dock inte. Kvar står skillnaden mellan äkta makar förenade genom vigsel och ogifta vare sig dessa är samboende eller inte. Endast äkta makar har förpliktelser mot varandra enligt giftermålsbalken.

Samtidigt som det skett en utveckling mot en friare syn på samlevnadsformerna, har synen på barn födda utom äktenskapet förändrats. 1969 fick barn u ä full arvsrätt efter fadern. 1974 blev fadern till u ä barn likställd med modern vid domstols prövning av placering av vårdnadsansvaret.

Den stora förändringen av äktenskapsrätten som skedde genom 1974 års äktenskapsregler gällde skilsmässogrunderna. De särskilda grunderna avskaffades och äktenskapet gjordes till en typ av uppsägbart avtal. Om föräldrarna är eniga om skilsmässa och inte har gemensamma barn under 16 år, kan de erhålla skilsmässa omgående. I annat fall skall en "uppsägningstid", s k betänketid, av 6 månader löpa.

Genom 1977 års vårdnadsregler gavs möjlighet för alla föräldrapar att ha gemensam vårdnad om barnet. För *faktiskt samboende* innebär detta, att fastän de inte enligt äktenskapsreglerna likställs med gifta, kan de få gemensamt ansvar för barnet. För *skilda föräldrar* innebär det, att möjlighet finns för dem att efter skillnaden ha kvar den gemensamma vårdnaden om barnet. För *ogifta icke-samboende föräldrar* ges även möjlighet att ha gemensam vårdnad om barnet, vilket framför allt bör kunna få betydelse för sådana som varit faktiskt samboende och separerat.

Beroendet av äktenskapsreglerna försvann i två viktiga hänseenden. Om skilda föräldrar inte önskar gemensam vårdnad skall domstolen besluta i vårdnadsfrågan utan att undersöka eller ta hänsyn till vem av dem som haft skulden till skilsmässan. Kategoriindelningen av barn i barn i ä och barn u ä har spelat ut sin roll och kunde mönstras ut ur texten till vårdnadsreglerna. Barnets oberoende av föräldrarnas civilstånd var ett faktum.

Men det ideologiska sambandet består. Uppfattningen att människorna själva skall få bestämma hur de vill ordna sitt

samliv med varandra präglar i dag både äktenskapsrätten och vårdnadsreglerna. Medan vigsel blivit ett konfirmerande och registrerande av ett avtal och skilsmässan en avregistrering har den gemensamma vårdnaden skapats som ram inom vilken avtalsfrihet råder.

Visserligen skall rätten på ansökan av föräldrarna besluta om gemensam vårdnad och detta beslut skall fattas först efter en prövning av att gemensam vårdnad inte uppenbart skulle strida mot barnets bästa. Men sådan prövning sker relativt summariskt. Och sedan föräldrarna väl fått gemensam vårdnad, kan de fritt sams emellan avtala om vem av dem som skall ha den faktiska vårdnaden om barnet.

Det har även tidigare varit möjligt att avtala föräldrar emellan om den faktiska vårdnaden. Men detta har inte varit avsett och det har förekommit fall, i vilka sådana avtal givit stötande resultat. Det har ex hänt att domstolen efter en noggrann prövning funnit att den ena föräldern var betydligt bättre lämpad som vårdnadshavare än den andra, men föräldrarna har omedelbart efter domstols beslut avtalat att den andra skulle ha den faktiska vårdnaden. Genom rätten till gemensam vårdnad för alla föräldrapar legaliseras föräldrarnas rätt att avtala om den faktiska vårdnaden. Ett sådant avtal blir en nödvändighet i varje fall för särboende föräldrar med gemensam vårdnad.

Olika typer av vårdnads mål

Man skiljer mellan att ha vårdnaden direkt på grund av lag och att ha vårdnaden enligt domstols dom eller beslut.

Enligt lagen har båda föräldrarna, om de är gifta, och modern ensam, om hon är ogift, vårdnaden om barnet från dess födelse. Enligt lagen får föräldrar automatiskt gemensam vårdnad om de gifter sig med varandra efter barnets födelse. Står barnet under vårdnad av bägge föräldrarna och dör en av dem tillkommer enligt lagen vårdnaden automatiskt den andre.

Övriga fall av placering av vårdnadsansvaret skall beslutas av domstol. Här nedan följer en översikt över dessa.

A. Mål eller ärenden, i vilka båda föräldrarna är parter

1. Vårdnadsfrågan är ostridig

- 1.1. Föräldrarna yrkar att starta eller fortsätta gemensam vårdnad.
- 1.2. Föräldrarna yrkar upplösning av gemensam vårdnad och utseende av vårdnadshavare enligt deras överenskommelse:
 - a. i samband med äktenskapsskillnad,
 - b. i samband med separation av faktiskt samboende,
 - c. mellan särboende föräldrar.
- 1.3. En förälder yrkar överföring av vårdnadsansvaret från den andre, vilket denne medger.

2. Vårdnadsfrågan är stridig

- 2.1. Vid upplösning av gemensam vårdnad yrkar båda föräldrarna att han/hon skall få vårdnaden om barnet:
 - a. i samband med äktenskapsskillnad,
 - b. i samband med separation av faktiskt samboende,
 - c. mellan särboende föräldrar.
- 2.2. En förälder yrkar överföring av vårdnadsansvaret från den andre, vilket denne bestriider.

B. Mål eller ärenden, i vilka endast den ena föräldern behöver vara part

1. Den ena eller båda föräldrarna kan yrka återgång av vårdnadsansvaret från särskilt förordnad förmyndare.
2. Om en förälder ensam haft vårdnaden och denna förälder dör, kan den andre på ansökan få vårdnaden, såvida ej denna med hänsyn till barnets bästa bör anförtrös åt särskilt förordnad förmyndare.
3. På anmälan av barnavårdsnämnd kan den ena eller båda föräldrarna fråntagas vårdnaden på grund av grov försummelse m m.

Det är principiellt viktiga skillnader mellan målen i grupp A och målen i grupp B. A-målen har typiskt samband med en föräldrakris. Med föräldrakris menar jag en konfliktsituation mellan föräldrarna som i första hand angår dem själva. En sådan kan vara akut eller förlängd. B-målen saknar typiskt sådant samband. Möjligtvis kan man tänka sig en föräldrakris i fall B 2, alltså som skäl till vanvård av barnet.

Endast i fallen under A 2 står föräldrarna mot varandra

som stridande parter i processen. På viktiga punkter skiljer sig regelsystemet beträffande icke stridiga mål under A1 och stridiga mål under A2. Bevisvärderingen sker på olika sätt i dessa mål.

En talerätt för barnet har endast aktualiserats i B-mål.

Uppställningen ger en överblick över hur regelsystemet är uppbyggt från och för föräldrarnas olika situationer. Den enda regel om vilken man skulle kunna påstå att den är primärt gjord för barnet är regeln i B2, alltså vid förälders försummelse. Detta motiverar några ord särskilt om denna.

I 6:9 FB anges förutsättningen för att efter anmälan av barnavårdsnämnd framtaga förälder vårdnadsansvaret på följande vis:

”gör sig en av dem skyldig till grovt missbruk eller grov försummelse vid vårdnadens utövande eller innebär hans deltagande i vårdnaden eljest fara för barnets utveckling . . .”

Passusen ”innebär hans deltagande”² etc tillkom på initiativ från lagrådet först 1976 i yttrandet över dep promemorian som sedan lades till grund för prop 1975/76:170.²

Lagrådet angav som skäl för ändringen följande. Grovt missbruk och grov försummelse vid vårdnadens utövande var starka krav för att barnavårdsnämnd skulle kunna begära att en vårdnadshavare skildes från vårdnaden. Lagrådet framhöll att kraven var betydligt strängare än förutsättningar för omhändertagande för samhällsvård. Dessutom framhöll lagrådet, kunde reglerna om gemensam vårdnad medföra att behovet av att barnavårdsnämnden ingrep och vid domstol begärde entledigande av vårdnadshavare ökade. Man kunde inte räkna med, hette det, att den ena föräldern alltid skulle vilja söka upplösning av gemensam vårdnad, även om den andre misskötte sig. Däremot kunde det tänkas, att en förälder i ett sådant fall gärna såg att barnavårdsnämnden tog initiativet.

Lagrådets avsikt har tydligen varit att en förälder skulle kunna framtas vårdnaden även vid lindrigare försummelse. Antagligen kan man tolka detta så att det numera

finns möjlighet att ingripa även vid psykisk misskötsel av barnet. Av vikt för den fortsatta framställningen är dock att det fortfarande skall vara någon form av missbruk eller försummelse från förälderns sida. Det är förälderns deltagande i vårdnaden som skall granskas. Även i detta stadgande är fortfarande grunden för bedömningen förälderns handlande och förälderns förutsättningar.

Noter

1. Förarbetena återfinns:
NJA II 1916, s 159
NJA II 1921, s 159
NJA II 1973, s 113
NJA II 1917, s 374–380
NJA II 1921, s 235–256
NJA II 1950, s 64–75
NJA II 1967, s 473
Prop. 1975/76:170 och Lagutskottets betänkande 1975/76:33
2. Prop. 1975/76:170, s 312 f.

5 Barnets rätt till skilsmässa från sina föräldrar

Förslag

På grund av djupgående olikheter i personlighet eller åsikter mellan barnet och dess vårdnadshavare kan domstol på barnets begäran entlediga vårdnadshavaren från uppdraget och, om så är påkallat, överlåta vårdnadsansvaret på särskilt förordnad förmyndare.

Förslaget har ingen tidigare motsvarighet i svensk rätt. Liksom föräldrar kan passa dåligt ihop inbördes kan barn och föräldrar ha olika åsikter i för dem väsentliga frågor och ett barn kan komma in i krissituationer, ur vilka föräldrarna inte har förmåga att hjälpa det. Vilken möjlighet har barnet att självt göra något åt en sådan situation enligt gällande svensk rätt? Under senare år har ett flertal fall av denna typ avgjorts på administrativ väg. Det nedan återgivna kom under JO:s prövning efter anmälan av barnets föräldrar.

JO:s ämbetsberättelse 1975/76, s 218 ff

Lena, 15 år, hade varit omhändertagen för samhällsvård i 10 månader enligt 31 § andra stycket barnavårdslagen, s k frivilligt omhändertagande. Hon hade under denna tid varit placerad i enskilt hem. Orsaken till placeringen hade varit familjeproblem.

Hennes föräldrar, makarna H, begärde att samhällsvården skulle upphöra. Men Lena ville inte återvända till föräldrarna.

Sedan föräldrarna hämtat hem henne rymde hon till Britta H på Nyboda gård redan efter några dagar. Från Nyboda gård hämtade föräldrarna hem henne under dramatiska omständigheter med påföljd att hon fick tagas in på Danderyds psyk akutmottagning. – Lena var nu 16 år gammal. – Dagen efter beslöt ordföranden i sociala centralnämnden att omhänderta Lena för utredning enligt 30 § i barnavårdslagen. Sådan utredning får göras om det finns sannolika skäl för att den som ännu ej fyllt 18 år "misshandlas i hemmet eller eljest där behandlas på sådant sätt, att hans kroppsliga eller själsliga hälsa utsättes för fara, eller om hans utveckling äventyras på grund av föräldrarnas eller annan fostrares olämplighet som fostrare eller bristande förmåga att fostra honom". Det var alltså frågan om ett tillfälligt omhändertagande, som inte får vara längre än fyra veckor. I akuta, svåra situationer har ordföranden rätt att själv fatta beslut om utredning.

Nämnden fastställde en vecka senare ordförandens beslut att omhänderta Lena för utredning. Den utredning som gjordes ledde till att utredaren *inte* ansåg att det fanns skäl att omhänderta Lena för samhällsvård, då man inte funnit missförhållanden som utsatte hennes

själsliga hälsa för fara eller att föräldrarna eljest var olämpliga som fostrare. Denna ståndpunkt följde därefter sociala centralnämnden. Enda möjligheten att omhänderta Lena för samhällsvård i fortsättningen var därför den frivilliga vägen jämlikt 31 § andra stycket barnavårdslagen. För detta fordrades makarna H:s samtycke och eftersom Lena fyllt 15 år, även Lenas.

Makarna H förklarade sig villiga att gå med på omhändertagande enligt 31 § andra stycket men motsatte sig att Lena placerades på Nyboda gård. Lena förklarade sig villig att gå med på omhändertagandet men kunde inte tänka sig att vistas någon annanstans än hos Britta H på Nyboda gård. Dessa positioner förblev låsta genom ärendets handläggning.

Det kunde därefter inte ske något omhändertagande för samhällsvård. Föräldrarna var emellertid fortfarande vårdnadshavare i föräldrabalkens mening. Britta H kunde inte erhålla ersättning för sin vård av Lena. Lena stannade ändå kvar på Nyboda gård och fick praktikantarbete vid ett daghem i Stockholm. Sociala centralnämnden beslöt att lämna kompletterande bidrag till hennes uppehälle, eftersom hennes inkomst var så låg att den ej föreslog till kostnader för bostad och uppehälle.

Makarna H anförde klagomål hos JO över ärendets handläggning på flera punkter. Här är av störst intresse att de ansåg att sociala centralnämnden hade förfarit olämpligt genom att placera Lena under utredningen hos Britta H på Nyboda gård. Enligt deras mening hade Britta H medvetet arbetat på att skilja barn och föräldrar åt i stället för att skapa goda relationer mellan dem.

JO Wennergren anförde bl a:

”Av vårdnadsplikten och vårdnadsrätten följer i princip att vårdnadshavaren bestämmer över barnets vistelseort och personliga förhållanden. I enlighet härmed kan enligt 21 kap 6 § föräldrabalken den som har vårdnaden, när barnet vistas hos annan, påkalla länsrättens åtgärd för att barnet skall överflyttas till honom. Samtidigt skall emellertid beaktas att hänsyn allt efter barnets ålder, mognad och omständigheterna i övrigt skall tas till barnets egen vilja och önskemål. Det framgår indirekt redan av 6 kap 3 § föräldrabalken. Barnets självbestämmanderätt blir visserligen under omyndighetstiden legalt sett aldrig fullständig, men den skall alltid i tillbörlig mån beaktas. Naturligen ökar måttet av självbestämmanderätt ju närmare myndighetsåldern barnet kommer.”

JO påpekade vidare att under utredningstiden är 41 § barnavårdslagen tillämplig:

”Är den omhändertagne icke elev vid ungdomsvårdsskola, ankommer det på barnavårdsnämnden att själv eller genom den åt vilken nämnden anförtrott vårdnaden öva uppsikt över honom samt att, i den mån behandlingen så kräver, bestämma rörande hans person och personliga förhållanden.”

JO framhöll att var Lena skulle placeras under utredningstiden alltså ålåg sociala centralnämnden att bestämma. Föräldrarnas synpunkter borde inhämtas liksom Lenas egna. Var hon skulle placeras var en bedömningsfråga. Beträffande Lenas eget inflytande yttrade JO:

”Lena var vid omhändertagandet 16 år gammal. Stor hänsyn måste därför tas till hennes mening om var hon ville vistas.”

JO ansåg att placeringen av Lena under utredningstiden inte kunde läggas någon till last som fel.

Lena-fallet är en illustration till begränsningen av de sociala myndigheternas möjligheter att enligt nu gällande lag ingripa för att hjälpa barnet. Om föräldrarna inte kan direkt klandras för misskötsel av vårdnaden, kan de barnavårdande myndigheterna inte mot föräldrarnas vilja, via omhändertagande ordna för barnet. Föräldrarna har kvar sin befogenhet som vårdnadshavare att bestämma barnets vistelseort. De sociala myndigheterna måste ha deras samtycke till att överlåta den faktiska vårdnaden på annan person.

Det ligger nu ett förslag till lagar som skall ersätta den nuvarande barnavårdslagen i socialutredningens slutbetänkande, SOU 1977:40. I förslag till lag med särskilda bestämmelser om vård av underårig läggs fram regler för omhändertagande av barnet för samhällsvård. I denna lag föreslås en vidgning av föräldrarnas inflytande, vilket kunde bli av betydelse i ett fall som Lena-fallet. Principen skulle vara att göra vårdnaden om barnet i annat enskilt hem så kortvarig som möjligt. Det föreslås i regel ej längre tid än tre månader och vidare att vården bör så snart som möjligt förläggas till den underåriges hem.

Under förarbetena till förslaget har socialutredningen diskuterat, om inte de omständigheter som föreslås i lagen även borde kunna leda till att föräldrarna framtogs den rättsliga vårdnaden om barnet. Tanken avvisades med motivering att föräldrarna borde kunna fränkännas föräldramyndigheten endast i den i civillag stadgade ordningen, dvs enligt FB och inte i administrativ väg. Man anförde vidare:

”Det har vidare invänts att en sådan ordning ofta skulle vara överflödig, eftersom barnets skiljande från föräldrarna i och för sig innebar en tillräcklig begränsning av föräldrarnas makt att bestämma över barnet.¹

Den möjlighet att fränkänna föräldrarna den rättsliga vårdnaden som socialutredningen diskuterade angår emellertid inte fall lika Lena-fallet. Diskussionen gällde fall, i vilka det fanns förutsättningar för att omhändertaga barnet för

samhällsvård, föräldrarnas vanvård av barnet eller barnets egen "vanart". Det utmärkande för Lena-fallet var just att sådana förutsättningar saknades. Socialutredningen har inte föreslagit några sakliga ändringar av förutsättningarna för samhällsvård mot föräldrarnas medgivande.

Om socialutredningens förslag varit lag, hade Lenas möjligheter att få hjälp av de sociala myndigheterna i vart fall inte ökat. Den adekvata lösningen av Lena-fallet hade enligt min uppfattning varit att frånta föräldrarna vårdnaden om henne. Så som Lena-fallet till slut utvecklade sig visar det på en brist, men inte i handläggningen utan i gällande regler. Förutsättningarna för att frånta förälder vårdnadsrätten enligt föräldrabalken är betydligt strängare än förutsättningarna för att omhänderta ett barn för samhällsvård. Detta är med tanke på att ett fråntagande av den rättsliga vårdnaden är på lång sikt, kanske för alltid, medan ett omhändertagande av barnet kan ske under endast en kort period. I Lena-fallet diskuterades tydligen inte en gång att söka få den rättsliga vårdnaden fråntagen föräldrarna.

I JO:s ämbetsberättelse belyses föräldrarnas situation i Lena-fallet endast kortfattat. Men även ur deras synvinkel måste regelsystemet te sig märkvärdigt. De fick behålla den rättsliga vårdnaden men berövades i praktiken varje möjlighet att utöva denna.

Det behövs ett lagstadgande för fall av typ Lena-fallet. Detta hör hemma i föräldrabalken och skulle stadga förutsättningar angående barnet som grund för att beröva förälder vårdnaden. Ett sådant stadgande kan dock inte ersätta regler angående omhändertagande av barnet för samhällsvård. Det borde tvärtom följas upp i regler angående samhällets kompletterande insatser för att hjälpa barnet tillrätta. Ett domstolsförfarande tar tid och de sociala myndigheterna har möjlighet att genom ett snabbt ingripande hjälpa till i en akut situation. Dessutom kan barnet behöva hjälp på längre sikt med att finna sig tillrätta i annan omgivning.

Fall av denna typ har förekommit på andra håll än i Sverige. I ett amerikanskt rättsfall fastställde Washington Supreme Court 1975 en "skilsmässa" mellan en 15-årig

flicka och hennes föräldrar.

Flickan hade hemställt att bli omhändertagen som "incorrigible" och placerad i fosterhem med vårdnadshavare som hade "views closer to her own". Det enda utslag av vanart hon hade visat var att hon hotat med att rymma, om inte hennes begäran blev bifallen. Hennes föräldrar hade av domstolen befunnits "legally fit".

Flickan beskrevs som "a bright, able, and resolute young woman who . . . has apparently made a decision about her life". Vidare hette det att uppenbarligen innebar hennes begäran att hon inte ville stå under föräldrarnas bestämmanderätt fastän dessa blivit bedömda som legalt oklanderliga.²

Förslaget till ett stadgande i FB om barnets skilsmässa från sina föräldrar skiljer sig från samtliga övriga regler i 6 kap genom att barnets förhållanden skall vara grund för prövningen. Det krävs inte enligt förslaget att föräldrarna misskött sig.

Förslaget kan betraktas som parallellt till nuvarande regler om förutsättningar för skilsmässa mellan man och hustru. Man provar inte längre vid domstol vem som bär skuld till en söndring. Man utgår inte en gång från att någon av föräldrarna kan lastas för att de inte passar ihop.

För att en materiell regel som bygger på barnets förhållanden skall vara meningsfull måste barnet självt kunna åberopa den vid domstol. Jag har därför föreslagit att prövning skall kunna ske på barnets begäran. Barnet har enligt nu gällande regler i FB 6 kap inte någon talerätt i betydelse rätt att väcka talan. Även i denna del är alltså förslaget nytt. I nästa kapitel kommer frågor om talerätten att behandlas.

Noter

1. SOU 1977:40, s. 387 ff. Se även s. 446 ff.
2. American Bar Association Journal, 1977, Vol 63: Puberty, Privacy and Protection: The Risks of Children's Rights, Bruce C. Hafen. s. 1386 f.

6 Barnets talerätt

Förslag

Barnet har rätt att föra talan i mål och ärenden enligt detta kapitel (6 kap FB) vilket skall innebära rätt att företaga de processhandlingar som i olika fall kan vara meningsfulla.

Förslaget saknar tidigare motsvarighet i svensk rätt. Talerätt i vårdnadsmål för barnet är en fråga, som av många avfärdas med en ironisk kommentar över barnet i rättssalen. I en debatt kan en sådan kommentar lätt göras verkningsslös med ett påpekande att spädbarn har rätt att föra talan i faderskapsmål och mot detta har ingen kommit på idén att opponera sig. Men den väsentliga invändningen är att *talerätten öppnar möjlighet att använda processreglerna för barnets intressen* medan möjlighet för barnet till personlig inställelse inte nödvändigtvis följer av talerätten och i vart fall är en underordnad fråga. Om barnet får talerätt kan det uppträda självt eller genom annan enligt följande schema.

Barnet har talerätt

1. Processbehörigt

Själv och/eller genom *ombud* (offentligt biträde)

2. Ej processbehörigt

- a) *Vårdnadshavaren* som legal ställföreträdare – denne kan i sin tur engagera *ombud* (offentligt biträde)
- b) *God man* – om det är en motsatsställning mellan barnet och vårdnadshavaren – denne kan i sin tur engagera *ombud* (offentligt biträde)

Inte heller frågan om processbehörigheten behöver fixeras vid lämpligheten av att släppa in barn i rättssalen. Om man utgår från att ett barn inte annat än i rena undantagsfall kan klara en process ensam, blir frågan om processbehörigheten ett val mellan olika representationsformer för barnet. Ex i tvistiga vårdnadsmål skulle frågan bli om ombud med direkt kontakt med barnet var att föredra framför en god man eller dennes ombud.

Det finns ett stort antal regler inom familjerätten om

talerätt och processbehörighet. Barnet har talerätt för att få domstols förklaring att en viss man är dess fader. En man kan däremot inte väcka talan för att bli förklarad för fader till ett visst barn. Skulle han okunnig härom ändå sända in en stämningsansökan med en sådan begäran skall denna *avvisas*. Barnet är emellertid inte självt processbehörigt i faderskapsmål. Dess talan skall föras av barnavårdsnämnden, modern eller annan vårdnadshavare. Skulle någon annan än dessa tre sända in en stämningsansökan för barnets räkning skall talan *avvisas*.

För vårdnadsmål finns däremot inga regler om vare sig barnets talerätt eller processbehörighet. Den första frågan är därför om legalitetsprincipen gäller, dvs om talerätt inte kan förekomma utan direkt stöd i lagen. I rättspraxis har emellertid barnet i ett par uppmärksammade rättsfall fått föra talan i vårdnadsmål. Det har i dessa fall gällt *rätten att överklaga*.

Jag kommer att inrikta den fortsatta framställningen på två frågor, som jag anser väsentliga:

För det första på vilken sida barnet skall gå in i processen, om det får talerätt. Det finns alltid minst två alternativ till frågan om hos vem och var barnet skall bo och leva. Det finns vuxna som representerar de olika alternativen.

För det andra vilken processhandling talerätten skall avse. I vårdnadsmål, som avgörs i samband med föräldrarnas skilsmässa, är det ex inte meningsfullt att ge barnet rätt att väcka talan.

Men först en genomgång av talerätten inom två närliggande områden, förmynderskapsärenden och den sociala barnarätten.

Förmynderskapsärenden

FB 11:17

”Ansökan om förmyndares förordnande eller entledigande får göras, förutom av överförmyndare och förmyndare, av den omyndige själv, om han fyllt sexton år, samt av hans make och närmaste fränder.”

"I ärende som avses i första stycket skall rätten, när det rör omyndig som fyllt sexton år, bereda denne tillfälle att yttra sig, om det kan ske.

Mot rättens beslut i ärende som avses i första stycket får talan föras, förutom av den som beslutet särskilt rör, av var och en som har rätt att göra ansökan."

FB 20:3 har motsvarande innehåll beträffande "annan rättens åtgärd med avseende på förmynderskap".

De båda paragraferna gäller inte endast underårig utan även omyndigförklarad. I ärenden om omyndigförklaring och förordnande av förmyndare för omyndig är det inte ovanligt med motsatsställning mellan den omyndige och hans släktingar. Det kan finnas olika uppfattningar om den omyndiges mentala tillstånd. I sådana fall är det av betydelse att den omyndige själv kan föra talan. Han har både talerätt och processbehörighet enligt dessa paragrafer. Men det är också viktigt att släktingarna kan föra talan på annat vis än som representanter för den omyndige.

Sammankopplingen mellan regler för omyndigförklarad och regler för underårig gör det vanskligt att tolka innehållet såvitt det avser talerätt och/eller processbehörighet för underårig. Den vanligaste grunden för förordnande av förmyndare för underårig är att den underårige har tillgångar av visst betydande värde. Skulle misstanke uppkomma om slarv från förmyndarens sida, måste det vara ett intresse att få honom entledigad som omfattas av både den underårige själv, överförmyndaren och den underåriges närstående. Det finns i så fall inte något motsatsförhållande mellan den underårige och hans närmaste. För en sådan situation hade det fallit sig naturligt att ge den underårige talerätt med närmare föreskrifter om vem som skulle företräda honom, om han ännu inte fyllt 16 år, ex närmaste släktingar.

Man lär dock knappast kunna tolka 11:17 och 20:3 på detta vis. Formellt har man att efter stadgandenas ordalydelse ta upp samtliga angivna som självständiga parter och inte som företrädare för barnet. Utan uttryckligt stöd torde man inte heller kunna ge talerätt åt barn under 16 år. Den närmast till hands liggande tolkningen är att 11:17 och 20:3 stadgar såväl talerätt som processbehörighet för barn som fyllt 16 år.

Värt att observera är att FB 11:17 och 20:3 inte använder termen talerätt utan rätt att göra ansökan, rätt att höras och rätt att överklaga.

Av intresse i detta sammanhang är att barnet har talerätt i förmyndarärenden sedan det fyllt 16 år, en talerätt som saknar motsvarighet i vårdnadsärenden. Förmyndarärenden och vårdnadsärenden har nära samband med varandra och olikheten beträffande barnets talerätt kan därför te sig förbryllande.¹

En förälder, som är vårdnadshavare, är normalt även förmyndare för barnet. Det kan dock hända att barnet erhållit särskild förmyndare, exempelvis för förvaltning av betydande egendom. Om en förälder frånges vårdnaden om barnet, anses han samtidigt entledigad som förmyndare. För förälder är alltså i normala fall vårdnadsansvaret huvudsaken och förmynderskapet avhängigt av detta.

Om rätten finner att ingen av föräldrarna bör ha vårdnadsansvaret för barnet skall den utse en förmyndare. Överflyttningen består i princip av två led. Först bedöms om vårdnaden skall tagas från föräldrarna och därefter vem som skall utses till förmyndare. Det första ledet är ett vårdnadsärende och det andra ett förmynderskapsärende. I regel handläggs dock de båda frågorna tillsammans i vårdnadsärendet.

Olikheterna i talerätsregler betyder att barnet saknar talerätt i den del som angår föräldrarnas vårdnadsansvar men har efter fyllda 16 år talerätt beträffande valet av person som förmyndare. Hur kan man motivera detta?

Man kan också göra en jämförelse mellan ärenden angående entledigande av förmyndare. En 16-åring har talerätt om entledigande av förmyndare på grund av dennes slarv vid förvaltning av hans egendom men saknar talerätt mot vårdnadshavare på grund av dennes vanvård av barnets person. Vilket skäl kan åberopas för denna skillnad?

Enligt min uppfattning har sammankopplingen av talerätsregler för omyndigförklarad med talerätsregler för underårig betytt en del. I samband med att man reglerat omyndigförklarads talerätt har den underåriges talerätt

aktualiserats och utformats efter samma modell.

Men jag vill dessutom se ett annat skäl. I förmyndar-ärenden är partsställningen mellan den underårige och förmyndaren okomplicerad. Den underårige står mot förmyndaren och kan precisera sin talan, ex att entlediga förmyndaren. I vårdnadsärenden däremot spelar barnet ofta rollen av tredje part. Det är varken självklart på vilken sida barnet skall vara part eller vilken talan det skall föra.

Den sociala barnarätten

En enskild person, vare sig han är vuxen eller barn, kan inte själv väcka talan om att bli omhändertagen för samhällsvård. När socialutredningen uttalar sig om barnets och föräldrarnas *ställning som parter* i mål om omhändertagande av barnet för samhällsvård, *avser man inte rätten att väcka talan.*² I stället avser man rätten att företaga partshandlingar under processens gång och rätten att överklaga. Man har alltså "skraddarsytt" en barnets talerätt inom den sociala barnarätten. Jag kommer att i fortsättningen benämna den *barnets sociala talerätt*.

I den sociala barnarätten har man ett trepartsförhållande att utgå från, barnet-föräldrarna-samhället. I ärenden om omhändertagande för samhällsvård utgår man från att barnet vid handläggningen inför barnavårdsnämnd har en social talerätt. Hur denna skall utövas bygger på idén att barnets och föräldrarnas intressen sammanfaller. I treparts-förhållandet har man alltså gett barnet partsställning på föräldrarnas sida. De närmare reglerna härom är följande:

Så länge barnet är under 15 år skall det representeras av föräldrarna. Är det över 15 år skall det självt företräda jämte föräldrarna. För barn under 15 år kan alltså föräldrarna begära utredning, utveckla talan, förebringa bevisning, höras. Dessa processhandlingar anses föräldrarna företa både för sin egen och för barnets räkning. Barn över 15 år kan själva företa dessa processhandlingar.

Socialutredningen har föreslagit motsvarande ordning vid

handläggningen vid länsrätt. Man föreslår att i socialnämndslagen tas in en bestämmelse av vilken framgår att barn som har fyllt 15 år har rätt att självt föra sin talan i mål eller ärende enligt socialtjänstelagen eller lagen med särskilda bestämmelser om vård av underårig. I specialmotiveringen anger man att 15-årsgränsen inte är avsedd att vara absolut. Ett barn under 15 år, som nått tillräcklig mognad, skulle kunna självt få föra sin talan inför länsrätten. Dessutom framhåller man att barn under 15 år i varje fall borde höras under utredningen eller "på annat sätt medverka under denna".

Av dessa regler förefaller det som om barn över 15 år intog en i förhållande till föräldrarna självständig ställning i rättegång inom den sociala barnarätten. Det är riktigt att de redovisade reglerna ger möjlighet därtill. Men om barnet i praktiken har en självständig ställning beror i hög grad på vem som skall representera det.

Enligt 1973 års rättshjälpslag skall offentligt biträde utses för den som åtgärden avser i mål om omhändertagande för samhällsvård.³ Man har ansett att vid omhändertagande av barn åtgärden avsett både barnet och föräldrarna. Föräldrarna skulle ju betagas den faktiska vården om barnet och barnet förflyttas från sitt föräldrahem. Därför har man förordnat gemensamt offentligt biträde åt föräldrarna och barnet, om barnet fyllt 15 år. För barn som representeras av föräldrarna, eftersom det inte fyllt 15 år, har det offentliga biträdet kunnat förordnas enbart för föräldrarna.

Tolkade på detta sätt har reglerna i rättshjälpslagen gett barnet en ur processuell synvinkel "låst position" vid sidan av föräldrarna. Frågan har uppmärksamats av lagrådet vid granskning av rättshjälpslagen, av departementschefen i propositionen till denna lag och senare av JO i ett inspektionsärende.

En av lagrådets ledamöter framhöll, att det ofta förelåg en intressemotsättning mellan föräldrarna och barnet vid omhändertagande för samhällsvård, särskilt påtaglig vid tillämpning av 25 §a BvL. För biträdet kunde det då bli fråga om att välja mellan att objektivt söka tillgodose barnets bästa

eller att biträda föräldrarna. Om det stod klart att barnmisshandel av allvarlig art förekommit och att fortsatta risker för misshandel förelåg, framstod det som besynnerligt om biträdet skulle tillhandagå föräldrarna i deras strävan att förhindra samhällets intrång i deras vårdnad.

Departementschefen yttrade, att om delade meningar uppstod mellan det offentliga biträdet och föräldrarna, hade biträdet att iaktta barnets bästa.

Enligt departementschefens riktlinjer att biträdet i första hand skulle tillvarata barnets intressen, får barnet en självständig partsställning. Barnet kan i själva verket vara part på samma sida som samhället. Detta försätter i sin tur föräldrarna i en underlig position, vilket har uppmärksamats av JO.

JO har i ett inspektionsärende pekat på riskerna för slagsida i ärenden av detta slag. För barnavårdsintressena skulle det offentliga biträdet verka, samtidigt som också beslutsinstansen var inställd på att i första hand se till barnets skydd. Mot dessa krafter skulle föräldrarnas intresse att få vårda sitt eget barn stå utan andra företrädare än föräldrarna själva.

Med anledning av sådana synpunkter har *socialutredningen* föreslagit den ändringen i gällande rätt att, i fall då intressemotsättningar råder mellan föräldrar och barn, offentligt biträde på ansökan av föräldrarna skall kunna förordnas särskilt för dem, om det behövs för tillvaratagande av deras rätt.

Enligt socialutredningens förslag skulle man få ett fungerande trepartsförhållande i rättegång vid länsrätt. Samhället, dvs socialnämnden som sökande – föräldrarna med eget offentligt biträde – barnet med eget offentligt biträde.

Det är en frapperande skillnad mellan barnets ställning vid handläggning av ärenden inom den sociala barnarätten och barnets brist på befogenheter i vårdnadsärenden enligt FB. Det rör sig i båda fallen om vem som skall ha hand om barnet och var det skall bo. I båda fallen finns det minst två alternativ och vuxna som representerar de olika alternativen. Om frågan faller inom den sociala barnarätten får barnet

en ställning som formats genom olika utvecklingsstadier. Om frågan faller inom familjerätten har diskussionen om barnets ställning just börjat.

Det finns emellertid en principiell skillnad mellan den sociala barnarätten och vårdnadsärendena i fråga om partsställning. I ärenden om omhändertagande för samhällsvård gäller frågan om barnet skall gå in som part på samhällets eller på föräldrarnas sida. I vårdnads mål är i regel föräldrarna splittrade. Frågan blir då i stället på vilken förälders sida barnet skall gå in. Det betyder att barnet skall ta ställning *för en förälder mot den andra*.

De olika typerna av vårdnads mål

Grupp B Mål eller ärenden, i vilka endast den ena föräldern behöver vara part.

NJA 1968, s 292. Återgång av vårdnadsansvaret från särskilt förordnad förmyndare

Dennis föddes 1958 som son till Elma S och Einar M. Elma hade ensam vårdnaden om Dennis. När hon dog 1964 omhändertogs Dennis för samhällsvård och placerades 1965 i fosterhem hos B Törnlund och hans hustru. Einar yrkade att få vårdnaden om sin son, men HR:n förordnade T Törnlund som förmyndare, ett beslut som efter överklagande kom att stå fast.

Två år senare stämde Einar T Törnlund och yrkade att Törnlund skulle entledigas och han själv få vårdnaden om Dennis, därför att de förhållanden som tidigare hindrat honom att erhålla vårdnaden nu väsentligt förändrats.

T Törnlund bestred käromålet.

HR:n ogillade käromålet. Einar vädjade till hovrätten. T Törnlund bestred vadetalan.

I genmålet till hovrätten anmälde sig jur kand Mariquita Björnberg som ombud för T Törnlund. Hon skrev i genmålet: "Törnlund anhåller att HovR:n måtte giva Dennis ställning som part, enär målet rör uteslutande hans rätt. Törnlund hemställer om fri rättegång för Dennis med Mariquita Björnberg som biträde."

HovR:n tolkade denna begäran som en hemställan för Dennis att få "som intervenient med ställning av part deltaga i rättegången å Törnlunds sida". Vidare heter det: "Väl måste saken anses röra Dennis rätt. Som emellertid Dennis icke lagligen kan tillerkännas partsställning i målet, finner HovR:n framställningen ej kunna bifallas."

Frågan om Dennis kunde vara part fördes vidare till högsta domstolen.

Rev sekr yttrade: "Det är uppenbart att ett avgörande om vem som i förevarande fall skall ha vårdnaden inverkar på Dennis' rätt såtillvida att bestämmanderätten om honom – var han skall bo, vilken skola han skall gå i etc – tillkommer den ene eller den andre. Frågan huruvida han själv bör tillåtas inverka på avgörandet härutinnan får anses avhängigt av vilken grad av mognad han uppnått. Eftersom han ännu icke fyllt 10 år, synes det icke finnas anledning tillåta honom uppträda i rättegången."

Högsta domstolens majoritet yttrade:

"Törnlund för i målet talan i egenskap av särskilt förordnad förmyndare för Dennis och har därvid att uteslutande tillvarataga dennes intressen. I målet är följaktligen barnet att anse som part med Törnlund såsom ställföreträdare. Dennis, som blott är 9 år gammal, är icke behörig att själv föra talan i målet."

Högsta domstolen beslöt alltså att ge Dennis ställning av part i målet.

Hovrätten, rev sekr och majoriteten i högsta domstolen var av den uppfattningen att "saken rörde Dennis rätt" och att han därför enligt allmänna processrättsliga regler hade rätt att uppträda i processen. Rev sekr utvecklade närmare på vilket sätt "saken rörde Dennis rätt", nämligen vid val av bostad, skola etc.

Frågan har varit, om Dennis med stöd av allmänna processrättsliga regler skulle kunna få deltaga trots avsaknad av regler om talerätt i FB. På denna fråga har hovrätten svarat nej. Högsta domstolens majoritet har däremot ansett detta möjligt.

I högsta domstolen har man därefter haft att ta ställning till på vilket sätt Dennis skulle kunna få uppträda i processen. Det rörde sig i målet om talan från Einar som biologisk förälder om vårdnaden, en talan som i första instans riktats mot T Törnlund som särskilt förordnad förmyndare. Frågan är alltså hur detta trepartsförhållande, förälder–förmyndare–barn skall arrangeras.

I detta sammanhang bör man ta hänsyn till vilka processhandlingar som kunde bli aktuella för Dennis räkning. I sin ansökan hade Mariquita Björnberg framställt Törnlunds begäran, att Dennis skulle erhålla fri rättegång och att Mariquita Björnberg skulle förordnas som biträde. Några processhandlingar utöver dem som förmyndaren bedömde som lämpliga torde inte över huvud taget ha varit aktuella att vidtaga för Dennis räkning. Hemställan om talerätt för

Dennis förefaller att ha gått ut på att skaffa honom förmånen av fri rättegång i målet. Ingenting tyder på att dessutom avsikten skulle ha varit att för Dennis räkning föra en talan som gick emot förmyndarens intressen.

Högsta domstolen gav Dennis ställning av part med T Törnlund som ställföreträdare i egenskap av förmyndare. Man fränkänner alltså samtidigt T Törnlund egen partsställning i målet. Utgången i högsta domstolen blev konstruktionen av ett tvåpartsförhållande förälder–barn med uteslutande av förmyndaren. Högsta domstolen markerar detta ställningstagande med motiveringen att Törnlund har att uteslutande tillvarata barnets intressen.

Arrangemanget är fullt tillfredsställande för det syfte som förmyndaren med stor sannolikhet ville nå i målet, nämligen att erhålla fri rättegång för Dennis. Men några portar för möjligheten att använda processrättsliga regler i barnets intresse om detta avvek från förmyndarens, öppnade inte högsta domstolen.

Antag att T Törnlund har ett intresse av att kvarstå som förmyndare för Dennis. Vissa omständigheter talar härför, främst att T Törnlunds bror hade den faktiska vårdnaden om Dennis. Dessutom ligger det i den mänskliga naturen att man försvarar de arrangemang man själv har gjort mot den som vill åstadkomma en förändring.

Antag vidare att Dennis vantrivdes hos T Törnlunds bror och önskade att få komma tillbaka till fadern, Einar. Det hade då funnits ett behov att för Dennis räkning kunna använda de processuella reglerna.

I målet har tydligen olika lösningar på Dennis ställning diskuterats. Jag skall granska dem från den utgångspunkten att det bör vara möjligt att, även mot förmyndarens vilja, begära utredning, höras, medge Einars yrkande.

Högsta domstolens lösning att beteckna Dennis som part med Törnlund som ställföreträdare ger ingen möjlighet att företaga processhandlingar för Dennis räkning, processhandlingar som förmyndaren inte skulle medverkat till. Dennis processuella position är låst. Konstruktionen har avgörande likheter med den inom den sociala barnarätten

som består i förordnande av gemensamt offentligt biträde för föräldrarna och barnet.

Den ansökan som Mariquita Björnberg lämnade in gick ut på att Dennis skulle betecknas som part och att hon skulle förordnas som biträde. Enligt denna modell skulle T Törnlund varken kunna uppträda som part eller som ställföreträdare. T Törnlund skulle alltså vara avskuren från processen. Denna konstruktion påminner om det underläge föräldrarna kommit i beträffande ärenden inom den sociala barnarätten då barnets talan i första hand förts av det offentliga biträde som formellt skulle företräda även föräldrarna.

Hovrätten har tolkat den begäran som Mariquita Björnberg gav in på ett annorlunda sätt. Enligt hovrättens mening skulle den gå ut på att Dennis skulle som självständig intervenient gå in som medpart till T Törnlund i målet.

Denna tolkning ger ett fungerande trepartsförhållande. T Törnlund får möjlighet att liksom i underrätten själv agera med eller utan ombud. Dennis får möjlighet att genom ombud företa egna processhandlingar. Konstruktionen påminner om den av socialutredningen förordade möjligheten att barnet skulle kunna företrädas av offentligt biträde samtidigt som föräldrarna fick samma förmån vid handläggningen inför länsrätt.

Den grundläggande frågan i fall av denna typ är naturligtvis om det är realistiskt att antaga att barnets intressen inte sammanfaller med förmyndarens. Även om detta är relativt sällsynt – vilket jag inte kan bedöma – bör man för de fall, i vilka intressekollision förekommer, ha processuella möjligheter att låta samtliga intressen bli företrädda.

Innan jag lämnar rättsfallet vill jag foga en kommentar om högsta domstolens ställningstagande. Motiveringen att en särskilt förordnad förmyndare endast hade att tillvarata barnets intressen kan ha en speciell innebörd. Domstolen kan ha haft vårdnadsfrågor som haft samband med föräldrarnas krissituation i åtanke. I sådana fall måste man utgå från att personliga åsikter och känslor mellan föräldrarna kommer med i spelet och att dessa därför har svårt att tillvarata barnets intressen. Högsta domstolens motive-

ring kan ha varit en markering av förmyndarens möjlighet att agera objektivt till skillnad från föräldrar i kris.

NJA 1975, s 543. Om en förälder dör som ensam haft vårdnaden om barnet kan den andra föräldern efter ansökan få vårdnaden – om inte med hänsyn till barnets bästa denna bör anförtros åt särskilt förordnad förmyndare.

Alice V och Egon V fick dottern Pia 1958. Makarna skildes 1974 i juli. Egon fick vårdnaden om Pia men avled i september samma år.

Alice ansökte därefter att få vårdnaden om Pia. TR:n hörde varken Pia, som då var 16 år gammal, eller barnavårdsnämnden utan förordnade direkt Alice som vårdnadshavare. Inte heller beslutet expedierades till Pia utan till Alice, barnavårdsnämnden och försäkringskassan. Beslutet fattades den 27 september 1974.

Den 3 december 1974 inkom en skrivelse från Pia till hovrätten i vilken hon anförde besvär över domvilla och yrkade att TR:s beslut skulle undanröjas. Som grund härför anförde hon två skäl.

Dels menade hon att *TR:n icke varit behörig* att besluta beträffande vårdnaden om henne. Hon var dansk medborgare och sedan mer än två år bosatt i Danmark.

Dels menade hon att *TR:n förfarit felaktigt då den inte undersökt Alices lämplighet som vårdnadshavare*. Pia ansåg nämligen att Alice var olämplig.

HovR:n avvisade Pias talan därför att hon inte ägde rätt att själv föra talan mot beslutet.

Pia yrkade i högsta domstolen undanröjande av HovR:ns och TR:ns beslut. Hon gjorde gällande att beslutet om vårdnaden samtidigt inneburit förordnande av förmyndare och att hon därför hade talerätt enligt reglerna om förmyndarskapsärenden.

Revsekr framhöll att Pia fyllt 17 år, att hon sedan 1973 gick på internatskola i Danmark och att hennes talan gick ut på att få Alice, som hon ansåg olämplig, skild från uppdraget att sörja för hennes person och ha hand om hennes ekonomiska angelägenheter. Han ansåg att hinder inte kunde möta mot att taga upp Pias själv förda besvär över domvilla.

Högsta domstolens majoritet fastställde HovR:ns beslut att avvisa Pias besvär. Någon särskild motivering härför lämnades inte.

Två justitieråd ansåg att Pia, som fyllt 17 år, och är dansk medborgare, måste ha rätt att få prövat om TR:n varit behörig och om TR:n vid sin handläggning gjort sig skyldig till grovt rättegångsfel. Man ville därför återförvisa målet till HovR:n för erforderlig behandling.

De regler som aktualiseras i rättsfallet är tämligen komplicerade och högsta domstolens beslut i ärendet är lapidariskt varför det inte är klart vilket prejudikatvärde fallet har. Följande genomgång är avsedd att söka klarlägga prejudikatvärdet av detta viktiga avgörande.

De regler som aktualiseras i rättsfallet är den civilrättsliga

år 1974 gällande 6:9 FB och de processrättsliga om talerätt i underrätt i ärenden, om rätt att föra talan genom besvär över domvilla samt om domstolens handläggning av rättegångshinder.

Enligt 1974 gällande 6:9 FB skulle den efterlevande föräldern på egen ansökan förordnas till vårdnadshavare, såvida ej vårdnaden "med hänsyn till barnets bästa finnes böra anförtros åt särskilt förordnad förmyndare". I nu gällande 10§ 2 st 6 kap FB har den efterlevandes rätt till vårdnaden förstärkts genom ordalydelsen "om det ej är uppenbart med hänsyn till barnets bästa, att vårdnaden bör anförtros åt särskilt förordnad förmyndare".

Ett av de rättegångsfel som Pia påstod att TR:n begått var att den inte prövat om förordnandet av modern som vårdnadshavare var till barnets bästa. Hennes talan i den delen gick ut på att domstolen haft skyldighet att självant göra denna prövning.

Vad gäller barnets talerätt i underrätt i ärende gäller samma regler för ärenden som för mål. Barnet saknar talerätt som part. Men lagstiftaren har räknat med att det ofta i ärenden inte finns någon formell motpart. Det finns därför en regel om domstolens skyldighet att höra inte bara sökanden i ärendet utan även "annan som ärendet angår". Att så sker kan ha betydelse för domstolens sammansättning och för handläggningen av ärendet. Om frågan inte är stridig kan den handläggas av ensamdomare medan en stridig fråga skall handläggas som ett ordinärt familjerättsmål dvs av en lagfaren domare och nämnd. Det enda sättet att få veta om ett ärende är stridigt eller ej kan vara att höra "annan som ärendet angår".

Pia hördes aldrig i ärendet och underrätten handlade det som ett ostridigt vårdnadsärende. Om man redan på detta tidiga stadium blivit klar över att Pia hade en annan uppfattning än modern om vårdnaden, skulle ärendet ha handlagts av domare och nämnd. TR:n har inte räknat in Pia i kategorin "annan som ärendet angår". Det är ett typiskt exempel på att möjligheten att tillämpa processreglerna på barnet kan betyda mycket för detta.

Endast parterna själva kan i princip fullfölja talan i högre instans. Pia behandlades inte som part i TR:n och blev inte underrättad av domstolen om rättsens beslut. Om hon ändå fått kännedom om innehållet i så god tid att hon kunnat anföra besvär i ordinär väg till hovrätten, hade hovrätten haft att pröva hennes rätt att fullfölja på detta sätt. Om hovrätten därvid funnit att hon hade rätt att fullfölja i ordinär väg, kunde detta ha betytt att underrätten borde behandlat henne som part. Pia sökte dock aldrig fullfölja på detta sätt och hovrätten gjorde därför aldrig en sådan prövning.

Rätten att anföra besvär över domvilla regleras i 59 kap RB. Rätten tillkommer efter fullföljdstidens utgång "den vilkens rätt domen rör". Bakom denna formulering ligger att man räknar med risken för att domstolen stämt fel person. Det är alltså inte bara den som varit part i underrätt utan även den som borde ha varit part, som kan anföra besvär över domvilla.

Frågan om Pia har rätt att fullfölja talan – liksom frågan om domstolens behörighet – är en fråga om det föreligger ett rättegångshinder. Rättegångshinder har domstolen att själv-mant pröva innan den går in på en prövning av sakfrågan. Om däremot en person anför besvär över domvilla och därvid åberopar ett rättegångshinder, ex domstolens bristande behörighet, blir frågan om behörigheten sakfråga vid denna prövning. Innan en sådan prövning sker skall därvid talerätten tagas upp som en fråga om rättegångshinder även i detta fall.

Pia påstod att underrätten gjort sig skyldig till två rättegångsfel, dels att den tagit upp ärendet utan att vara behörig domstol, dels att den inte prövat frågan om barnets bästa. Innan hovrätten och högsta domstolen gick in på en prövning av rättegångsfelen tog man upp frågan om Pias talerätt.

Vid en prövning av talerätten vid besvär över domvilla kan domstolen endast pröva den talerätten. Antag att högsta domstolen bifallit Pias besvär enligt minoritetens votum och tillerkänt henne talerätt beträffande frågan om underrätt

gjort sig skyldig till rättegångsfel. Ärendet skulle i så fall återförvisats till hovrätten för förnyad handläggning. Låt oss vidare anta att hovrätten vid denna handläggning kommit fram till att underrätten bort pröva frågan om barnets bästa. Hovrätten hade i så fall haft att återförvisa ärendet till TR:n för förnyad handläggning av vårdnadsfrågan. Men innan så kunnat ske hade hovrätten haft att pröva frågan om Pias talerätt i vårdnadsfrågan.

Att prövningen av Pias talerätt i vårdnadsfrågan kunnat utfalla annorlunda än prövningen av hennes talerätt i ärende om besvär över domvilla är uppenbart. Högsta domstolen kunde ju ha givit henne talerätt om domvillan och hovrätten nekat henne talerätt om vårdnaden.

Nu fastställde majoriteten i högsta domstolen hovrättens beslut att Pia inte ägde rätt att själv föra talan om domvilla. Högsta domstolen har funnit att saken inte rörde Pias rätt. Det innebär att domstolen ansett att hon inte en gång hört till dem som haft rätt att göra gällande att de borde ha varit part i huvudsaken. Härav följer att högsta domstolen ansett att det varit uppenbart att hon inte kunnat vara part i vårdnadsärendet. Högsta domstolen har enligt denna tolkning indirekt tagit ställning till Pias talerätt i vårdnadsfrågan och därvid ansett att hon inte borde tillerkännas sådan.

Högsta domstolens avgörande i rättsfallet har alltså ett stort prejudikatvärde. Det kan tänkas att domstolen följt legalitetsprincipen. I så fall kunde man ha väntat sig ett påpekande härom i domskälen.

Med anledning av detta avgörande kan man ställa frågan vem som skulle kunna föra talan mot ett underrättsbeslut av denna typ. Alice kan inte besvara sig, eftersom hon fått bifall till sin ansökan. En eventuell faktisk vårdnadshavare har, lika litet som barnet, egen talerätt. Enligt nu gällande 6:10 FB kan man tänka sig att barnavårdsnämnd kan föra talan. Men endast om nämnden gjorde detta på barnets begäran skulle barnet ha någon möjlighet att göra sin stämma hörd.

Med diskussionen om de två rättsfallen NJA 1968, s 292 och NJA 1975, s 543 har jag velat visa hur barnets talerätt kan öppna möjlighet att använda processregler för att

tillgodose barnets intressen. Det tredje typfallet i *Grupp B* ligger något annorlunda till. Det regleras i 6:9 FB.

B 3 På anmälan av barnavårdsnämnd kan den ena eller båda föräldrarna fråntagas vårdnaden på grund av grov försummelse m m

6:9 ger domstol möjlighet att fråntaga förälder det rättsliga vårdnadsansvaret, ex på grund av misshandel av barnet. Fall av denna typ behandlas i första hand av barnavårdsnämnd för beslut om omhändertagande av barnet för samhällsvård. Barnavårdsnämnden kan med tillämpning av 25 § a och 29 § BvL placera barnet i fosterhem även mot föräldrarnas vilja. Om sådan placering sker, låter sig i allmänhet barnavårdsnämnden nöja därmed och går inte till allmän domstol för att den rättsliga vårdnaden skall bli fråntagen föräldrarna. Genom placeringen i enskilt hem enligt 25 § a har föräldrarna i alla fall inskränkta befogenheter över barnet.

Enligt socialutredningens förslag skall omhändertagande för vård beslutas av länsrätt. Man har föreslagit att vården endast skall vara i tre månader och att länsrätten skall kunna besluta om längre vårdtid, men att i så fall omprövning skall ske av beslutet varje år.⁴

Enligt nu gällande praxis har alltså föräldrarna även i rätt grava fall av barnmisshandel kvar den rättsliga vårdnaden om barnet och deras befogenheter som vårdnadshavare kan väntas bli stärkta i ny lagstiftning. Därför finns det all anledning att diskutera tillämpningen av 6:9.

Vid lagändringen 1976 ändrades kretsen av dem som kan väcka talan. Tidigare kunde förutom barnavårdsnämnd även allmänna åklagaren och den ena föräldern göra anmälan till domstol. Man ansåg emellertid 1976 möjligheten för barnavårdsnämnd vara fullt tillräcklig. Den ena föräldern har dessutom i dag enligt reglerna för upphörande av gemensam vårdnad möjlighet i alla fall att när som helst få den andre samboende föräldrarnas lämplighet prövad av domstol.

Det hävdas beträffande dessa fall, att barnavårdsnämnden tar till vara barnets intressen och att det därför inte skulle behövas någon talerätt för barnet.

Den största och allvarligaste frågan beträffande dessa fall hör hemma under den sociala barnarätten. Den angår hur misshandel över huvud taget skall bli känd och uppmärksammas av barnavårdsnämnd, alltså frågan om allmänhetens anmälningsskyldighet m m. Möjligheten att ta ifrån förälder den rättsliga vårdnaden är en åtgärd som har sin största betydelse för barnet i framtiden efter det att den akuta farosituationen är över. Frågan gäller här om man kan utsätta barnet för risken att misshandel eller missbruk upprepas. Det är vid denna bedömning som så stor återhållsamhet visats från myndigheternas sida.

Om man nu av hänsyn till föräldrarna eller av andra sociala skäl kommer att ha kvar återhållsamheten att utnyttja möjligheten i 6:9 att ta ifrån förälder vårdnadsansvaret, då är behovet mycket stort av en säkerhetsventil för barnet. Den viktiga processhandlingen för barnet i dessa fall är varken rätten att höras, begära utredning eller överklaga, utan rätten att *väcka talan vid allmän domstol*. Om målet väl blir anhängiggjort och barnets anmälan har fog för sig, finns det möjligheter för domstolen att få in material genom grannar etc. Det viktiga i dessa fall förefaller vara att barnet kan sätta i gång "processmaskineriet".

Om man så vill kan man se misshandelsfallen som grova varianter av de situationer som enligt mitt förslag skulle göra det möjligt för ett barn att självt begära skilsmässa. Skall barnet kunna erhålla skilsmässa från föräldrar som det inte passar ihop med, är det ännu angelägnare att det kan komma ifrån en förälder, som misshandlar det.

Dessa typfall skiljer sig från de övriga vårdnadsmålen därigenom att partsställningen inte vållar några problem. Barnet står mot den ena eller mot båda föräldrarna i processen.

Grupp A Mål eller ärenden i vilka båda föräldrarna är parter

Grupp A är indelad i två underavdelningar: A1, mål i vilka vårdnadsfrågan är ostridig, och A2, i vilka vårdnadsfrågan är

stridig. Det gemensamma för målen i grupp A är att de har samband med en föräldrakris, akut eller förlängd. Med föräldrakris menar jag en konfliktsituation, som i första hand angår föräldrarna själva.

Kopplingen till en föräldrakris kan ha betydelse på olika sätt.

Det psykologiska sambandet har diskuterats och framhållits som viktigt för avgörandet av vilken roll barnet borde få i processen. Man har då utgått från att stridigheterna föräldrarna emellan är det primära och att stridigheterna i vårdnadsfrågan endast har varit en följd av de primära motsättningarna. Detta skulle på visst sätt komplicera barnets situation och göra det bäst att så långt möjligt hålla barnet utanför vårdnadskonflikten.

Det processuella sambandet mellan förädrakonflikt och vårdnads mål har väsentligt förändrats genom 1973 års ändringar i äktenskapsrätten. Tidigare var skillnadsmålen ofta stridiga. Man processade om vem av föräldrarna som bar skulden till skilsmässan och avgörandet i skuldfrågan kunde få effekt för bedömningen av vårdnadsfrågan. Efter 1973 års lagändringar förekommer inga stridiga äktenskapsskillnadsmål. Skillnadsmålen har fått karaktär av rutinmässiga ärenden. Det är väl för mycket att säga, att oenigheten mellan två makar i samband med skilsmässa i stället tar sig utlopp i strider i vårdnadsfrågan. Men genom att inget material angående stridigheterna kan tagas över från skillnadsmålen till vårdnads målen, blir det angeläget att föra in allt material av betydelse direkt i vårdnads målen.

Min uppdelning av vårdnads mål i två grupper, av vilka den ena i princip saknar samband med föräldrakris, beror på dessa två omständigheter, det psykologiska och det processuella sambandet. I den allmänna diskussionen om barnets ställning i processen riktar man ofta in sig endast på vårdnads mål som har samband med föräldrakris. Det har därför varit angeläget för mig att visa på existensen av mål i grupp B.

För målen i grupp A är förutsättningarna för att få ett allsidigt material annorlunda än i grupp B. Den situation

som var i Pia-fallet med en enparts-process förekommer inte i princip. Målen i grupp A1 ligger dock nära Pia-fallet. Om föräldrarna är eniga i vårdnadsfrågan, fungerar de som medparter utan motpart. I grupp A2 däremot står två parter mot varandra och garanterar bevismaterialets allsidighet.

Beträffande mål i grupp A är det inte frågan om barnets rätt att väcka talan. Förutsättningen i dessa mål är att stridigheterna mellan föräldrarna har fått en av dem eller båda att gå till domstol. Själva väckandet av talan är framsprunget ur föräldrakrisen. I dessa mål gäller barnets talerätt frågan om processhandlingar under rättegångens lopp och genom överklagande.

Behovet av att barnets intresse kan tillvaratas genom processhandlingar beror på vem som skaffar in bevismaterial i de olika typerna av mål och på vilket sätt detta sker. Om det finns påtagliga luckor i några av typmålen; gäller det att undersöka om de processrättsliga reglerna kan bringas att verka för barnets räkning så att dessa luckor fylls.

I målen i grupp A1 finns en påtaglig risk för att domstolen skall nöja sig med ett magert material. Behovet av processuella regler för att ta tillvara barnets bästa skulle därför vara störst i dessa mål. I grupp A2 har man att utgå från ett eventuellt kompletteringsbehov med ett annorlunda bevismaterial.

Grupp A1

Den första fråga som bör ställas är *vilka processhandlingar* som kan vara angelägna att företaga för barnets räkning. Svaret på denna fråga är att det kan vara viktigt att barnet höres, men dessutom kan det behövas en begäran att domstolen skall förordna om vårdnadsutredning eller expertutlåtande, det kan behövas en plädering för barnets intressen och, sedan dom fallit, att talan fullföljes. Med andra ord skulle det behövas en rätt att i barnets intresse utföra *alla partshandlingar* med undantag av att väcka talan.

Men hur skulle barnet kunna gå in som part i processen? Ett sätt är att låta de eniga föräldrarna stämma barnet som

svarandepart. Barnet har sedan möjlighet att medge föräldrarnas önskan om placering av vårdnadsansvaret eller att bestrida det. Om barnet bestrider det torde rätten bedöma det som nödvändigt att förordna om vårdnadsutredning.

Ett annat sätt är att låta barnet gå in i rättegången som *intervenient* med samma befogenheter som en svarandepart. Skillnaden mellan att vara svarandepart och intervenient är att i det förra fallet föräldrarna har att ta initiativ till barnets deltagande, i det senare barnet.

Grupp A2

I dessa mål förefaller det väsentliga för barnet vara att *höras* under utredningen och/eller inför rätten, om barnet är över 15–16 år. Dessutom kan det vara viktigt att kunna *överklaga* underrättens dom för att tillvarata barnets intressen. Nog kunde man tänka sig att "skräddarsy" barnets partshandlingar i tvistiga vårdnadsfall till dessa två befogenheter.

Jag återkommer till bevismaterialets beskaffenhet i de två olika målgrupperna A1 och A2 i nästa kapitel.

Sammanställning av resultaten

En sammanställning av resultaten av genomgången av de olika typerna av vårdnadsfall har gett vid handen följande:

Partsställningen för barnet skulle inte vålla några bekymmer i fallen under B2 och B3, dvs vid vårdnadshavarens-förälderns död och vid förälders misshandel och vanvård av barnet.

I det tredje fallet under B1 har man ett tvåpartsförhållande mellan förälder och särskilt förordnad förmyndare. Det gäller därför att ge barnet en självständig ställning med eget ombud, som svarande i redan anhängigt mål eller ärende och möjlighet att självt föra talan som kärande.

I fallen under A1 är ofta föräldrarna medparter och barnet skulle i sådana fall kunna gå in som motpart till båda. Om föräldrarna formellt är motparter saknar det betydelse om

barnet får parts ställning på den ena eller andra sidan. Huvudsaken är att barnet får eget ombud.

I fallen under A2 bör barnet av såväl psykologiska som processtekniska skäl inte ges ställning av part i första instans.

Frågan är om man kunde konstruera en rätt att överklaga, varvid barnet skulle intaga partsställning i överrätt. På denna punkt är jag mycket tveksam.

Processhandlingen, dvs behovet av olika sådana har visat sig olika från fall till fall. I fallen under A1 saknas behov av att väcka talan, men det synes finnas behov av att vidtaga samtliga övriga partshandlingar för barnets räkning.

I fallen under A2 är behovet att höra barnet under utredning eller i rättegången det enda mera påtagliga. I fallen under B är det viktigt för barnet både att kunna väcka talan och att ha fulla partsbefogenheter i grupperna B1 och B2. I fallen under 3, misshandelsfallen, förefaller det viktigaste för barnet vara att kunna väcka talan men att i övrigt förlita sig på domstolens officialprövning.

Denna genomgång visar på två olika möjligheter att lagstifta om barnets talerätt. Antingen kan man i 6 kap FB ge en generell regel att barnet skall ha talerätt i vårdnads mål. Man överlämnar i så fall till domstolarna i varje särskilt fall att avgöra vilka processhandlingar barnet kan vidtaga. Eller kan man specificera talerätten enligt sammanställningen ovan direkt i lagtexten.

Noter

1. Björn Zethraeus, Vårdnad och förmyndarskap, SvJT 1973, s 415 ff. Zethraeus behandlar talerätsproblem, dock utan att gå in på barnets speciella problem.
2. SOU 1977:40, s 586 ff.
3. SOU 1977:40, s 814 ff.
4. SOU 1977:40, s 41 och 439 ff.

7 Beslutsfattandet vid domstol

Förslag

Vid bevisvärderingen bör som första punkt förhållanden som angår barnets personlighet behandlas.

Vid prognosställandet bör man endast utgå från hur barnet kan tänkas få det hos den ena eller den andra vårdnadshavaren.

Vid vägningen av prognoser skall den s k överviktsprincipen tillämpas. Man skall ge parterna samma utgångsläge.

Barnet spelar enligt nu gällande rätt ingen egen aktiv roll i mål och ärenden om vårdnad och umgänge. Domstolen fattar beslut på ett material *om* barnet utan tillgång på material *av* barnet. Hur bevismaterial samlas in, hur det förebringas inför domstol och hur domstolen värderar det är därför frågor av utomordentligt stort intresse. Barnet saknar ju möjlighet att justera eller komplettera materialet inför rätta.

Domstolen har i dessa fall s k officialprövningsrätt, dvs frihet att ta initiativ till utredning. Den kan begära att barnavårdsnämnd (sociala centralnämnden) gör en vårdnadsutredning, den kan begära in sakkunnigutlåtande från barnpsykiater etc. Samtliga utredningar av den här typen är tids- och kostnadskrävande.

Det är domstolen själv som *bedömer tillförlitligheten* av det material den får in, ex av grannarnas berättelser till vårdnadsutredaren om hur föräldrar och barn fungerat tillsammans. Domstolen har att värdera bevismaterialet enligt samma metod som bevisvärdering sker i huvudsaken i övriga tvistemål och i ansvarsdelen i brottmål. Insamlingen av bevismaterial, förebringandet inför domstol och domstolens prövning av dess tillförlitlighet utgör de delar av beslutsfattandet som man kan sortera in under rubrikerna *bevisföring och bevisvärdering*.

Domstolen har dessutom att på det material den funnit tillförlitligt *ställa prognoser* för barnet. De prognoser som domstolen ställer har den sedan att *väga* mot varandra för att

komma fram till vilken prognos som skall läggas till grund för beslut. Beslutsfattandet i denna del har stora likheter med prognosställande och prognosprövning i *brottmål vid val av påföljd*.

Jag skall i fortsättningen behandla var för sig bevisföring och bevisvärdering i ett avsnitt, ställandet av prognoser i ett annat och vägningen av prognoser i ett tredje. Det betyder inte att jag menar att dessa tre moment skall ses som isolerade från varandra. Hur man vägt olika prognoser mot varandra i refererade fall har antagligen inverkat på domstolarnas sätt att ställa prognoser. Hur man ställt prognoser har antagligen inverkat på barnavårdsnämndernas (sociala centralnämndernas) metod att göra vårdnadsutredning.¹

Beträffande bevismaterialet i mål och ärenden om vårdnaden kan man med förvåning notera hur stor skillnaden är mellan omfånget av materialet i olika fall. I regel har domstolarna antingen dömt på ett ytterst knapphändigt material eller på ett utomordentligt omfångsrikt och väl varierat material. Det är som om det gällde ett antingen-eller beträffande såväl kvantitet som kvalitet hos materialet. Man kan också uttrycka det så att det i praxis vid sidan om en omfattande och relativt tidskrävande domstolshandläggning har utvecklats ett summariskt förfarande i under rätt.

Skillnaden i bevismaterialets omfattning beror inte på de olika formerna för domstolarnas handläggning av vårdnadsfrågor. En tvistig vårdnadsfråga kan handläggas som ärende eller som mål, men i båda fallen sker handläggningen inför lagfarna domare och nämnd både i underrätt och i hovrätt och utredningen kan bli omfattande vid båda handläggningsformerna.² En icke tvistig vårdnadsfråga handläggs i underrätt av en lagfaren domare oberoende av om den kommit in som mål eller som ärende.³ Om en vårdnadsfråga varit icke tvistig i underrätten och handlagts av ensamdomare kan den som tvistig komma under hovrättens prövning och i detta fall krävs inte handläggning med nämnd.⁴ Någon skillnad vid handläggningen sker inte heller här beroende på om rubriceringen är mål eller ärende.

Att materialet i vårdnadsfrågor ibland är knapphändigt ibland omfattande beror på andra faktorer. Genom att använda *presumtioner* sänker man anspråken på materialet, förenklar prognosställandet och rationaliserar vägningen av prognoser. Jag skall därför starta med en översikt över användningen av presumtioner i vårdnadsfrågor.

Presumtioner

Bruket av presumtioner tillhör ingalunda endast rättshistorien. Vi har i svensk rätt ett antal legala presumtioner, ex bördspresumtionen (tidigare benämnd äkta-börds-presumtionen) enligt vilken den som lever i äktenskap med barnets moder skall anses vara barnets far intill dess motsatsen bevisats. Dessutom finns det anledning att antaga att det i rättspraxis finns ett stort antal okodifierade presumtioner. Man antar ex att en skriftlig handling är äkta intill dess annorlunda bevisats, att innehållet är korrekt etc.⁵

Med detta vill jag ha påpekat att jurister i allmänhet är vana vid att använda presumtionsbegreppet. Att handskas med presumtioner ingår i den juridiska skolningen. Häri ligger en viss fara. Vid användningen av presumtioner generaliserar man omständigheter och bortser – intill en viss gräns – från individuella variationer. Användningen av presumtioner kan rentav innebära att man tolkar en passus i lagtexten på ett så speciellt sätt att man avlägsnar sig från den normala språkliga innebörden. Presumtionsbegreppet verkar i sådana fall som en ”juridisk slöja” som döljer det egentliga innehållet i domstolens avgöranden. Exempel härpå är domstolarnas användning av presumtionsbegrepp i de fall i vilka lagtexten i 6 kap FB kräver hänsyn till *barnets bästa*.

Jag skall i det följande behandla fyra presumtioner: föräldrar-vet-bäst-presumtionen, föräldrar-är-bäst-presumtionen, moderspresumtionen och status-quo-presumtionen. Av dessa är de två förstnämnda legala presumtioner, även om de inte angetts uttryckligen i lagtexten. Moderspresum-

tionen och status-quo-presumtionen har däremot utbildats i rättspraxis. Förutom dessa två har andra presumtioner utvecklats, ex syskon-bör-inte-skiljas-presumtionen.

Föräldrar-vet-bäst-presumtionen eller avtalspresumtionen

6:7 FB

”Äro föräldrarna ense, skall rätten besluta i överensstämmelse med vad de önska, om det ej är uppenbart stridande mot barnets bästa.”

Den presumtion som ligger till grund för 6:7 är att föräldrarnas avtal i regel är till barnets bästa.

JO har uttryckt detta på följande vis i 1962 års ämbetsberättelse:

”Grunden till att överenskommelse om vårdnaden tillagts sådan betydelse torde vara att lagen utgår från att den ordning, varom föräldrarna enats, i regel även är till barnets fördel. Föräldrarnas önskemål skola efterkommas, även om det kan synas tveksamt om de på bästa sätt tillgodose barnets intressen, och skola frångås, endast om domstolen finner dem uppenbart stridande mot barnets bästa.”

De gängse karakteristika för en presumtion föreligger. Det är betydligt enklare att bevisa innehållet i avtalet, *presumerande faktum*, än de sociala och psykologiska faktorer som tillsammans skapar barnets bästa, *presumerat faktum*.

En presumtion skall fungera som en bevisbörderegul. I detta fall skulle man alltså lägga bevisbördan för att avtalet stred mot barnets bästa på motparten. Men vem är motpart?

Föräldrarna är i dessa mål närmast att betrakta som medparter. Barnet saknar talerätt. Barnavårdsnämnden (sociala centralnämnden) är i regel inte inkopplad. Någon motpart finns helt enkelt inte. Det enda sätt på vilket någon bevisning mot avtalspresumtionen kan ske är genom domstolens försorg.

Man kunde tänka sig att domstolarna tolkade 6:7 som en anmaning att ex officio undersöka om avtalet uppenbart stred mot barnets bästa. Det naturligaste skulle vara att domstolen begärde en vårdnadsutredning av barnavårds-

nämnd (sociala centralnämnden). Huruvida detta bör ske eller ej har debatterats.

I slutet av 1950-talet fann JO vid en inspektion av Nedansiljans domsaga att man inhämtat yttrande från barnavårdsnämnd i vårdnadsfrågor i fall, i vilka föräldrarna varit ense.⁶ Häradshövdingen anförde om skälen härtill bl a att det borde vara angeläget för domstolarna att motverka den karaktär av kompromiss som överenskommelsen i vårdnadsfrågan ofta innebar och gav exempel på fall där yttrande från barnavårdsnämnden varit av betydelse på det sättet att häradsrätten frångått föräldrarnas avtal.

I ett av dessa fall hade makarna överenskommit att hustrun skulle ha vårdnaden om makarnas son. Genom vårdnadsutredning kom det fram att sonen var hos ett par orkeslösa 80-åriga makar, vilkas hem inte kunnat godkännas som fosterhem och vilka saknade förmåga att ge gossen den tillsyn han behövde. I ett annat av dessa fall hade makarna kommit överens om att mannen skulle ha vårdnaden om två av barnen och hustrun om två. Genom vårdnadsutredning kom det fram att mannen i sin hemkommun ansågs olämplig och att han avsett att ordna med tillsyn av barnen på ett mindre tillfredsställande sätt.

JO-fyndet var upptakten till en omfattande utredning av JO av de praktiska förutsättningarna för att mera allmänt vid domstolarna kunna höra barnavårdsnämnd i fall där föräldrarna var ense. I de remissyttranden, som JO infortrade, framhöll man hur angelägen frågan var, men att det skulle vara alltför tids- och kostnadskrävande att förordna om vårdnadsutredning i alla de fall, i vilka föräldrarna var ense. JO angav som sin uppfattning, att han inte kunde finna ”det ändamålsenligt att man – för att komma till rätta med de förhållandevis få fall, där avtal i vårdnadsfråga är uppenbart stridande mot barnets bästa – alltid tillämpar en ordning, som för det stora flertalet fall medför dröjsmål och olägenheter utan motsvarande nytta”. Han rekommenderade i stället att domstolarna följde en modell tillämpad i Stockholm. Stockholmsmodellen innebär att domstolen gör en underhandsförfrågan hos barnavårdsnämnd, vilket kan leda

till ett förordnande om vårdnadsutredning.

Här skall tilläggas att föräldrarna träffar avtal om vårdnaden i 95 procent av samtliga mål och ärenden om vårdnad. Domstolen har att tillämpa 6:7 i alla mål och ärenden i vilka parterna antingen varit ense från början eller blivit ense under målets handläggning. Samtliga mål och ärenden under grupp A1 i mitt schema ovan kan avdömas enligt presumptionsregeln.⁷

Enligt muntliga uppgifter används den s k stockholmsmodellen i dag vid vissa tingsrätter men inte vid andra. För samtliga underrätter gäller att vårdnadsutredning i fall jämlikt 6:7 endast sker i undantagsfall. Skäl för att förordna om sådan anses vara att den ena eller båda föräldrarna finns upptagna i straffregister eller socialregister.

Min kritik av domstolarnas tillämpning av 6:7 FB riktar sig inte mot antagandet att föräldrarnas avtal i *många fall* är bäst för barnet. Föräldrarna känner sitt barn bättre än någon annan och de flesta föräldrar sätter barnet före sina egna intressen. Min kritik riktar sig mot generaliseringen av antagandet.

Språkligt kan *barnets bästa* uppfattas antingen som ett åläggande för domstolen att besluta om det alternativ som framstår som *bättre än övriga*. Eller kan man uppfatta barnets bästa endast som en anvisning om att domstolen skall tillvarata *barnets intressen*. Vilken tolkning man än väljer kan man tänka sig motbevisning mot föräldrarnas avtal både för att visa att deras överenskommelse skulle vara olämplig för barnet och för att visa att det fanns andra bättre alternativ. I rättspraxis har man emellertid genom tillämpning av den s k stockholmsmodellen endast räknat med motbevisning angående förälders olämplighet.

Detta innebär att man lägger en innebörd i uttrycket barnets bästa som inte överensstämmer med normalt språkbruk. Man tillmäter antagandet att föräldrarnas avtal är till barnets bästa betydelse i alla de fall, i vilka föräldern inte är uppenbart olämplig. Skulle en förälder uppfattas som tämligen olämplig, skall det likväl anses att avtalet att ge honom vårdnaden är till barnets bästa. Tanken bakom är att

även en dålig biologisk förälder är bättre än tredje man.

Även om en dålig biologisk förälder skulle vara bättre än tredje man är detta ingen hållbar motivering. Det gäller ju den rättsliga vårdnaden. En biologisk förälder som får den rättsliga vårdnaden kan ackordera ut barnet till något annan. I så fall kan inga blodsband försona bristerna i vårdnaden. Om häradshövdingen i Nedansiljans domsaga inte begärt vårdnadsutredning, hade han inte fått reda på att två orkeslösa 80-åringar skulle ha hand om barnet. En vårdnadsutredning skall ge besked om bl a den faktiska vårdnaden, vilket i regel inte framgår av några register.

Jag är starkt kritisk mot bruket av uttrycket *barnets bästa* i lagtexten i 6:7. Det kan förleda allmänheten att tro att domstolarna tillämpar stadgandet genom att söka få fram den bästa tänkbara lösningen för ett barn. Många människor läser och förstår uttrycket *barnets bästa* som om det var frågan om ett superlativ.⁸ Att domstolarna tillämpar stadgandet endast för att bevaka *barnets intressen* så att det inte direkt lider skada framgår inte av lagtexten. Att ställa prognoser för barnets framtid och att väga de olika prognoserna mot varandra blir det sällan ens tal om i dessa fall.

Enligt min uppfattning bör man vid bruk av en presumption se till att man har ett fungerande tvåpartsförhållande. Om man gav barnet talerätt skulle avtalspresumtionen kunna fungera. Barnet skulle genom sitt ombud ha möjlighet att påstå att föräldrarnas avtal inte tjänade barnets intressen och framföra skäl härför. Detta kunde i sin tur föranleda domstolen att förordna om vårdnadsutredning. Jag är inte övertygad om att det endast är ett fåtal fall, i vilka föräldrarnas avtal inte är bra för barnet. Men det gäller att fånga in dessa utan att betunga samtliga vårdnadsmål med omfattande utredning.

Föräldrar-är-bäst-presumtionen

Denna presumption har betydelse för fall enligt A1, 2 samt B2 och 3 enligt schemat ovan.⁹

”Finnes med hänsyn till barnets bästa uppenbart att ingendera av föräldrarna bör utöva vårdnaden, skall denna anförtros åt särskilt förordnad förmyndare.”

Detta stadgande gäller då föräldrarna eller en av dem ansökt hos domstol att få den gemensamma vårdnaden upphävd.

6:10 2 st innehåller bestämmelse för den situation att den förälder dör som ensam haft vårdnaden om barnet. Den andre föräldern skall i så fall få vårdnaden ”om det ej är uppenbart med hänsyn till barnets bästa att vårdnaden bör anförtros åt särskilt förordnad förmyndare”.

Dessa stadganden ger domstol möjlighet att förordna tredje man som förmyndare, om föräldrarna själva fört vårdnadsfrågan till domstol. I annat fall kan förordnande av tredje man bli aktuellt efter anmälan till domstol av barnavårdsnämnd (sociala centralnämnden) om förälders grova missbruk av vårdnaden m m enligt 6:9 FB. Förutsättningen i 6:9 att föra över vårdnaden på tredje man i stället för på den av föräldrarna som inte misskött sig, är densamma som enligt 6:10 2 st ”om det ej är uppenbart med hänsyn till barnets bästa att vårdnaden bör anförtros åt särskilt förordnad förmyndare”.

Tanken i dessa tre stadganden är att en biologisk förälder alltid skall ha företräde till vårdnaden framför tredje man. Om den ena av de biologiska föräldrarna dött eller misskött sig, skall den andra föräldern i första hand komma i fråga som vårdnadshavare. Det finns två olika sätt att tillämpa dessa stadganden vid beslutsfattandet. Antingen kan man pröva föräldrarnas lämplighet och uteslutande ställa prognoser på hur barnet skulle få det hos denne. Om man därvid kom fram till att föräldern var olämplig, skulle valet av tredje man som vårdnadshavare först i detta läge beaktas. Så skedde i rättsfallet *NJA 1951, s 181*.

Fadern hade i detta rättsfall efter skilsmässa fått vårdnaden om den sexårige sonen. Då fadern inte själv kunnat ha den faktiska vården om pojken, hade han ordnat ett fosterhem åt honom. Fosterföräldrarna hade

varit ett hemmansägarpar i Värmland. Deras hem hade varit ett utmärkt gott fosterhem för pojken. Fosterföräldrarna hade inga egna barn och ville fortsätta ta hand om pojken. Denne, vars namn var Karl Ronny, hade inte varit i kontakt med sin biologiska mor sedan 10 månaders ålder.

Modern yrkade i målet att på grund av ändrade förhållanden få vårdnaden om Karl Ronny. Fadern yrkade att antingen själv få behålla vårdnaden eller att tredje man skulle utses till förmyndare och anförtrors vårdnaden. Faderns åsikt var att pojken under alla förhållanden borde få stanna kvar i sitt fosterhem.

Domstolen fann att "det icke med hänsyn till Karl Ronnys bästa kan anses uppenbart, att ingendera av föräldrarna bör utöva vårdnaden", varför vårdnaden anförtrordes modern.

I rättsfallet har föräldrarnas lämplighet prövats. Det material som lagts till grund för majoritetsbesluten har enbart angått föräldrarna. Ingen redovisning har skett av fosterföräldrarnas lämplighet och inga jämförande prognoser har ställts för den händelse Karl Ronny skulle stanna hos dem.¹⁰

Något stöd för tolkningen att endast förälders olämplighet skulle kunna bryta föräldrarnas företräde finns inte i gällande lag. I ett svar på en interpellation i riksdagen den 23 januari 1975 synes emellertid ansvarigt statsråd ha stött tolkningen. Han yttrade att "det i fall då fadern eller modern till ett barn ensam har vårdnaden om barnet och vårdnadshavaren dör, kan det bara i rena undantagsfall komma i fråga att någon annan än den efterlevande föräldern får hand om vårdnaden".

IJO:s ämbetsberättelse 1975/76, s 212, redogörs för ett fall, i vilket tingsrätten beslöt att en moster till tvillingarna Sara och Emma skulle få vårdnaden om dem, sedan deras mor avlidit en månad efter förlossningen. Föräldrarna hade inte varit gifta och inte heller sammanbott. Fadern hade emellertid yrkat att få vårdnaden efter moderns död. Med anledning av att tingsrätten icke bifallit hans begäran anmälde fallet till JO av riksdagsmannen Jörn Svensson.

Svensson opponerade mot att mostern fått vårdnaden, trots att fadern inte förklarats vara olämplig som vårdnadshavare. Svensson såg en fara i att föräldrarnas rättsliga företräde skulle kunna brytas av vem som helst som befanns lämpligare som vårdnadshavare än föräldern.

JO stödde emellertid tingsrättens tolkning: "Vad som

sagts” – i förarbetena till gällande lag – ”är att den efterlevande föräldern på grund av det naturliga bandet mellan honom och barnet skall ha ett visst företräde att överta vårdnaden, men att domstolen bör äga att träffa ett avgörande med hänsyn främst till barnets bästa.”

Av intresse i detta sammanhang är att utredningen i ärendet vid sociala centralnämnden innefattade både faderns och mosterns förutsättningar som vårdnadshavare. Dessa förutsättningar vägdes mot faktum att tvillingarna fötts för tidigt och var särskilt vårdnadskrävande. Fadern hade gift om sig och hans hustru var gravid. I en kompletterande utredning till nämnden gjordes bedömningen att det var osäkert om fadern hade förutsättningar att ta hand om Sara och Emma, medan mosterns förutsättningar var mycket goda.

I rättsfallet om Sara och Emma har tingsrätten tillämpat den andra metoden vid tillämpning av stadganden i 6 kap FB för förordnande av tredje man. Utredaren har ställt prognos både på barnets utveckling med fadern som vårdnadshavare och på barnets utveckling med mostern som vårdnadshavare. I sin rekommendation har utredaren därefter gjort en jämförelse mellan de båda prognoserna. Tingsrätten har följt utredaren.

I den mån tingsrättens beslut i fallet Sara och Emma och JO:s starkt uttalade stöd därför innebär en ändring av tidigare praxis är inte helt klart. Dess betydelse för framtiden blir i vart fall beroende av frekvensen av gemensam vårdnad mellan särboende. I de fall, i vilka föräldrarna har gemensam vårdnad, står den ene föräldern ensam kvar som vårdnadshavare, om den andre dör eller berövas vårdnaden på grund av misskötsel. Vid gemensam vårdnad saknar alltså de här diskuterade stadgandena betydelse.

Hur påverkas modellerna för beslutsfattande av att man använder den ena eller den andra tolkningen?

Det är inte endast så enkelt att kravet på bevisning mot föräldrar-är-bäst-presumptionen försvagas genom den andra tolkningen. Om man har att väga föräldrarnas lämplighet mot tredje mans, innebär det att domstolen måste ta in ett större

och mer varierat material även av barnet. Möjligheten att ställa detaljprognoser ökar. Bedömningen kan nyanseras.

Den första tolkningen, att endast förälderns olämplighet skall bryta presumptionen, innebär att endast om vården hos föräldern skulle vara *mot barnets intressen*, skulle särskilt förordnad förmyndare utses. Den andra tolkningen att förälderns lämplighet skulle vägas mot tredje mans lämplighet som vårdnadshavare innebär ett sökande av *det bästa alternativet för barnet*.

De ovan diskuterade rättsfallen tillsammans med ett begränsat antal refererade fall ger antagligen en missvisande bild av rättegångens karaktär i flertalet ärenden av denna typ. Det är de bestridda ärendena som blir refererade. I dessa är bevisningen oftast omfattande och handläggningen ingående och grundlig. Men flertalet ärenden bestrids inte. I sådana fall görs i regel ingen vårdnadsutredning. Tack vare att man kan döma på presumptionen att föräldrar är bäst, kan handläggningen bli summarisk. Det är med tanke på sådana fall, som jag i föregående kapitel förordat en talerätt för barnet.

Idéerna bakom de båda presumptionerna föräldrar-vet-bäst och föräldrar-är-bäst förtjänar några speciella kommentarer.

Två grundläggande idéer synes ha tillmätts betydelse:

att blodsbånd skulle skapa de bästa förutsättningar för en god vårdnadshavare;

att den egna familjen är den bästa uppväxtmiljön för ett barn.

Familjens betydelse skildras i Parental Rights & Duties and Custody Suits: "The welfare of the child is best secured within his own family, if he can be brought up in a stable and happy environment."¹¹

I dagens läge saknar det större betydelse om man hyser den i Parental Rights uttryckta uppfattningen om *familjens betydelse* eller inte i de här aktuella sammanhangen. Det gäller ju inte att ta ställning för familjeliv mot en kollektiv barnuppfostran eller tvärtom. *Inom* familjerätten gäller det

att ta ställning till de biologiska föräldrarna kontra fosterföräldrar, som även de har ett familjeliv att bjuda barnet. Ofta aktualiseras denna motsatsställning just i en situation då de biologiska föräldrarna inte har "a stable environment", dvs en permanent trygg familjesammanhållning att bjuda sitt barn.

Jag kan inte finna att idén om familjen som den bästa uppväxtmiljön har någon bärkraft som motivering för de båda presumptionerna.

Blodsbandets betydelse är givetvis värd en långt grundligare analys än den jag kan åstadkomma här. Några kommentarer vill jag tillåta mig.

Det måste vara blodsbandet man har i tankarna i alla uttryck om det *naturliga* företrädet.

Framför allt två egenskaper skulle känneteckna de biologiska föräldrarna framför andra personer i deras umgänge med barnet: en djupare kärlek och en större oegennytta.

Kärlek går aldrig att mäta. Men nog kan en adoptivförälder uppleva en känslomässig bindning till ett barn som han inte tror skulle kunnat vara bättre och djupare om barnet varit ett "eget". De fina trådar som skapar förståelse och samhörighet och vävs in i vardagens mönster behöver inte ha ett blodsband som inslag. – Man vet att inte så få biologiska föräldrar misshandlar sina barn. Har man hört talas om adoptivföräldrar som misshandlat adoptivbarnen?

På 1950-talet gick lundaprofessorn och pediatrikern Siwe till storms mot föräldrarnas företrädare i tvistiga vårdnads-mål.¹² Han yttrade bl a: "Jag är övertygad om, att min erfarenhet så småningom kommer att delas av allt flera och leda till en ändrad praxis, en praxis, som utan hänsyn till vuxna, ur stånd att ens för barnens skull leva samman, låter barnets rätt till bästa utvecklingsgrund få ensam avgöra vårdnadsfrågan, även om man därvid i stigande grad får låta det gå till tredje man."

Nu, drygt tjugo år senare, har samhällsutvecklingen lett fram till att man på allvar bör ifrågasätta oegennyttan i föräldrarnas kamp om vårdnaden av sitt barn. I dagens läge representerar barnet en ekonomisk och/eller social tillgång i

olika avseenden. Barnbidrag och barnpension lär väl gå åt till barnets eget underhåll, men det finns andra förmåner som är beroende av vårdsnaden om barnet, såsom bättre plats i bostadskö, rätt till hyresbidrag m m. De som arbetar med vårdsnadsfrågor inom den sociala sektorn, och även i viss utsträckning domstolsjurister, är medvetna om att hänsyn av detta slag kan spela roll för föräldrarna. Varför då inte ta upp det i den offentliga debatten?

Moderspresumtionen och status-quo-presumtionen

I tvistiga vårdsnadsfrågor – ovan i schemat fallen under A2 – skall domstolen besluta vem av föräldrarna som skall ha vårdsnaden ”*efter vad som finnes skäligt med hänsyn till barnets bästa*”.

Några lagstadgade presumtioner finns inte för dessa fall. Däremot har framför allt två presumtioner utvecklats i rättspraxis, moderspresumtionen och status-quo-presumtionen. Dessa fungerar som bevisbörderegler enligt följande:

Modern är bäst för barnen, i synnerhet för små barn och för döttrar.

Därför skall fadern visa att han är mera lämpad som vårdsnadshavare.

Barnet mår bäst där det redan befinner sig.

Därför skall den som vill ändra den faktiska vårdsnaden visa att han/hon är mera lämpad som vårdsnadshavare.

Moderspresumtionen

Att moderspresumtionen haft och fortfarande har stor betydelse i svensk rättspraxis är tveklöst. Tidigare gällde olika regler vid skilsmässa och vid förordnande om vårdsnad för barn u ä. Beträffande valet mellan makar vid skilsmässa heter det i 1977 års upplaga av Beckman-Höglund, Svensk familjerättspraxis: ”Något legalt företräde har i Sverige icke

tillerkänts modern, men hennes naturliga företrädare särskilt i fråga om späda barn är allmänt erkänt i praxis. "— ——" Praxis går emellertid ingalunda så långt att modern alltid skulle få vårdnaden, om inga synnerligen graverande anmärkningar kan riktas mot henne."¹³

Beträffande barn u ä kunde inte fadern tidigare få vårdnaden enbart därför att han var lämpligare än modern. Fram till 1973 års lagändringar måste fadern visa att modern var olämplig för att själv kunna få vårdnaden. Agell skriver härom: "Numera bedöms emellertid fadern på samma villkor som modern. Om han kan visa sig lämpligare än modern, som är vårdnadshavare från barnets födelse, skall vårdnaden överflyttas till fadern."¹⁴

Man kan se uppgifter i massmedia om att rättspraxis har ändrats mot ett accepterande av föräldrarnas lika förutsättningar att ta hand om barnet. För att få en uppfattning om riktigheten av sådana uppgifter räcker det emellertid inte att känna till *antalet fall*, i vilka fäderna fått vårdnaden. Det kan ju tänkas att mödrarna i dag i större utsträckning avstår från vårdnaden – de har eget yrkesarbete och svårt att orka med både detta och barnpassning. Det kan också tänkas att mödrarna i större utsträckning funnits vara olämpliga som vårdnadshavare.

Endast genom att studera *domsmotiveringar* kan man konstatera om det är en svängning på gång bort från det könsrollstänkande som ligger bakom moderspresumtionen. Om domstolarna börjar ge fadern samma *utgångsläge i beslutsprocessen* som modern, skulle moderspresumtionen hålla på att komma ur bruk. Jag har inte funnit belägg för att så skulle vara fallet.

Den intressanta frågan här är på vilket sätt moderspresumtionen påverkar beslutsprocessen. Högsta domstolens motivering i *NJA 1971 A2* kan tas som utgångspunkt för några synpunkter:

"Såsom domstolarna funnit är ingen av makarna olämplig att handhava vårdnaden om Maria. Ej heller ett övervägande av skälen för att anförtro vårdnaden åt någon av dem, med hänsyn tagen till deras personliga och praktiska förutsättningar för uppgiften, ger klart företräde för någon av

makarna, men med tanke på att fråga är om en flicka i späd ålder talar något starkare skäl för att modern erhåller vårdnaden.”

Jag vill påstå att ur barnets synpunkt är i de allra flesta fall den ena föräldern mer lämplig än den andra. Problemet är att få in ett material, som är så beskaffat att det kan tjäna som underlag för en så nyanserad bedömning som kan behövas av det individuella fallet. Om materialet inte är tillräckligt omfattande eller inte adekvat, får man inte fram någon skillnad mellan föräldrarna i fråga om lämplighet och det är då man griper till moderspresumtionen för att komma fram till ett beslut.

Man kan gå ett steg längre i resonemanget. Om domstolarna räknar med att kunna använda presumtioner, som moderspresumtionen, blir det inte angeläget att sörja för materialets omfattning och lämplighet, eftersom man kan komma till ett beslut på ett magert material. Bruket av moderspresumtionen kan leda till begränsning av materialet. I vart fall förenklar den både prognosställandet och vägningen av olika prognoser sins emellan.

Men om nu idéerna bakom moderspresumtionen är riktiga? Antag att mödrarna är mer lämpade att ta hand om barnen än fäderna. I så fall är det väl bara bra att man förenklar och förbilligar domstolens arbete?

Moderspresumtionen kan bygga på uppfattningen att kvinnan av naturen är utrustad med vissa egenskaper som gör henne mer lämpad att vårda och uppfostra barn. Lämpligheten som vårdnadshavare skulle vara beroende av könshormoner. Om detta var riktigt skulle *varje kvinna* i princip vara mera lämpad än *varje man* att vårda barn. I så fall skulle moderspresumtionen vara oantastlig. Men eftersom ingen ännu bevisat något samband mellan könshormoner och vårdegenskaper lämnar jag denna idé åt sidan.

Moderspresumtionen kan i stället grundas på det faktum att kvinnan i vårt samhällssystem fortfarande har rollen av vårdare i långt större utsträckning än mannen. Det finns ett mycket större antal kvinnor än män som har den träning som behövs för att ta hand om barn. Denna typ av träning får flickor redan i hemmet i större utsträckning än pojkar. Man

kan stöda moderspresumtionen på *faktiska sociala företeelser*.

Men sociala företeelser är utsatta för förändringar. Det sker en accelererande utveckling mot lika fördelning av yrkes- och hemmavårdsroller mellan kvinnor och män. För varje steg utvecklingen går framåt i denna fördelning minskar sannolikheten för att kvinnan i ett enstaka aktuellt fall är bättre vårdare än mannen. Moderspresumtionen blir med andra ord mer och mer ohållbar.

Om man vid domstolarna tar avstånd från uppfattningen att modern har ett *naturligt företräde* som vårdnadshavare och i stället utgår från *sociala realiteter*, har man att gå ifrån moderspresumtionen och ge *kvinnan och mannen samma utgångsläge i beslutsprocessen*.

Till sist bör frågan ställas: "Var blev barnet av i detta presumtionstänkande?" Det heter ju i lagtexten att domstolen skall besluta efter vad som är skäligt med hänsyn till *barnets bästa*. Ja, liksom föräldrarnas särdrag inte kommer fram vid bruket av presumtioner, får man inte heller veta något närmare om Johanna och Niklas, Sara och Mårten som individer. Vad vi får är en liten barnmodell, en liten modell med de egenskaper och de behov som barn i allmänhet har, om de är av visst kön, vid viss ålder etc.

Status-quo-presumtionen

Principen att barn inte skall flyttas i onödan har utvecklats i praxis. Den skiljer sig på avgörande punkter från de tidigare presumtionerna. För det första utgår den från barnets situation och inte från föräldrarnas. För det andra gör den det möjligt för en förälder att driva ett illojalt spel mot den andra föräldern.

Grunden till principen är läkares, psykiatrikers och psykologers upplysningar om faran av att med tvång flytta ett barn från en miljö till en annan. Riskerna är olika beroende på barnets ålder och individuella egenskaper men avgjort mycket större för små barn än för större. Ett barn som ännu inte har ett utvecklat tidsbegrepp upplever ofta en förändring

med skräck. I allmänhet utvecklas inte tidsbegreppet förrän i 4-årsåldern.

Nu är det inte här fråga enbart om ett miljöskifte. I vårdnadsfallen gäller det skifte av förälder som vårdnadshavare. För dessa fall anser sakkunniga att den största risken ligger i framtida skador på barnets känsloliv. Man har gjort gällande att barnet för en normal utveckling av känslolivet behöver känna en varm känslomässig anknytning till den som vårdar det och att det därför inte är bra med skifte av vårdare. Därför skulle det vara bättre för ett barn att stanna kvar i en miljö som kanske inte var den bästa, framför att förflyttas till en ny och mera fördelaktig miljö, om detta skulle innebära att barnet miste kontakten med sin vårdare.

Status-quo-principen anses ha mycket stor genomslagskraft i rättspraxis. Vid ett seminarium 1973 i Oslo med deltagande även av svenska experter på vårdnadsfrågor diskuterades status-quo-presumtionen. Lagdommer Trygve Lange-Nielsen hade till detta seminarium sammanställt ett intressant norskt rättsfallsmaterial.¹⁵ Som exempel på föräldrars möjlighet att utnyttja presumtionen anförde han följande fall:

Sedan lagmansretten (hovrättens benämning i Norge) tilldelat fadern vårdnaden om en 2 1/2-årig dotter, rådde hustruns ombud henne att trots faderns protester ta med sig dottern hem till en annan del av Norge. Medan frågan behandlats dittills hade dottern vistats hos fadern. I två månader lyckades modern behålla barnet som under denna tid fick god kontakt med både modern och mormodern. Modern fick tillfälle att låta en socialkurator komma hem och skriva en rapport om förhållandet mellan barnet och henne själv och mormodern. Efter två månader verkställdes beslut om överförande till fadern av barnet. – Modern hade överklagat till Høyesterett. Med 3 röster mot 2 gav Høyesterett fadern vårdnaden under framhållande av status-quo-presumtionen.

Lange-Nielsen har gjort följande reflexioner: Om modern lyckats behålla barnet hos sig ända fram till Høyesteretts

avgörande, ligger det nära till hands att tro att resultatet hade blivit det motsatta. Om hon inte över huvud taget hade "rövat" barnet med sig hem och därigenom genom socialarbetaren kunnat få en positiv rapport till domstolen, skulle hon kanske fått en enhällig domstol mot sig.

Lange-Nielsen ställer därefter frågan: "Hvordan skal en far eller mor ivareta barnets tarv i slike situasjoner?"

Den typ av "självtäkt" av föräldrar, som Lange-Nielsens fall ovan illustrerar, har betydelse utöver domstolens beslutsfattande. Det vanligaste sätt, på vilket föräldrar utövar "självtäkt" är genom att bryta avtalet med den andra föräldern och inte lämna barnet ifrån sig till denne. "Själv-täkten" utövas vanligen av en förälder som har umgängesrätt eller av annat skäl har barnet boende hos sig tillfälligt. Ju mer denna form av åsidosättande av dom eller beslut eller brytande av avtal breder ut sig, desto ovilligare blir de föräldrar som har vårdnadsansvaret för ett barn att lämna detta ifrån sig.

Två frågor skall beröras här. Är det befogat att ta hänsyn till barnet genom en presumptionsregel som slår onyanserat? Vilka processtekniska möjligheter finns det att räkna själv-täkten till nackdel för en förälder?

Om skillnaden mellan olika barns känslighet vid förflyttning är stor, är det inte riktigt att arbeta med miljöfaktorn som en presumtion. Det är i så fall riktigare för domstolarna att noga bevaka, att det kommer in material som visar det aktuella barnets tålighet. Så fort barnet blivit något äldre, åtminstone över 6 år, är det inte längre fråga om endast en miljöfaktor utan om flera. Kamrater, skola, lärare, bostadsområde bildar tillsammans med föräldern barnets miljö. Ett nyanserat prognosställande lämpar sig långt bättre för bedömning av samtliga faktorer än den med nödvändighet trubbiga status-quo-presumtionen.

Ett bra exempel på en nyanserad bedömning av miljöfaktorerna finns i rättsfallet NJA 1960, s 323, till vilket jag återkommer längre fram.¹⁶

Lange-Nielsen har påpekat, att domstolarna inte låter föräldrarnas illojala utspel betyda någonting vid avgörandet

av vårdnadsfrågan och uttalat sympati för någon form av påföljd, eventuellt kriminalisering, som träffar de mest flagranta fallen av självtäkt.

I vissa fall kan givetvis en förälders illojala uppträdande mot den andra föräldern visa att han inte är lämplig som vårdnadshavare. En illojalitet som drivs systematiskt och som barnet inte kan undgå att lägga märke till ger ju inte något gott föredöme för barnet. En hets- och hatkampanj mot den andra föräldern måste i och för sig skada ett barns psykiska hälsa. Sådana faktorer borde givetvis tas med i ett nyanserat prognosställande. Ju mera känt det sedan blir att vid tveksamhet i vårdnadsfrågan domstolen till och med skulle kunna låta den lojala föräldern få vårdnaden, desto bättre. Det är här fråga om att skapa handlingsmönster för föräldrar i allmänhet.

De fyra presumtionerna förhåller sig till varandra på följande vis:

Föräldrar-är-bäst-presumtionen är den för hela 6 kap FB grundläggande. Den är starkare än *föräldrar-vet-bäst-presumtionen*. Eniga föräldrar kan nämligen inte få rättens fastställelse av ett avtal att tredje man skall vara rättslig vårdnadshavare. Rätten måste utreda vårdnadsfrågan först och undersöka hur berättigad föräldrarnas ansökan är. Vid valet mellan föräldrarna har *moderspresumtionen* sin största betydelse. Vid valet mellan modern och tredje man kan *föräldrar-är-bäst* och *moderspresumtionen* förstärka varandra.

Eftersom *status-quo-presumtionen* utgår från barnets situation och var barnet faktiskt befinner sig, kan den antingen samverka eller kollidera med de andra presumtionerna. Den samverkar ex med *moderspresumtionen* om föräldrarna är ogifta och särboende vid barnets födelse. Den motverkar *föräldrar-är-bäst-presumtionen* vid konkurrens med fosterföräldrar.

Det finns en påfallande stor överensstämmelse mellan interimistiska beslut i vårdnadsfrågor, som kan ges då parterna erhåller betänketid, och det slutliga beslutet. Detta

skulle innebära att oberoende av vilka presumptioner som legat till grund för det interimistiska beslutet, *status-quo-presumptionen* kan vara orsak till överensstämelsen. Man vill inte flytta barnet från den placering det fått enligt det interimistiska beslutet, en placering som varat i minst sex månader. – Det kan också ligga till på ett annat sätt. Den prövning domstolen gör för det interimistiska beslutet är ofta mycket grundlig. Om därför ingenting nytt tillkommit i föräldrarnas situation inför det slutliga beslutet, anser man sig kunna utgå från att det interimistiska beslutet fortfarande är motiverat. Att prövningen av frågan för interimistiskt beslut ofta görs så grundligt kan i sin tur bero på att domstolen medvetet vill undvika att senare komma i en situation, då den behöver ge ett beslut som innebär en förflyttning av barnet.

Bevisföringen och bevisvärderingen

Vårdnadsutredning

Vårdnadsutredning beslutas av domstol på domstolens eget initiativ eller efter begäran av part. Utredningen verkställs av barnavårdsnämnd (sociala centralnämnden).

Hur vårdnadsutredning går till och vilka följder utredningen kan få för föräldrarna och barnet har debatterats under senare år. Därvid har många värdefulla synpunkter kommit fram, bl. a av Bente och Gunnar Öberg i forskningsrapport från Pedagogiska institutionen vid Stockholms universitet: Skilsmässa, sorg och förluster – kristerapi som alternativ till vårdnadsutredning, 1977.

Eftersom jag i stort är övertygad om riktigheten i deras tes att familjen skall behandlas som en enhet vid kris och att familjen bör få sakkunnig psykologisk hjälp att arbeta med sin sorg och att leva med den och eftersom min framställning hittills följt andra tankebanor, anser jag mig skyldig att redovisa en positionsbestämning.

Makarna Öberg behandlar inte vårdnadsfall, i vilka föräldrarna från början varit eniga, grupp A1 i mitt schema ovan,

och inte heller fall, i vilka endast den ena föräldern behöver vara part, grupp B i mitt schema.

Makarna Öberg har därför inte behandlat fall, i vilka en konflikt mellan barnet och endera eller båda föräldrarna är primär och inte bottnar i en konflikt föräldrarna emellan. De tankegångar som makarna Öberg framför är inte tillämpliga på fall i grupperna A1 och B i mitt schema ovan.

Det budskap makarna Öberg framför är att ett barn älskar båda sina föräldrar och inte vill välja mellan dem. Om man, menar makarna Öberg, tvingar ett barn att välja en förälder framför den andra, skapar man ett skuldkomplex, som kan hämma barnets psykiska mognad.

Enligt min uppfattning har makarna Öberg rätt beträffande de flesta fall. Men i de fall, i vilka det finns en konflikt mellan barnet och en av föräldrarna, som inte bottnar i föräldrarnas stridigheter, kan situationen vara en annan. En mellan barnet och en av föräldrarna fristående konflikt upphör knappast genom att föräldrarna kommer i konflikt med varandra inbördes.

Det kan synas som om makarna Öbergs tes, byggd på tanken att barnet är lojalt mot båda sina föräldrar, står i skarp kontrast till mitt påstående att det kan finnas konflikter mellan barn och föräldrar, som man måste beakta. Jag anser emellertid att de båda tankarna kompletterar varandra.

Jag tror att makarna Öbergs modell med framgång kan användas i ett stort antal fall av skillnadskriser, men att det alltid kommer att finnas konfliktfall, förhoppningsvis betydligt färre, som ej kan lösas på detta sätt. En fråga som makarna Öberg tagit upp är om vårdnadsutredningarna kan förvärra konflikter inom en familj, alltså om de verkar provocerande.

Hur går en vårdnadsutredning till och hur menar makarna Öberg att den bör skötas? Jag går inte här in på formella detaljer utan endast på sådant som förefaller mig viktigt för det principiella resonemanget.

Utredaren börjar med att undersöka om någon i familjen tidigare varit i kontakt med de sociala myndigheterna genom att fordra in socialregisteruppgifter och socialvårdsakt. Om

så varit fallet sätter han sig i förbindelse med de myndigheter och institutioner som haft att göra med familjen samt med barnens lärare. Utredningsmannen kallar till sig eller uppsöker parterna själva och samtalar i regel med dem en åt gången vid i genomsnitt två samtalstillfällen. Utredningsmannen tar kontakt med anhöriga. Han har att bilda sig en uppfattning om barnet genom att iaktta det tillsammans med föräldrarna och/eller samtala med det. Han har också att bilda sig en uppfattning om de olika förhållanden under vilka barnet kommer att leva hos vardera föräldern. Det kan hända att personliga samtal inte kan ske på grund av geografiska avstånd.

Någon skyldighet att utöver de nu nämnda höra personer som parterna själva anvisar, s k referentpersoner, finns inte. Detta överlämnas åt utredarens eget omdöme, men ex om part önskar att hans arbetsgivare skall höras, så bör man göra detta.

Om utredaren bestämmer sig för att villfara parts begäran och höra en vän, en granne eller en arbetskamrat, har han att räkna med att dessa är engagerade genom vänskap eller släktskap. Vanligtvis framkommer motstridiga uppgifter och svårigheten att bedöma trovärdigheten hos referentpersonerna är stor.

Utredaren har att redogöra för sitt arbete i en rapport, vilken skall utmyнна i ett förslag till hur vårdnadsfrågan skall lösas. Av denna redogörelse skall framgå vilka skäl utredaren haft för sitt förslag. Han har alltså att göra en värdering av materialet och redovisa denna värdering som underlag för sitt ställningstagande.

Utredarens rapport läggs som underlag för barnavårdsnämndens (sociala centralnämndens) yttrande till domstolen. Nämnden yttrar sig som sakkunnig och dess yttrande är ett särskilt bevismedel i rättegången.

Makarna Öbergs kritik mot det sätt på vilket vårdnadsutredningar bedrivs riktar sig mot att dessa är anpassade efter domstolens önskemål. De skulle vara en sorts minirättegångar. Detta menar makarna är felaktigt därför att vårdnadskonflikter är i högre grad mentalhygieniska än juridiska

problem. Men utredaren driver förhör och motförhör, konfronterar parterna med varandras och referentpersonernas uppgifter, dvs pressar in och låser föräldrarna i stridspositioner, som de kanske inte haft från början.

För barnets del, menar makarna Öberg, löser aldrig domstolens beslut den egna lojalitetskonflikten. Barnets sorg pressas ned och i stället visar sig andra symtom: skolsvårigheter, aggressivitet, kriminalitet, apati, psykosomatiska reaktioner etc.

I vilka avseenden skiljer sig den av makarna Öberg rekommenderade kristerapi från vårdnadsutredningar?

Syftet med kristerapi är inte att få föräldrarna att flytta ihop igen. Syftet är att hjälpa dem med det nödvändiga "sorgearbetet", få dem att kunna tala med varandra och om möjligt *själva komma fram* till en överenskommelse i vårdnadsfrågan. Metoden är samtal med *båda samtidigt*, aldrig med endast den ena.

Om man nu från myndigheternas sida gav direktiv att utredaren i de fall, i vilka vårdnadsfrågorna ägde samband med föräldrakris, skulle arbeta med terapeutiska metoder (kristerapi) huvudsakligen i stället för utredningstekniska (nuvarande vårdnadsutredningar), vilket material skulle domstolen få för beslutsfattandet?

Om terapin lyckades skulle domstolen endast ha att fastställa en överenskommelse, till vilken även barnet lämnat sitt samtycke. Närmare idealet än så kan man inte komma.

Om terapin misslyckades borde väl arbetet med familjen ha gett tillräckligt underlag för en rapport till sociala centralnämnden, som kunde läggas till grund för dennas yttrande till domstol. I en sådan rapport borde man kunna redovisa barnets synpunkter på ett initierat sätt. Svårigheten skulle vara att inte under terapin bedriva materialinsamling för rapportering så att detta intresse tog överhand.

Någon anledning att önska en förändring av vårdnadsutredningar i mål eller ärende, i vilka endast den ena föräldern är part, grupp B i schemat ovan, finns inte. Det allmänna, viktiga kravet finns givetvis att vårdnadsutredningarna så

långt det är möjligt skall inriktas på barnet. Motsvarande gäller fall, i vilka föräldrarna är eniga och misstanke finns att de avtalat utan att se till barnets intressen, fall i grupp A1 enligt mitt schema ovan.

Bevisvärdering

Det är inte ovanligt att parterna i stridiga mål och ärenden om vårdnaden begär att få höra vittnen. Domstolen får dels en vårdnadsutredning, dels direkt inför domstol avgivna vittnesmål att bedöma. Svårigheten för domstolen att värdera vittnesutsagor i mål av denna typ är i princip densamma som för vårdnadsutredaren vid bedömning av referentpersonernas berättelser. Domstolen måste ju bilda sig en uppfattning om ex ett vittnes uppgift om faderns alkoholism är grundad på egna iakttagelser av vittnet eller på fantasiskapelser.

Utan att fördjupa mig i de två metoderna för bevisvärdering, *tema-metoden* och *bevisvärde-metoden*, vill jag framhålla den senares användbarhet på trovärdighetsbedömning av detta slag.

Antag att ett vittne lämnat uppgiften att fadern till barnet är narkotikalangare. Domstolen finner att vissa relationer mellan fadern och vittnet ger anledning att misstänka att vittnet medvetet förtalar fadern. Sannolikheten för att vittnet ljugar är stor. Därför saknar utsagan bevisvärde för att fadern är narkotikalangare. Men utsagan talar inte heller mot att fadern är narkotikalangare. *Med anledning av vittnesmålet står frågan öppen om fadern är narkotikalangare eller inte.*

Att bestämma bevistema är av stor betydelse. Det bör anknyta till konkreta händelseförlopp. Avgörandet om ett bevistema är styrkt utgör första steget i beslutsprocessen. Bevistema bildar sedan material för prognosställande.

Som illustrationsmaterial för den fortsatta diskussionen har jag valt rättsfallet *NJA 1960, s 323*.

Sedan vid hemskillnad 1950 och äktenskapsskillnad 1951 vårdnaden om

en 1949 född gosse tillerkänts fadern samt denne gift om sig 1954 och avlidit 1959, yrkade gossens moder att bli tillerkänd vårdnaden om gossen. Yrkandet bifölls av häradsrätt och hovrätt samt av en minoritet (2 justitieråd) i högsta domstolen. Majoriteten i högsta domstolen biföll en av faderns nya hustru framställd begäran att såsom särskild förmyndare få vårdnaden. Domstolen fann nämligen – särskilt med beaktande av att ett barn i denne gosses ålder icke utan starka skäl borde flyttas från en för barnet lämplig miljö, där det rotat sig och kände trygghet och tillit till omgivningen – det vara med gossens bästa mest förenligt, att vårdnaden om honom uppdrogs åt styvmodern såsom särskilt förordnad förmyndare.

Pojkens namn var Sven-Erik Bertil.

Att rättsfallet om Sven-Erik Bertil lämpar sig väl som illustrationsmaterial beror bl a på att materialet är välbalanserat. Det finns ett utförligt material både beträffande modern, Dagmar, och styvmodern, Svea.

Svea hade haft hand om Sven-Erik Bertil – tillsammans med fadern – sedan Sven-Erik Bertil var i tvåårsåldern, först som husföreståndare, sedan som gift med fadern. Dagmar hade alltsedan skilsmässan utnyttjat umgängesrätten med Sven-Erik Bertil väl. Hon hade haft barnavårdsman för sina två flickor och med henne diskuterat Sven-Erik Bertil.

Vad som skall bevisas, bevistemata, är förhållanden som kan grupperas under följande huvudrubriker:

1. Sven-Erik Bertils personlighet.
2. Dagmars och Sveas personligheter och förhållanden, ex arbete, inkomst m m.
3. Den inre miljön vid de båda alternativen, ex ny äktenskapspartner eller samboende, syskon, bostadsförhållanden.
4. Den yttre miljön vid de båda alternativen ex geografisk belägenhet, skolförhållanden, övrig släkt och kamrater.
5. Relationerna mellan Sven-Erik Bertil och Dagmar och mellan Sven-Erik Bertil och Svea.

Tidsfaktorn spelar en framträdande roll vid beslutsprocessen redan på detta stadium. Det är viktigt att få fram bevisfakta under de fem punkterna av så sent datum som möjligt så att domstolen kan få en uppfattning om nuläget. Men detta räcker inte. För att bilda underlag för prognosställande, som skall gälla kanske tio, femton år in i

framtiden, behöver domstolen känna bakgrund och förändringar i det förflutna. Bevisfakta kan och bör angå hela tidsperioden från barnets födelse. Domstolen kan inte bilda sig en uppfattning om utvecklingstendenser utan att känna utvecklingsförloppet i det förflutna.

Därmed är dock inte sagt att bevisvärderingen skulle vara principiellt annorlunda än i flertalet rättegångsmål, i vilka det gäller att ta ställning till ett visst bestämt händelseförlopp i det förflutna. Bevistemata under de fem punkterna måste preciseras och konkretiseras och kommer då vart och ett att bli jämförbart med den typ av bevistemata som vanligtvis ställs i övriga rättegångsmål.

1. Sven-Erik Bertils personlighet

Som vanligt i vårdnadsfall redovisas uppgifter om barnets individuella drag kortfattat. Rättsfallet om Sven-Erik Bertil upptar i NJA nära sju sidor. Vad som direkt angår hans personliga intellektuella och övriga förutsättningar är redovisat med följande rader ur ett utlåtande av en barnpsykiater till barnavårdsnämnden i den kommun där Svea bodde:

”Gossen vore, utan att nämnvärd påverkan kunde spåras, klart avvisande mot en överflyttning. Hans goda intellektuella utrustning i förening med en för åldern ovanlig klarhet och reda syntes motivera, att hänsyn togs till hans önskan. Han vore välanpassad och, ehuru en överflyttning troligen skulle medföra temporära anpassningssvårigheter, torde hans goda psykiska resurser medföra, att eventuella skador kunde läkas. Den kavathet han besatte kunde måhända medföra att han revolterade mot en förflyttning.”

Det framgår inte av referatet när utlåtandet är dagtecknat men det måste ha varit tidigare än den 22 juni 1959, eftersom barnavårdsnämndens yttrande bygger på utlåtandet.

Häradsrättens beslut att tillerkänna Dagmar vårdnaden fattades den 29 december 1959. Då Svea besvärade sig över beslutet, relaterade hon en händelse på följande vis:

”Den 31 dec 1959 inträngde Dagmar i Sveas bostad och bortförde Sven-Erik Bertil med hjälp av några andra personer. Anmälan om Dagmars åtgärd gjordes omedelbart till kriminalpolisen och barnavårdsnämnden i M-. Gossen hade av Dagmar förts till hennes syster i Jönköping. Innan

något ingripande kunnat företagas för att återföra Sven-Erik Bertil till M-, rymde han och "liftade" från Jönköping med bilar till M-, dit han anlände på kvällen den 7 jan."

Dagmar ger en annan skildring av händelseförloppet, som huvudsakligen går ut på att hon inte brukat våld och att Sven-Erik Bertil bortförts från Jönköping av släktingarna från M-.

En omfattande utredning av vad som hänt verkställdes. Denna redovisas inte i referatet. Tydligen med anledning av det inträffade beslöt barnavårdsnämnden att omhänderta pojken för skyddsuppfostran och placerade honom tills vidare hos Svea.

Uppgiften att Sven-Erik Bertil lyckades genomföra en rymning och lyckades ta sig fram den omkring 20 mil långa vägen genom att lifta är viktig som bevisfaktum för hans mognad. Detta väl preciserade händelseförlopp kunde värderas enligt bevisvärdeometoden. Om man därvid funnit att skildringen stödde sig på Sven-Erik Bertils egna och ev ögonvittnes berättelser, kunde man trots Dagmars förnekande tillmäta uppgiften ett högt bevisvärde. Det gällde sedan att lägga samman värdet av sakkunnigyttrandet till barnavårdsnämnden i M- och värdet av uppgiften om rymning och liftning för att ta ställning till pojkens mognad.

Minoriteten i högsta domstolen redovisar resultatet av en bevisvärdering som kan antagas ha skett efter de här skisserade linjerna:

"I målet föreliggande upplysningar rörande Sven-Erik Bertils begåvning och karaktär tyda på vakenhet och verksamhetslust men även på en viss påverkbarhet och benägenhet att följa ögonblickets ingivelse."

2. Dagmars och Sveas personligheter och förhållanden

Till en del är bevisfakta som skall sorteras in under denna rubrik en typ av registeruppgifter: ålder, arbete, inkomst m m. Till en del är bevisfakta starkt varierade från fall till fall och vilar på egna uppgifter, vittnens och sakkunnigas utsagor och domarnas egna iakttagelser av parterna, då de uppträder inför rätta.

I det aktuella rättsfallet är uppgifterna om både Dagmar och Svea uttalat positiva. Dagmar har en bra anställning och goda vitsord som skötsam. Hon har på en liten inkomst gett döttrarna ett gott hem och hjälpt dem fram till student- respektive realexamen. Om Svea får man inte veta mer än att hon skött Sven-Erik Bertil sedan han var 15 månader gammal och gjort detta väl.

I flertalet tvistiga vårdnadsmål ligger tyngdpunkten i bevisvärderingen här. Till skillnad från vad som var fallet med Dagmar och Svea skiljer sig ofta uppgifterna om parternas skötsamhet. Det gäller då för domstolen att värdera uppgifter om partens uppträdande och vad som hände vid olika tillfällen. Det kan gälla att bedöma trovärdigheten av en uppgift om att en av parterna vid vittnets besök varit högradigt berusad eller av en uppgift om depressioner och liknöjdhet hos en av parterna under en viss bestämd tidsperiod.

Svårigheten är att avgöra om ett bevistema är relevant för frågan om vårdnaden. Är t ex frågan om en av parterna är narkotikalangare relevant för frågan om han skall få vårdnaden om sitt eget barn? Är frågan om religionstillhörighet relevant? Enligt min uppfattning behöver man inte i s k gränsfall ta ställning till relevansen redan vid bevisvärderingen. Det gäller att få fram ett så fullständigt material som möjligt. Den definitiva gallringen för att få fram vad som är väsentligt bör ske vid prognosställandet.

Punkterna 3 och 4 om den inre och yttre miljön, gäller bevisfakta av registertyp.

Dagmar kunde erbjuda en rymlig etta. Hos henne fanns Sven-Erik Bertils två äldre systrar. Den inre miljön var enligt vitsord varm och öppen. Den yttre miljön får man inte veta mer om än den geografiska belägenheten.

Svea bodde fortfarande i det hus som tillhörde Sven-Erik Bertils farmor. Faderns släktingar fanns i närheten, bl a en jämnårig kusin. Skola och yttre miljö beskrivs som positiva.

Punkt 5 angår Sven-Erik Bertils relationer till de båda presumtiva vårdnadshavarna.

Sven-Erik Bertil och Dagmar

Dagmar har själv uppgett att genom det kontinuerliga umgänget med sonen hade det uppstått ett "djupare känslöförhållande mellan moder och son".

Barnavårdsnämnden i Dagmars kommun har framhållit det känslomässigt varma förhållandet mellan pojken och hans mor och systrar.

Barnpsykiatern anlitad av barnavårdsnämnden i Sveas kommun har yttrat: "Moderns känslösvall besvarades ej av gossen, i alla händelser ej i den grad som modern ville göra gällande och upplevde det."

Barnavårdsmannen från Dagmars kommun har som vittne uppgett: "Pojken hade förefallit harmonisk, glad över att ha fått vara hos sin mamma och stolt över sina systrar. Med den goda kontakt som rått mellan Dagmar och döttrarna å ena samt pojken å andra sidan, skulle det tidigare icke ha inneburit någon olägenhet för pojken, om han flyttats till Dagmar. Efter faderns död hade tydligen en viss förändring inträtt. Dagmar hade i telefon beklagat sig för vittnet över pojkens förändring men sagt att efter en stunds samvaro hade han tinat upp."

Sven-Erik Bertil och Svea

Barnpsykiatern anlitad av barnavårdsnämnden i Sveas kommun har yttrat att mellan pojken och styvmodern fanns starka men icke neurotiskt färgade band.

Ytterligare bevisning om förhållandet mellan pojken och Svea är inte refererad. Dagmar har emellertid inte förnekat att Svea gett pojken en god omvårdnad. Hon har i stället framhållit att vetskapen om att han hade det bra starkt bidragit till att hon avstod från krav på vårdnad så länge hon haft det besvärligt med trångboddhet och det skulle varit svårt för henne att ordna barnpassning medan hon själv var på arbete.

Den inre och den yttre miljön i de båda alternativen är endast punktvis belyst. Det finns uppgifter i Sveas utsaga och även i sakkunnigutlåtandena att pojken var fast förankrad i miljön

hos Svea. Det finns uppgifter i Dagmars utsaga och i sakkunnigutlåtanden att Sven-Erik Bertil varit hos modern och systrarna på bemärkelsedagar och senast på flickornas examensdagar och alltid funnit sig väl tillrätta.

Varken Dagmar eller Svea har förnekat den andras förmåga att vara vårdnadshavare. I konkreta frågor har ingen av dem förnekat riktigheten av den andras uppgifter, utom vad beträffar händelseförloppet vid Sven-Erik Bertils rymning och liftning från Jönköping. Någon bevisvärdering i egentlig mening blev det därför inte tal om annat än på den punkten.

Prognosställandet

Det är inte vanligt att prognoser för barnet redovisas i referaten av vårdnads mål. Om domstolen över huvud taget yttrar sig om barnets framtid, sker det i regel genom att ange den eller de presumtioner som domstolen grundat sitt beslut på. Moderspresumtionen anges exempelvis så att man beträffande små flickor framhåller deras behov av modern under puberteten. Status-quo-presumtionen förankras inte endast i det olämpliga att för närvarande göra en förflyttning utan även i tanken att barnet på längre sikt skall växa upp under oförändrade förhållanden.

Hur viktigt det är att ställa prognoser för det i målet aktuella barnet har framhållits från läkarhåll. Psykiatern Bo Gerle yttrade härom:

”Vi måste ha klart för oss, att vi redan hos barnen på ett övertygande sätt kunna spåra konstitutionella särdrag och få en uppfattning om personlighetstypen. När det gäller att försöka avgöra, vem av föräldrarna som barnen bäst passa ihop med, spela barnets egenskaper en mycket viktig roll. Det finns små säkra bytingar, som gå ostörda genom prövningar och svårigheter och få föga märken av stridigheterna mellan föräldrarna. De kunna rentav utgöra ett stöd för en mor, som får hand om dem och som kanske av och till har svårt att orka med de problem, som dyka upp. Det finns å andra sidan utpräglat subvalida barn, som osäkra, ängsliga och lättirriterade behöva just den miljö och den form av föräldraomsorger, som de redan på ett tidigt stadium funnit nödvändiga för att de skola kunna känna sig tillfreds. Man måste försöka sätta sig in i barnens situation och leva sig in i hur de känna och hur de se på framtiden.”¹⁷

I rättsfallet om Sven-Erik Bertil har i såväl majoritetens som minoritetens domskäl i högsta domstolen ställts prognoser för barnets framtid.

Majoriteten: "Båda parterna får i fråga om personliga egenskaper anses väl skickade att för framtiden handhava vårdnaden om gossen. Dagmar synes dock hava större förutsättningar, när det gäller att med beaktande av gossens anlag och möjligheter planera och ordna för hans vidare utbildning. Det kan emellertid antagas, att Dagmar, därest vårdnaden om gossen tillerkännes Svea, kommer att visa intresse för gossens vidare utbildning och erhålla tillfälle att öva inflytande i detta hänseende."

Minoriteten: "Av vad i målet förekommit framgår, att Dagmar har en känslomässigt lugnare inställning till Sven-Erik Bertil än styvmmodern, samt att hon vid uppfostran av sina två flickor visat klart förstånd, målmedvetenhet och förmåga till samförstånd. Det kan med hänsyn till Dagmars personliga egenskaper antagas, att hon såsom vårdnadshavare kommer att, särskilt då Sven-Erik Bertil blivit några år äldre, vara ett fastare stöd för honom än Svea."

Det intressanta är att majoriteten och minoriteten ställt samma prognos för pojken men därefter dragit olika slutsatser och kommit till skilda resultat. Så blev till slut vägningen av prognoser avgörande för det slutliga beslutet att tillerkänna Svea vårdnaden.

Vägningen av prognoser

Denna sista etapp i beslutsfattandet saknar motsvarighet i de flesta övriga tvistemål. I brottmålsprocessen erbjuder valet av påföljd en liknande problematik. Såväl vårdnadsfrågan som påföljdsfrågan kan innehålla rättspolitiska värderingar. Som exempel vill jag hänvisa till Jörn Svenssons interpellationer i riksdagen, vilka bygger på farhågan att människor med goda inkomster skulle kunna bjuda ett barn en bättre framtid än de biologiska föräldrarna och på grund därav få bli vårdnadshavare.

Jörn Svenssons farhågor måste anses ogrundade dels av det skälet att vi har strikta regler om talerätt, dels av det skälet att svenska domstolar medvetet ser bort från ekonomiska förhållanden av den typ Jörn Svensson antagligen åsyftar.

Det är emellertid uppenbart att vägningen av prognosen i vårdnads mål nödvändigtvis vilar på domarnas uppfattning om vad som är önskvärt eller lämpligt. Lagtextens *barnets bästa* ger här endast den allmänna vägledningen, att man inte skall låta en prognos fälla avgörandet därför att den är fördelaktig för föräldrarna. Vad som skall menas med barnets bästa återstår.

Det förefaller inte vara ovanligt att ett fall behandlas som skedde i rättsfallet om Sven-Erik Bertil. En omsorgsfullt genomförd beslutsprocess leder fram till prognoser som lika gärna kan ge det ena som det andra resultatet. Jag skall anföra ett annat exempel på detta.

För något år sedan spelades i TV en serie fingerade rättegångar med skådespelare endast i rollerna av parter och vittnen. Domare, nämndemän, advokater var yrkesmännskor som ställt sig till förfogande. Ett av fallen var ett vårdnads mål. Avsikten lär ha varit att spela upp ett fall, i vilket fadern fick vårdnaden om en son – jag tror i 10-årsåldern. Pjäsen var förhandsarbetad endast i huvuddragen. I detaljer och slutfas skulle handlingen få utveckla sig själv.

Modern hade kulturella intressen, var aningen tungsint och grubblande. Fadern var utåtriktad, aktiv och idrottsman på fritiden. För att få det naturligt att ge fadern vårdnaden hade man tecknat en pojke, som ungefär var en minimomodell av fadern. Han hade vid tidig ålder visat stort intresse och anlag för idrott, kickade boll varje ledig stund etc, etc.

Nu gav det sig inte bättre än att moderns advokat var utomordentligt skicklig och vältalig i TV-rutan. Hon pläderade för att just på grund av pojkens anlag att bli idrottsfantast behövde han en kulturell motvikt och att moderns inflytande var vad han bäst behövde. Nämnden böjde sig för hennes argument och mot förhandsritningarna överröstade nämnden domaren och tillerkände modern vårdnaden om sonen.

Exempel från rättspraxis är fallen med den ena föräldern som fanatiskt religiös. Vid vägningen av prognoser har domstolen i dessa fall att ta ställning till värdet för barnet av

att följa en förälders religion mot riskerna för allmän social missanpassning.

Man kan utan större svårighet konstruera ett antal frågeställningar vid vägning av prognoser som kan vålla en domstol bekymmer. Antag exempelvis att en av föräldrarna lider av att inte ha fått bli vad han velat, det kan gälla ett allmänt yrkesval som läkare eller ett mera speciellt som en framstående tennisspelare. För att kompensera sina undertryckta besvikelser låter föräldern barnet träna sex dagar i veckan och förväntar sig att få fram en ny Björn Borg. Skall domstolen anse föräldraambitionen nyttig och utvecklande för barnet eller skadlig som hämmande den egna utvecklingen?

Enligt min uppfattning går det inte att dra upp några allmänna riktlinjer för prognosvägningen. Det kan vara riktigt för en cirkusdirektör att träna sitt barn hårt för att göra det till trapetskonstnär, medan man måste se det som kriminellt av en förälder i ett ordinärt civilt yrke att tvinga sitt barn att hårdträna upp och ner några meter ovan markytan varje dag.

Enda sättet att göra en avvägning i det individuella fallet är att ta hänsyn till barnet självt. Se till att sakkunniga lägger huvudvikten på barnets förutsättningar och tycken. Om möjligt låta barnet självt komma till tals. Kanhända var det Sven-Erik Bertils egen åsikt som blev avgörande för majoriteten i högsta domstolen. Det heter i domskälen helt kortfattat: "Gossen har ock givit otvetydiga uttryck för sin önskan att få kvarbliva i sitt nuvarande hem."

Barnets bästa

Domstolarnas tillämpning av passusen om barnets bästa i 6:7 m fl paragrafer i FB går i regel inte ut på mer än att se till att barnet inte lämnas över till en direkt olämplig vårdnadshavare. I flertalet fall jämför man inte ens olika möjligheter att lösa vårdnadsfrågan. I de fall då man gör jämförelser mellan olika alternativ, bygger man i stor utsträckning på generaliseringar av typ barnet mår bäst där det är, en mor är

bättre än en far etc. Det aktuella barnets särdrag blir sällan mer än helt flyktigt berörda. Allt detta sker i form av presumptionstänkande och ter sig därför som god juridisk teknik.

Vill man spetsa till kritiken mot tillvägagångssättet kan man säga att presumptionerna lägger en slöja över ett bristfälligt beslutsfattande.

Olika författare har påvisat bristerna i domstolens tillämpning av passusen om barnets bästa från civilrättsliga utgångspunkter.¹⁸ Man har framhållit svårigheterna att ställa prognoser för ett tvåårigt barns dynamiska utveckling under nästan två decennier. Dessa synpunkter är naturligtvis värda att begrundas. Det kan löna sig att lägga processrättsliga synpunkter på problemet.

Om man tillämpar ett system vid beslutsfattandet som vid varje etapp låter barnets intressen komma först, skapar man garantier för att det aktuella barnets särdrag inte skall glömmas bort eller komma i skymundan. En sammanfattning av det tillvägagångssätt jag i det föregående sökt skildra ser ut som följer.

Vid bevisvärderingen bör som första punkt förhållanden som angår barnets personlighet behandlas.

Vid prognosställandet bör man endast utgå från hur barnet kan tänkas få det hos den ena eller den andra vårdnadshavaren.

Vid vägningen av prognoser skall den s k överviktsprincipen tillämpas. Man skall ge parterna samma utgångsläge.

Noter

1. Öberg, Bente och Gunnar, Skilsmässa, sorg och förluster med underrubriken: Kristerapi som alternativ till vårdnadsutredning, Forskningsrapport från Pedagogiska Institutionen vid Stockholms universitet, 1977, s 64 ff.
2. Handläggning av tvistiga vårdnadsärenden sker jämlikt lag 1946 om handläggning av domstolsärenden 6 § 2 st 1 p och 3 st 20:1 FB och 15:30 a GB. Handläggning av tvistiga vårdnads mål 20:1 FB, 15:29, 30 och 30 a GB.
3. Lag 1946 om handläggning av domstolsärenden 3 §, 4 §, 6 § 1 st 15:7, 3 st GB och 1:3 RB. Om vårdnadsfrågan handläggs gemensamt med annan fråga, ex i mål om underhållsbidrag, gäller regler om

domstolens sammansättning i denna fråga även för vårdnadsfrågan.

4. 20:1 FB och 15:30 a 1 st, 3 p GB.
5. Ekelöf, Per Olof, Rättegång IV, 4:de uppl 1977, s 84 ff, 107 och 164.
6. JO:s ämbetsberättelse 1962, s 28 ff. TSA 1961, s 96 ff. Samma linje följd av socialutredningen, SOU 1977:40, s 47 förslag till 6:14 FB.
7. Se s 75.
8. Hanna Danefjäll (1970) tar i en avhandling upp domstolarnas tolkning av begreppet barnets bästa. Hon menar att domstolen använder sig av mål-medel-principen, dvs att man "fattar beslut som optimerar det gynnsamma utfallet beträffande besluts konsekvenser". Även en forskare har alltså uppfattat uttrycket som en typ av superlativ.
Öberg, Bente och Gunnar, Kristerapi, s 64.
9. Se s 75.
10. Minoriteten i HD har däremot gått in på fosterhemmets fördelar.
11. Report by Justice 1975, s 14.
12. SvJT 1954, s 301.
13. Beckman-Höglund, s 142.
14. Agell, Anders, Barnrätt, Uppsala 1976, s 29.
15. Mental Barnehjelps seminar. Faglig hjelp i barnefordelningssaker 9-12 nov 1973. Oslo 1974, s 33 ff.
16. Se s 127 ff.
17. SvJT 1954, s 303 f.
18. Sundberg, Jacob, Familjerätt i omvandling, Stockholm 1969, s 231.

8 Umgängesrätten

Gällande

6:11 FB

Fader eller moder som är skild från vårdnaden får ej betagas tillfälle till umgänge med barnet, med mindre särskilda omständigheter föranleder det. Nöjes han ej med vad som härom bestämmes av den som har vårdnaden, skall rätten besluta i frågan.

Förslag

Barnet har rätt till umgänge med båda sina föräldrar, även om de inte lever ihop.

Om det är till barnets bästa har fader eller moder som är skild från vårdnaden rätt till umgänge med barnet.

Umgänge mellan barnet och särboende förälder skall normalt äga rum en eftermiddag i veckan, varannan lördag-söndag, varannan jul och påsk och tre veckor under sommarlovet.

Om barnet eller särboende förälder önskar befrielse från eller ändring av umgängesrätten kan ansökan därom göras hos allmän domstol dock tidigast tre månader efter det att beslut eller dom i vårdnadsfrågan vunnit laga kraft.

På ansökan av särboende förälder skall domstolen ompröva vårdnadsfrågan.

21:3 FB

Förordnar länsrätten om verkställighet, äger den förelägga vite eller, om det anses nödvändigt, besluta att barnet skall hämtas genom polismyndighets försorg.

Om risk föreligger för skada på barnets kroppsliga eller själsliga hälsa, skall länsrätten vägra verkställa förälders umgängesrätt. Verkställighet får ej ske genom polismyndighets försorg.

21:5 FB

Är det uppenbart att förhållandena ändrats väsentligt . . . Länsrätten får även i annat fall vägra verkställighet om risk, som ej är ringa, föreligger för skada på barnets kroppsliga eller själsliga hälsa.

Förälders umgängesrätt lagfästes redan i 1915 års lag om äktenskaps ingående och upplösning och i 1917 års lag om

barn utom äktenskap. Nuvarande lagtext är i stort sett oförändrad sedan dess. Däremot har reglerna för verkställighet av umgängesrätten väsentligt förändrats genom lag 1967 och genom förvaltningsreformen 1971.¹

Då vårdnaden anförtrotts endast den ena föräldern har den andra förälderns rätt till umgänge med barnet ansetts i det närmaste självklar. Under senare år har umgängesrätten motiverats främst som viktig för barnet. Lagutskottet yttrade i betänkande 1975/76 att barnet har behov av båda sina föräldrar samt att detta behov bäst kunde tillgodoses om föräldrarna fick behålla den gemensamma vårdnaden efter separation.² Om så inte skedde, menade utskottet, var det viktigt att barnet hade tillfälle till ett väl tilltaget umgänge med den av föräldrarna som var skild från vårdnaden. Utskottet betonade att det låg i barnets intresse att hålla en god kontakt med båda föräldrarna.

Den inställning som lagutskottet gav uttryck åt, kan säkert omfattas av alla, som har någon erfarenhet av barn till särboende föräldrar. Det räcker emellertid inte enligt min mening med att i lagförarbeten framhålla hur viktigt umgänget är för barnet. Lagtexten har stor betydelse för attityderna i samhället och en ändrad lagtext som sätter barnets rätt till umgänge först kan få stark psykologisk genomslagskraft.

Den perifere förälderns umgängesrätt fungerar i allmänhet väl, och de fall som kommer till domstol som tvistiga är förhållandevis få. I diskussionen om dessa har frågan om verkställigheten och utformningen av tvång kommit i förgrunden. Man synes därvid ha förbisett att de grundläggande frågorna är de som angår umgängesrättens förhållande till vårdnadsrätten och domstolarnas prövning av rätten till umgänge.

Gällande rätt

Till skillnad från den rättsliga vårdnaden kan umgängesrätten utövas enligt avtal föräldrarna emellan. Om den

förälder som har rätt till umgänge är missnöjd med de möjligheter den andre föräldern ger honom, kan han föra talan vid domstol. Sådan talan kan föras i samband med vårdnadsfrågan eller separat.

Det är vanligt att umgängesrätten prövas i mål om föräldrarnas äktenskapsskillnad tillsammans med vårdnadsrätten. I dessa mål är umgängesrätten alternativ till vårdnadsrätten. I rättspraxis har därför frågan uppkommit, om part skulle behöva framställa ett särskilt yrkande om umgängesrätt och om domstolen skulle pröva ett sådant yrkande som framställts först i högre rätt eller efter fullföljdstidens utgång. Domstolarna har i några fall visat en liberal inställning. – Både vårdnads- och umgängesfrågan kan prövas om igen i ny rättegång. Detta är säreget och innebär att domar och beslut i dessa frågor inte vinner rättskraft. – Både vårdnads- och umgängesmål betecknas som indispositiva. Detta betyder att domstolen har skyldighet att handla på eget initiativ – främst för att ta till vara barnets intresse. Det är emellertid oklart i vilken utsträckning domstolarna skaffar in bevismaterial. Domstolarnas aktivitet kan ha stor betydelse i de mål, i vilka föräldrarna på grund av inbördes enighet förhåller sig passiva i rättegången.

I vårdnads- och umgängesmål som är tvistiga begär domstolen vanligtvis vårdnadsutredning av barnavårdsnämnden (sociala centralnämnden). I den redovisning som rätten får över utredningen återges utredarens hembesök, samtal med föräldrar och barn, släktingar, vänner etc. Redovisningen läses upp helt eller delvis inför domstolen. Vårdnadsutredningen tillmäts stor betydelse vid avgörande av såväl vårdnads- som umgängesfrågan.

Reglerna för verkställighet av dom eller beslut i vårdnads- och umgängesfrågor är gemensamma. De återfinns i 21 kap FB. Den utveckling som dessa regler undergått vid och efter utbrytningen från regler om sakutmätning, kännetecknas framför allt av att tyngdpunkten förskjutits från hämtningen till åtgärder för att söka göra hämtning överflödig.

Verkställighet sökes hos länsrätten. Sedan domen eller

beslutet som skall verkställas vunnit laga kraft skall länsrätten uppdraga åt representant för barnavårdsnämnden att söka åstadkomma en frivillig överföring av barnet. Denna sk medling går ut på att få båda föräldrarna samarbetsvilliga. Om det är möjligt följer "förlikningsmannen" upp ärendet genom att närvara den första gången barnet skall överlämnas till den umgängesberättigade respektive tillbakalämnas till vårdnadshavaren. Vid behov kopplar man in PBU, den psykiska barn- och ungdomsvården, för utredning. PBUs egentliga uppgift i sådana fall är att avge ett utlåtande om barnets psykiska hälsa. Men PBU verkar dessutom terapeutiskt och inriktar sitt arbete på att söka få föräldrarna att samarbeta.

Av de mål som årligen behandlas vid länsrätten i Stockholm om överföring av barn, till antalet omkring 50–60, angår de flesta eller omkring 9/10 umgängesrätt och endast 1/10 vårdnaden. Flertalet ärenden om verkställighet av umgängesrätt bifalles, endast omkring vart femte avslås.

Barnet skall höras, om det fyllt 15 år eller nått motsvarande mognad. Verkställighet får inte ske mot barnets vilja "utan att länsrätten finner det nödvändigt med hänsyn till barnets bästa". Om medlingsförsök misslyckats, skall länsrätten pröva om verkställighet skall ske. Om det är uppenbart att förhållandena ändrats väsentligt sedan allmän domstol fastställde umgängesrätten, kan länsrätten vägra verkställighet och hänvisa part till förnyad prövning vid allmän domstol. I varje fall kan länsrätten vägra verkställighet om den finner risk som ej är ringa föreligga för barnets kroppsliga eller själsliga hälsa.

Om länsrätten beslutar att verkställighet skall ske, skall den i första hand förelägga vite för den faktiska vårdnadshavaren och i andra hand ge klartecken till hämtning av barnet genom polismyndighet. I 21:8 FB ges särskilda bestämmelser om utförandet av hämtningen. Den skall ske så skonsamt som möjligt i närvaro av ledamot i barnavårdsnämnd eller tjänsteman inom barnavården samt om möjligt i närvaro även av läkare.

Umgängesfrågan – vårdnadsfrågan

Man kan rikta kritik på flera punkter mot den självklara kopplingen i regelsystem och tillämpning mellan vårdnadsrätten och umgängesrätten. Jag vill i det följande diskutera viktiga skillnader mellan dessa båda "föräldrarättigheter" som borde beaktas i lagstiftningen.

Förutsättningar

Lagtexten ger ingen ledning beträffande vilka omständigheter domstolarna skall pröva i vårdnads- och umgängesfrågan. Redan av det förhållandet att vårdnadsbeslutet ligger till grund för avgörande i umgängesfrågan framgår emellertid en skillnad. I vårdnadsfrågan har domstolen att väga den ena förälderns lämplighet som vårdnadshavare mot den andras. I umgängesfrågan gäller det en bedömning av lämpligheten av att den icke vårdnadsberättigade föräldern får umgängesrätt. Någon vägning av de båda föräldrarnas lämplighet sker inte i umgängesfrågan.

Det finns en rad rättsfall i vilka *grava anmärkningar mot en förälder* i vårdnadsfrågan lett till att den andra föräldern fått vårdnaden om barnet men i vilka den första föräldern trots anmärkningarna fått umgängesrätt med barnet.

I rättsfallet NJA 1951, s 612, erhöll fadern vårdnaden om en femårig dotter. Modern ansågs olämplig därför att hon hörde till sekten Jehovas vittnen. – Ett vittne i underrätten, som tillhörde sekten, hade yttrat att det ingick i sektens program att barn skulle påverkas i sektens anda redan vid tidig ålder. Genomgående framhöll domstolarna att det var beklämmande med det intryck medlemmar av sekten gjorde genom den tydligt visade hårdheten till allmänmänskliga frågor. – Det framgick inte av referatet om man över huvud taget diskuterade faran för dottern att utsättas för sektens påverkan genom umgänge med modern. I vart fall tillerkändes modern umgängesrätt med dottern en månad varje sommar och fjorton dagar varannan jul och vartannat nyår.

I rättsfallet *NJA 1971 A 30* fick fadern inte vårdnaden på grund av sina alkoholbesvär, men väl umgängesrätt till barnet.

Även *uppgifter om barnet* tillmäts annorlunda betydelse i umgängesfrågan än i vårdnadsfrågan.

I NJA 1955 C 495 fick en fader ha en späd dotter hos sig en månad om sommaren och en vecka vid jul varje år, trots läkares avrådan. I SwJT rf, s 44, fick fadern umgängesrätt med en 11-årig son, trots att sonen inte ville träffa fadern och uppenbart var rädd för honom.

Den intressanta frågan inställer sig om domstolarna kräver *starkare bevisning* för förälders olämplighet i umgängesfrågan än i vårdnadsfrågan eller om domstolarna kräver *andra förutsättningar* för avslag av umgängesrätt än för avslag av vårdnadsrätt.

Följande rättsfall ger exempel på en *förutsättning som är speciell för umgängesfrågan*.

I NJA 1955, s 519, hade efter ett kort äktenskap modern fått vårdnaden om en treårig son. Hon hade bestridit att fadern skulle få umgängesrätt. Rådhusrätten bedömde fadern som skötsam i sitt arbete och i sin livsföring samt yttrade att ej heller kunde de *otvivelaktigt för tillfället starka motsättningarna mellan föräldrarna* anses utgöra sådana särskilda omständigheter att fadern borde betagas umgängesrätten.

Högsta domstolen lämnade yrkandet om umgänge utan bifall. Domstolen framhöll, att det var starka motsättningar mellan föräldrarna och att dessa till stor del berodde på faderns psykiska läggning. Vidare menade domstolen att motsättningarna var sådana, att man kunde räkna med svårigheter vid utövande av umgängesrätt, vilket skulle skada barnets harmoniska utveckling. Med hänsyn till barnets bästa borde fadern inte tillerkännas umgängesrätt.

Här skall infogas, att oftast har den av föräldrarna, som erhållit vårdnadsrätten till sitt barn, medgivit den andra förälderns umgängesrätt. Domstolarna har i dessa fall en skyldighet att självant bevaka barnets intressen vid bedömning av umgängesrätten. Det förefaller dock som om domstolarna utan mer ingående prövning i regel låter föräldrarnas överenskommelse i umgängesfrågan bli fastställd. Så förhöll det sig ex i det ovan refererade rättsfallet NJA 1951, s 612 (Jehovas vittne-fallet).

I rättsfallet 1955, s 519 däremot hade modern bestridit att fadern skulle få umgängesrätt. Den grundliga prövning som domstolen i detta fall gjorde gällde inte föräldrarnas lämplighet i allmänhet utan hur de kunde tänkas samarbeta i umgängesfrågan. Bakom denna prövning ligger uppfattningen att lämpligheten inte behöver vara en förutsättning

för samarbetsvillighet. En lämplig vårdnadshavare kan på grund av starka aggressioner mot den andra föräldern vara dålig att samarbeta med i umgängesfrågan. Och tvärtom kan en förälder som bedömts som olämplig vårdnadshavare, ex på grund av alkoholism, mycket väl vara utmärkt att samarbeta med i umgängesfrågan.

Överläkare Bo Gerle gav i ett föredrag 1953 en drastisk skildring av dåligt samarbete mellan föräldrar:³

”Det är också ett känt faktum att sådana besök ej sällan leder till svåra konflikter mellan barnet och t ex modern, som har vårdnaden om det, när barnet vid besök hos fadern blir överhöljt med gåvor, får roa sig av hjärtans lust och kanske samtidigt får inympade en hel del föreställningar och upplysningar om modern, som i fortsättningen störa harmonin i dennas hem. Tyvärr är det ej heller ovanligt med spioneri och utfrågning som antingen plågar barnet och leder till revolt eller som förmått barnet att redan tidigt ägna sig åt hemlighetsmakeri och en oärlighet, som i vanliga fall äro barn främmande.”

Domstolen har vid bedömning av umgängesrätten att i första hand utgå från föräldrarnas lämplighet. Men det är inte resultatet av denna bedömning som i allmänhet faller utslaget. Huvudfrågan är i stället om *utövandet av umgängesrätten* kan komma att vara till nytta eller till skada för barnet. Viktiga frågor är därför *vilken tidpunkt* som är bäst och *vilket material* som är lämpligast för att bedöma denna för umgängesrätten särskilda förutsättning.

Om umgängesfrågan handläggs tillsammans med vårdnadsfrågan, finns det sällan adekvat material för bedömning av umgängesfrågan i första instans. Först sedan föräldrarna separerat och en av dem börjat ta hand om barnet som vårdnadshavare, blir det aktuellt med samarbete mellan honom och den andra föräldern för att få umgänget att fungera. Om målet överklagas i umgängesfrågan, har det i regel hunnit visa sig om det finns samarbetssvårigheter och vari dessa består. Materialet för avgörande av umgängesfrågan är oftast bättre i överinstans än i underrätt.

Handläggningen vid *länsrätterna* tilldrar sig särskilt intresse. Enligt uppgift från länsrätten i Stockholm vägras verkställighet av umgängesrätt nästan uteslutande på grund

av att föräldrarna är så bittra fiender att en umgängesrätt skulle ställa barnet i en veritabel korseld mellan dem. Även länsrätten prövar alltså föräldrarnas samarbetsvilja och låter denna väga tyngst i sin bedömning. Till skillnad från tingsrätterna har emellertid länsrätterna i regel tillgång till ett adekvat material. Det har ofta hunnit gå en viss tid efter domstolsavgörandet innan man är säker på att umgängesrätten inte kan fungera utan hjälp utifrån och därför begär verkställighet. Vad som hänt under den tiden är värdefullt material för avgörande av umgängesfrågan.

Överflyttning

Tvång eller inte tvång? Endast vitesförläggande eller hot om hämtning genom polis? De vanligaste frågorna angår tvånget vid hämtning, ett tvång som tillgrips mot motspänstig vårdnadshavare men som träffar barnet.

Även i denna fråga är det givande att behandla vårdnads- och umgängesrätt tillsammans. Båda dessa "föräldrarättigheter" kan verkställas, i sista hand genom hämtning.

Två skäl brukar åberopas för att bibehålla möjligheten till verkställighet av umgängesrätten. Hämtning kan behövas för att i svåra fall få en motsträvig vårdnadshavare att rätta sig efter domstolens avgörande. Hämtning kan, som det uttrycks i det norska lagförslaget, NOU 1977:35, verka som "ris bak speilet" och få den motsträviga att foga sig innan det kommer så långt som till hämtning.⁴

Min kritik mot hämtning som tvångsmedel i umgängesärenden riktar sig i första hand mot den juridiska konstruktionen. Både vårdnadsrätten och umgängesrätten kan verkställas genom hämtning. Eftersom umgängesrätten tidsmässigt är sidoordnad med vårdnadsrätten, förefaller hämtning kunna fungera. Man kan emellertid tänka sig den tillspetsade situationen att två föräldrar båda envist vägrar att godvilligt släppa barnet från sig. Myndigheterna skulle, för att kunna få umgängesrätten att fungera, ordna hämtning först från den ena föräldern till den andra för umgänge, sedan tillbaka till den första för vårdnad, tillbaka till den

andra för umgänge etc. Länsrätten skulle med all sannolikhet inte ge klartecken till denna karusell, därför att den skulle vara skadlig för barnet. Vårdnadshavaren skulle i denna dragkamp vara den starkare och umgängesrätten skulle inte tvångsvis kunna genomföras i längden. Överflyttning av barn för umgänge genom myndighets försorg kan endast ske ett begränsat antal gånger av hänsyn till barnet.

Härav följer att inget av de två skäl som brukar åberopas för bibehållande av hämtning för verkställighet av umgängesrätten håller. Effekten i det enstaka fallet är endast tillfällig, kanske en engångsföreteelse. Den vårdnadshavare som insett svagheten i hotet om verkställighet låter sig inte pådrivas av detta hot. Därtill kommer att även enstaka aktioner för överflyttning av ett barn kan ha skadlig effekt på detta.

Domstolarnas prövning av umgänesfrågan

Av det föregående har framgått att, om umgänesfrågan är ostridig mellan parterna och handläggs tillsammans med vårdnadsfrågan, domstolarna på sin höjd gör en slentrianmässig prövning. Om umgänesfrågan är stridig mellan parterna, har dessa stridigheter i regel kommit i dagen först efter vårdnadsdomen och ett beslut om umgängesrätt. Den mest betydande prövningen av umgänesfrågan sker därför vid länsrätterna, då dessa har att ge tillstånd till verkställighet. Oavsett om prövningen sker vid allmän domstol för att fastställa rätten till umgänge eller vid länsrätt för att ge tillstånd till verkställighet, är det samma typ av förutsättningar som prövas och samma metod som kommer till användning.

Förälderns rätt till umgänge respektive rätt till verkställighet bildar grundrekvisit. Omständigheter som rör barnet och föräldrarnas samarbete i umgänesfrågan bildar motfakta.

Rättsfallet NJA 1964, s 57 får illustrera tillvägagångssättet.

Leif och Birgitta gifte sig 1960, fick dottern Agneta 1961 och fick hemskilnad några månader senare. Birgitta fick ett år senare i samband med äktenskapsskilnadsdomen vårdnaden om Agneta. Leif fick umgängesrätt med dottern.

1963 ansökte Leif om handräckning för att få umgängesrätten verkställd – Birgitta vägrade att lämna ut Agneta.

Barnavårdsnämnden gjorde en utredning och barnavårdsmannen hördes.

Birgitta var sedan slutet av 1962 omgift med Bertil, som uppgivit att hans högsta önskan var att få adoptera Agneta.

Enligt denna utredning fanns endast gott att säga om Birgittas och Bertils omvårdnad om Agneta. Utredaren hade däremot haft svårigheter att träffa Leif, som sagt sig över huvud taget inte förstå vad som behövde utredas. Vid de tre besöken Leif gjort hos barnavårdsmannen hade hon funnit honom aggressiv och helt oförstående till svårigheterna med att starta ett umgänge med ett så litet barn. Vid det senaste av dessa besök hade han förklarat, att en av anledningarna till att han ville umgås med dottern var en önskan att snarast tala om för henne, att han och inte den hon kallade pappa var hennes far. *Barnavårdsmannen* hade uppfattningen att handräckning av Agneta för umgänge med Leif skulle vara skadlig för henne. *Utredaren* beskrev Agneta som en nätt och spröd flicka och avstyrkte verkställighet av umgängesbeslutet.

Överexekutor avslag ansökan om verkställighet.

Leif överklagade och hovrätten återförvisade ärendet ill överexekutor för verkställighet. Hovrättens skäl var att den läkare som undersökt Agneta funnit henne normal och att utredningen visade att "Agneta inte skulle taga skada, därest umgängesrätten förverkligades i godo på ett smidigt sätt".

Birgitta överklagade och åberopade i högsta domstolen ett intyg av socialpsykiatern Gröndal Forshell utfärdat i december 1963. – Agneta var vid tiden för Forshells undersökning 2 år 10 månader gammal. – Gröndal Forshell ansåg, att det förelåg stor risk för flickans psykiska hälsa, sunda mognad, om hon inte fick vara kvar i sin nuvarande miljö. Just denna flicka, som hade en spröd och känslig läggning, som var något skygg, benägen att spänna sig och vara på sin vakt, behövde lugn, trygghet, säkerhet för att bli ett harmoniskt barn, som kunde utvecklas till en sund och harmonisk människa.

Föredraganden i högsta domstolen hemställde att överexekutors beslut skulle stå fast. Majoriteten av domstolen, 3 av 5 justitieråd, fastställde emellertid hovrättens beslut om återförvisning till överexekutor för verkställighet.

Äktenskapet med Leif hade varit kort och Birgitta levde tillsammans med en ny man, som tagit på sig fadersrollen för barnet. I målet lades fram en omfattande bevisning om Agnetas person och riskerna för henne vid sammanträffande med Leif. De sociala myndigheterna hade avstyrkt umgänge

och den sakkunnige socialpsykiatern hade avrått.

En efterkonstruktion av domstolarnas metod ger följande resultat:

Leifs faderskap och den omständigheten att han icke har vårdnaden om Agneta samt att han icke fått utöva sin umgängesrätt bildar tillsammans *grundrekvisit*. Dessa omständigheter bedöms som tillräckliga för ett beslut om verkställighet – såvida det inte finns tillräckligt viktiga motfakta.

Bristande samarbete mellan föräldrarna och Agnetas känslighet och låga ålder bildar tillsammans *motfakta*. De har av överinstanserna inte bedömts tillräckligt starka för att väga upp grundrekvisitet.

Om man i lagtexten startar med: "Om det är till barnets bästa har fader eller moder — rätt till umgänge med barnet", skulle bedömningen av ett Agneta-fall bli följande:

Grundrekvisit skulle i så fall bli *barnets bästa*. Det skulle åligga Leif att styrka att umgänge med honom skulle verka berikande och utvecklande för Agneta.

Med tillämpning av denna metod har jag svårt att tänka mig att överinstanserna skulle ha givit tillstånd till verkställighet.

Synpunkter de lege ferenda

Utgångspunkten vid behandling av umgängesfrågan bör vara barnets intresse. Detta bör komma till klart uttryck i lagtexten av psykologiska skäl, men viktigast är att en ändring av lagtexten ger en för barnet mer fördelaktig metod vid bevisvärderingen.

Om man inför en "normal umgängesrätt", dvs tidsangivelser som kan verka som riktlinje, fyller denna flera funktioner. Det ligger större tyngd i en umgängesrätt som är preciserad i lag än i en umgängesrätt som den enskilde fått fastställt i dom. Endast tvistiga fall behöver behandlas av domstol. Den legala umgängesrätten kan börja tillämpas

omedelbart, dvs samtidigt med vårdnadsbeslutet. Man undviker härigenom ett vakuum i tiden fram till en eventuell senare prövning av umgängesfrågan.

Genom att senarelägga prövningen av umgängesfrågan har man hunnit få erfarenhet av hur samarbetet mellan föräldrar efter separation kan fungera. Detta ger ett adekvat material för bedömningen av umgängesfrågan.

Hämtning av barn för verkställighet av umgängesrätt är en orimlig konstruktion. Antagligen har de få men upprörande fall som får uppmärksamhet i massmedia betydelse som pådrivare på vårdnadshavare. Men denna effekt rättfärdigar inte den skada man kan göra i enskilda fall och gör inte heller i övrigt hämtningen meningsfull.

I stället för hämtning kan den här föreslagna ordningen verka som tryck på föräldrarna att samarbeta. Om den förälder, som yrkar umgängesrätt, har att styrka att denna skulle vara till barnets bästa, ligger det i hans intresse att ställa upp och vara tillmötesgående. Om den förälder, som har vårdnaden om barnet, vet att en vägran att samarbeta kan leda till en omprövning av vårdnadsfrågan efter tre månader, kan denna vetskap få honom att foga sig.

Noter

1. NJA II 1967, s 473 ff.
2. Lagutskottets betänkande 1975/76, s 101.
3. SvJT 1954, s 299 ff, särskilt s 301.
4. NOU 1977:35 § 45 och s 83.

9 Barnavårdsman och juridiskt ombud

Förslag

En barnavårdsman skall av barnavårdsnämnd (sociala centralnämnden) förordnas för barnet på barnets egen begäran eller på initiativ av nämnden för att hjälpa barnet med råd och stöd vid tvistigheter mellan detta och vårdnadshavaren. Barnavårdsmannen skall representera barnet som god man i mål och ärenden angående vårdnad och umgänge. Om barnet saknar barnavårdsman och ännu ej fyllt 15 år skall lämplig person förordnas att som god man bistå barnet i sådan rättegång.

Förslaget saknar motsvarighet i nu gällande rätt.

I olika sammanhang har under de senaste åren skilda förslag förts fram om de former under vilka barnet borde erhålla hjälp genom rådgivning och representation. Ordföranden i den sittande utredningen om barnets rätt, lagman Tor Sverne, har i offentliga föredrag uttalat sympatier för att väcka liv i det gamla begreppet barnavårdsman och ge det ett nytt innehåll. BRIS (Barnens rätt i samhället) har pläderat för idén att ge barnet en egen advokat som skall tillvarata barnets intressen i föräldrarnas vårdnadskonflikter.¹ Andra varianter har föreslagits som god man, förtroendeman.² Innan jag går in på de olika förslagen skall jag beröra vilka möjligheter barnet har i dag att få hjälp och i vilka avseenden det behövs en nyordning eller komplettering.

Gällande rätt

Fram till 1974 skulle en *barnavårdsman* alltid förordnas för varje barn som föddes utom äktenskapet.³ Hans främsta uppgift var att se till att få faderskapet till barnet fastställt. Men han hade även andra uppgifter och var exempelvis behörig att uppbära underhållsbidrag för barnets räkning. Hans uppgifter varade till dess barnet blev myndigt.

År 1974 övertogs barnavårdsmannens uppgifter av barna-

vårdsnämnden.⁴ I stället för att barnet tidigare haft en viss bestämd person som en sorts övervakare – om det var fött utom äktenskapet – blev nämnden ansvarig och tillsynen kunde utövas av olika personer. Det skedde alltså en institutionalisering.

Denna utveckling får ses som en följd av strävan att likställa barn födda utom äktenskapet med barn födda inom äktenskapet. Barnavårdsnämndens uppgifter omfattar i dag alla barn inom kommunen. Det heter i 3 § BvL:

”Barnavårdsnämnden har att göra sig väl förtrogen med barns och ungdoms levnadsförhållanden inom kommunen samt därvid särskilt uppmärksamma sådana underåriga som med hänsyn till kroppslig eller själslig hälsa och utrustning, hem- och familjeförhållanden samt omständigheter i övrigt kunna anses vara särskilt utsatta för risk att utvecklas ogynnsamt.”

Det åligger sedan 1975 även barnavårdsnämnden att lämna vårdnadshavare stöd och hjälp vid utövandet av vårdnaden, 3 a § BvL. Om vårdnadshavaren begär det skall nämnden förordna en *barnavårdsman* att lämna sådant bistånd. Barnavårds mannen kan vara tjänsteman eller förtroendeman hos nämnden eller annan lämplig person.

Socialutredningen föreslår utbyggd hjälp för att underlätta och hjälpa familjer och enskilda i deras hemmiljö. Som ett led i denna service skall socialnämnden kunna utse en enskild person eller en hel familj med uppgift att hjälpa ”problempersoner” i personliga angelägenheter. I motiven anges uttryckligen att en uppgift för en dylik *kontaktman* skall vara att biträda vårdnadshavare, dvs att överta de uppgifter, som nu åvilar barnavårds mannen jämlikt BvL 3 a §.⁵

Varken barnavårds mannen enligt nu gällande rätt eller kontakt mannen enligt socialutredningens förslag skall alltså hjälpa barnet i första hand. Det är vårdnadshavaren som i första hand skall erhålla stöd och hjälp.⁶

Barnavårdsnämndens uppgifter innefattar att göra anmälan till domstol om behov av prövning av vårdnadsfrågan på grund av förälders misskötsel av vårdnaden eller dödsfall. Barnavårdsnämndens uppgifter inskränker sig till att göra

anmälan till domstolen. Lagen ger inte barnavårdsnämnden ställning av part eller ombud för part i process vid talan jämlikt 6:9 och 6:10 FB.

Under rättegång vid allmän domstol i ärende eller mål om vårdnaden är barnet inte representerat. *Det följer av att barnet inte har talerätt.* Endast om och i den mån barnet kan få talerätt i olika typer av vårdnads mål blir frågan om ställföreträdare och ombud (advokat) aktuell. Då man från BRIS och även från politikerhåll pläderat för barnets advokat i vårdnads mål, synes man ha förbisett att frågan om talerätt är grundläggande för frågan om representant vid domstol.

Under rättegång vid administrativ domstol, länsrätt, kammarrätt, regeringsrätt, har däremot barnet talerätt samt rätt till offentligt biträde ensamt eller tillsammans med föräldrarna. Mål eller ärende angår i dessa fall omhändertagande för samhällsvård eller verkställighet av rätt till vårdnad eller umgänge.

Behov av nyordning

Ett barn har behov av rådgivning och representation i ett krisläge utom rätta och inför rätta beträffande frågor som angår barnets förhållande till föräldern.

Jag har i det föregående fört fram tanken att barnet självt skall kunna göra gällande sina medborgerliga fri- och rättigheter i mån av mognad, att barnet skall ha vissa rättigheter visavi sina föräldrar, att barnet i samtliga frågor som rör dess person skall ha medbestämmanderätt, att barnet skall ha talerätt i mål och ärenden om vårdnad och umgänge samt rätt till umgänge med en särboende förälder. För att dessa förslag skall kunna fungera krävs att barnet har tillgång till personlig rådgivning och personlig representation i händelse av rättegång.

Utom rätta

Idén att väcka liv i det gamla begreppet barnavårdsman har åtskilligt fog för sig. Till skillnad från den nuvarande barnavårdsmannen skulle en sådan tillvarataga barnets intressen. Förordnande kunde ske av barnavårdsnämnd (sociala centralnämnden) på barnets begäran eller på nämndens eget initiativ. Skillnaden mellan en sådan barnavårdsman och det gamla begreppet är att förordnandet skulle gälla varje barn som har behov av hjälp och rådgivning.

Invändningen att de barn som bäst behöver en barnavårdsman kanske inte vågar eller inte har nog initiativkraft att begära en sådan saknar betydelse om barnavårdsnämnden på eget initiativ kan förordna barnavårdsman. Eftersom det redan ligger i barnavårdsnämndens skyldighet att följa utvecklingen av de barn som har dåliga förutsättningar, ex dåliga hemförhållanden, borde det inte vara någon större belastning för nämnden att utse en barnavårdsman.

Det finns starka skäl att utse en person till stöd för barnet utom rätta. Förutom att hemmets värld i regel är sluten för insyn har barnet, i synnerhet i en dålig situation, oftast svårt att handskas med den egna situationen. Det kan krävas både tid och tålamod under samtal med barnet för en utomstående för att få grepp om missförhållanden. På grund av barnets särskilda svårigheter att verbalisera sina problem, bör sådan hjälp prioriteras som kan ges på barnets hemort, kontinuerligt och informellt.

Någon åldersgräns bör inte gälla för barnet. Även små barn bör kunna få en barnavårdsman som har till uppgift att bevaka barnets intressen visavi föräldrarna.

Möjligheten till hjälp och rådgivning utom rätta skall gälla för barn med egna svårigheter i förhållande till föräldrarna. Men det är antagligen ofrånkomligt att även föräldrarnas inbördes kontroverser och personliga svagheter genom barnets hänvändelse blir kända av barnavårdsnämnden. Många föräldrar kan reagera negativt mot att på sådant sätt få sin person utlämnad till en utomstående. De kan göra gällande att de har rätt till integritetsskydd och rätt att hålla

myndigheterna utanför till dess de själva begär hjälp.

Problemet är typiskt för förhållandet föräldrar–barn. Man kan mot den tänkta föräldrainvändningen framhålla barnavårdsmannens tystnadsplikt. Men huvudargumentet är att för att kunna värna om barnets rättssäkerhet fordras möjlighet till inblick i hemmet. Vill man sätta barnets bästa först får föräldrarnas rätt till integritetsskydd komma i andra hand.

Kvalificerad att vara barnavårdsman bör vara tjänsteman eller förtroendeman vid barnavårdsnämnden (sociala centralnämnden) eller annan lämplig person. Med lämplig bör menas att det skall finnas kunskaper i psykologi, framför allt barnpsykologi, och erfarenheter från socialt arbete.

Inför rätta

Justitieministern har i kommittédirektiven till utredningen om barnets rätt framhållit behovet av hjälp från utomstående i rättegång: "Skäl talar vidare för att barnet behöver någon som under hela handläggningen av ett tvistigt vårdnadsärende har att bevaka uteslutande barnets intresse."⁷

Justitieministern har inte i direktiven berört barnets behov av talerätt och ej heller behovet av representation i andra vårdnadsärenden än de tvistiga. Utan talerätt för barnet torde emellertid en bevakning av barnets intressen inte stärka barnets ställning i de tvistiga vårdnadsmålen. I dessa sker ju regelmässigt en vårdnadsutredning och materialet är oftast mycket omfattande. En person som bevakade barnets intressen kunde givetvis se till att barnet hördes av domstolen. Men för att överklaga fordras att barnet får talerätt åtminstone i detta avseende. – En väl så angelägen fråga är enligt min mening barnets behov av hjälp i icke tvistiga vårdnads mål.

Om barnet får talerätt

Om barnet får talerätt i den utsträckning som jag ovan förordat i mål och ärende om vårdnad och umgänge blir det meningsfullt att diskutera barnets processbehörighet och representation inför rätta. Jag har föreslagit att talerätten skall omfatta olika partshandlingar i olika typer av vårdnads-mål. Detta behöver emellertid inte påverka diskussionen om hjälp från utomstående. I samtliga typer av vårdnads-mål behövs det en juridiskt kunnig person att under rättegången bistå barnet.

Barnets processbehörighet och representation

Jag har redan i det föregående kommit in på processbehörigheten. Denna har ett nära samband med talerätten i vårdnadsfrågor. Underåriga, dvs personer under 18 år, saknar i princip processbehörighet i tvistemål. Processbehörigheten tillkommer i stället vårdnadshavaren som ställföreträdare. Att ge ett barn talerätt i vårdnads-mål för att det skall kunna inta en självständig ståndpunkt i förhållande till vårdnadshavaren är rätt meningslöst om man inte samtidigt ger barnet processbehörighet eller på annat sätt fråntar vårdnadshavaren rätten att företräda barnet.

Intressekollisioner mellan barnet och vårdnadshavaren förekommer i andra typer av mål och har lösts på olika sätt.

I *faderskaps-mål* har barnet talerätt för fastställande av faderskapet. Barnets talan föres av *barnavårdsnämnden* och får föras av modern och särskilt förordnad förmyndare. Barnet är däremot icke processbehörigt. – På utredningsstadiet händer det ibland att modern förhåller sig passiv och kanske rentav negativ till utredning om barnafadern. Då man menat att det är i barnets intresse att få faderskapet fastställt har barnavårdsnämnden agerat i strid med modern-vårdnadshavarens önskemål.⁸

I mål som före 1976 kallades *mål om barnets äkta börd* har vid intressekollision mellan mor och barn *god man* förordnats för att tillvarata barnets intressen. Valet har här stått

mellan modern som förmyndare för barnet och god man jämlikt numera upphävda 20:2 FB. Den underårige har icke varit processbehörig.⁹

I förmyndarärenden gäller att enligt 18:2 FB *god man* skall förordnas för omyndig om . . . fråga uppstår om rättegång mellan den omyndige och förmyndaren eller hans make eller någon som förmyndaren företräder". Avsikten med förordnande av god man torde i första hand vara att denne skall sköta den underåriges ekonomiska angelägenheter utom rätta. Godmanskapet skall skrivas in vid rätten och stå under tillsyn av överförmyndaren och rätten. Något krav på juridisk sakkunskap hos person som skall utses till god man finns inte. – Underårig som fyllt 16 år har en preciserad talerätt, dvs rätt att företaga vissa i lagen angivna partshandlingar och torde efter fyllda 16 år även vara processbehörig beträffande dessa.¹⁰

I den sociala barnrätten har barnet "talerätt" utan någon åldersbegränsning och rätt att uppträda personligen och höras efter fyllda 15 år. Vid intressekollision mellan barnet och vårdnadshavaren skall inte annan person förordnas som ställföreträdare för barnet. I stället har barnet fått rätt till *offentligt biträde* enligt rättshjälpslagen. Denna konstruktion kan sägas innebära att barnet är processbehörigt oavsett ålder.¹¹

Två faktorer spelar roll i de fyra ovan anförda modellerna att lösa intressekollisioner mellan barnet och vårdnadshavaren: om barnet äger rätt att självt uppträda inför domstol samt vilken representationsform man valt.

Frågan är om det har någon större betydelse att barnet självt får uppträda inför rätta i *mål och ärenden om vårdnad och umgänge*. Kanske kan det i vissa fall ha betydelse att barnet får höras inför rätta. Men jag betvivlar att det skulle vara meningsfullt att låta barnet självt påfordra ytterligare utredning, plädera etc. Även för en vuxen är det svårt att uppträda och föra den egna talan i mål om den egna personen. Desto svårare måste det te sig för ett barn eller en ungdom att lämna synpunkter på sin egen utveckling, sin psykiska stabilitet etc.

Den viktiga frågeställningen beträffande barnets processbehörighet är om barnet i stället för vårdnadshavare skall erhålla en ställföreträdare, som kan vara förbindelseperson till ett ombud eller om barnet skall anses processbehörigt och få ett ombud att direkt rådgöra med. Vilken synpunkt bör man lägga på valet av representation när det gäller ärenden och mål enligt 6 kap FB?

Ett sätt att resonera är att utgå från barnets egna förutsättningar att meddela sig med en utomstående. Ett litet barn torde ha betydande svårigheter att ange behov och önskemål till ett juridiskt ombud. Ett litet barn behöver därför en person som mellanhand till det juridiska ombudet, en person med psykologisk sakkunskap och sociala erfarenheter. Det faller sig därför naturligt att förordna *barnavårds-mannen*, om barnet redan har en sådan, som ställföreträdare, i annat fall annan lämplig person som *god man*. Ett större barn däremot, exempelvis i 15–16-årsåldern, kan mycket väl tänkas kommunicera med ett juridiskt ombud direkt på ett meningsfullt vis. Det kan därför finnas skäl att låta barnet bli processbehörigt vid denna ålder.

Det synes dock inte lämpligt att hålla strikt på en fast åldersgräns. Skäl mot en sådan är som i alla frågor angående barn den stora variationen av individuell mognad vid olika åldrar. Dessutom kan barnets svårigheter i olika fall starkt variera, det kan krävas hjälpinsatser av varierande omfattning och det kan finnas problem av olika svårighetsgrad som måste lösas. Även en 15–16–17-åring kan därför behöva bistånd av en barnavårdsman både utom rätta och inför rätta. På barnets begäran bör därför en barnavårdsman kunna bistå barnet i rättegång även om det fyllt 15 år.

Inför rätta skulle barnets representation i mål och ärenden om vårdnad och umgänge kunna ske på följande vis:

Barnet har talerätt

Processbehörigt

Fyllda 15 år

Ej processbehörigt

Ej fyllda 15 år

Representant:
Juridiskt ombud.
(Om barnet önskar det skall barnavårds-
mannen deltaga i rättegången
tillsammans med barnet.)

Ställföreträdare:
God man, antingen barnavårds-
mannen eller annan lämplig per-
son.

Representant:
Juridiskt ombud.

Noter

1. Öberg, Bente och Gunnar, Kristerapi, s 59. jmf laguskottets betänkande 1975/76:33, s 111, enligt vilket BRIS pläderat för en förtroendeman utsedd av barnet och en barnpsykolog utsedd av rätten.
2. Ju Dir 1977:25, s 3. Se även laguskottets betänkande 1975/76:33, s 112.
3. Beträffande äldre rätt se Wallin, Gösta. Kommentar till föräldrabalken, Stockholm 1971, s 176 ff. Beckman-Höglund, s 157.
4. NJA II 1973, s 625.
5. Förslag till socialtjänstlag 10 § 3 st SOU 1977:40, s 32 och s 182. Förslaget avviker från nu gällande rätt *dels* genom att initiativ till att förordna kontaktman skulle kunna tas av socialnämnden, *dels* genom att förälder inte skulle ha en ovillkorlig rätt att få kontaktman.
6. En omstridd fråga har varit om den umgängesberättigade föräldern skulle ha rätt till en egen barnavårdsman. Laguskottets betänkande 1975/76:33, s 103 f och SOU 1977:40, s 182 ff.
7. Ju Dir 1977:25, s 3.
8. Agell, Anders, Barnrätt, Uppsala 1976, s 14 f.
9. Fortfarande företräds barnet i mål om hävande av faderskapspresumtionen av förmyndaren eller god man, 3:4 FB. Lagen innehåller numera inga preklusionsregler för faderns rätt att väcka talan. De intressekollisioner som tidigare uppstått mellan mor och barn har haft sitt upphov i faderns försummelse att i rätt tid väcka talan. Se härom Wallin, Gösta, Kommentar till föräldrabalken, Stockholm 1971, s 26, 27, 32, 355 och 390 samt Beckman-Höglund, s 102 f. Angående underårigs processbehörighet se Wallin, a a, s 390.
10. NJA II 1924, s 217 och 1950, s 98.
11. SOU 1977:40, s 822 ff.

1959 utfärdade FN en proklamation om barnets rättigheter, som även Sverige undertecknat. Sedan dess har vi fått ett nytt kapitel i grundlagen om fri- och rättigheter, som även gäller barn. Föräldrabalkens kapitel om vårdnaden har blivit grundligt omarbetat. I dag har en statlig utredning direktiv att lämna förslag till förstärkning av barns rättsliga ställning.

Författaren ställer frågan hur man följt upp FN-proklamationen i den svenska lagstiftningen och finner att prioritering av barnet inte skett på det sätt man förbundit sig till i proklamationen.

Författaren inleder kapitlen 2 till och med 9 med gällande rätt, där sådan finns, och med egna förslag till ny lagtext eller ändrad praxis. Hennes förslag är utformade enligt riktlinjerna i FN-proklamationen att barnets bästa skall vara av helt avgörande betydelse. De ändringar som hon föreslår går dock betydligt längre och är inriktade på att ge barnet fri- och rättigheter att självt handla och självt bestämma i personliga angelägenheter. Hon vill att barnets grundlagsskydd skall innefatta rättigheter, som skräddarsyts för barnet. Hon vill ha en barnets egen rättighetskatalog visavi föräldrarna, regler om familjens sätt att fungera som minidemokrati, barnets rätt att självt begära skilsmässa från sina föräldrar, barnets talerätt i vårdnadsfrågor, barnets processbehörighet, barnets rätt att få en egen barnavårdsman att anförtro sig åt och avskaffande av tvångsvis överföring av barn till umgängesberättigad förälder.

Ulla Jacobsson, som är biträdande professor i processrätt vid Stockholms universitet, lägger fram sina idéer om barnets rättigheter under rubriken "Barns rättssäkerhet" vid det 28:de Nordiska Juristmötet i augusti i år i Köpenhamn.

ISBN 91-7008-946-9