NORSTEDTS
JURIDIK

Vårdnad och vårdnadstvister

Johanna Schiratzki

Juridikbok.se

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 gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f4331

Vårdnad och vårdnadstvister

Custody and Custody Disputes

Akademisk avhandling som för avläggande
av juris doktorsexamen vid Stockholms
universitet framlägges till offentlig granskning
fredagen den 12 september kl.10.00,
sal D8, Universitetsvägen 10, Frescati

av
Johanna Schiratzki
Jur.kand.

Stockholms universitet
Juridiska institutionen
106 91 STOCKHOLM

Stockholm 1997
399 sidor
ISBN 91-39-00094-x

Abstract

This dissertation regards *the best interests of the child, the reasons for the legal development of custody, the scope of custody and the transfer of custody.* The legislation considered is primarily Chapter *6 Code on Parenthood,* regarding custody in relation to parents and children and 2 § *Special Provisions of the Young Act (1990:52).* The public law element is explained by the fact that placement of children under compulsory care leads to a reduction in the custodian's responsibilities comparable to transfer of custody.

The best interests of the child are divided into *an active* and *a passive* sense. The best interests of the child in an active sense aims to give children rights which adults do not have to the same extent. The best interests of the child in a passive sense grants children protection in relation to mistreatments, e.g. severe neglect and battery.

Custody has a *de facto* and a *de lege* side. If a parent shares a part in the legal custody, he has all the rights of a custodian, regardless of contact with the child. It is here proposed that the significance of *de facto* custody is increased. It is also proposed that guardianship should be included in custody. It is further argued that the child's human rights should be brought in to better agreement with the custodians rights.

The reasons for legislation on custody are essentially *valuebased.* The law aims to change the attitudes held by legal subjects, not to be an instrument for the courts application. Court decisions on custody are based on far reaching discretionary assessments. It is here suggested that discretionary assessments should be limited in favour of *the principle of the least possible change.*

NORSTEDTS
JURIDIK

VÅRDNAD OCH VÅRDNADSTVISTER

Du skall icke göra mot andra vad Du inte vill att de skall göra mot Dig. Det är hela läran, allt annat är kommentarer.

Hillel ca 50 f.Kr.

JOHANNA SCHIRATZKI

Vårdnad och vårdnadstvister

NORSTEDTS JURIDIK

Abstract
Custody and custody disputes

This dissertation regards *the best interests of the child, the reasons for the legal development of custody, the scope of custody and the transfer of custody.* The legislation considered is primarily Chapter *6 Code on Parenthood*, regarding custody in relation to parents and children and 2 § *Special Provisions of the Young Act (1990:52).* The public law element is explained by the fact that placement of children under compulsory care leads to a reduction in the custodian's responsibilities comparable to transfer of custody.

The best interests of the child are divided into *an active* and *a passive* sense. The best interests of the child in an active sense aims to give children rights which adults do not have to the same extent. The best interests of the child in a passive sense grants children protection in relation to mistreatments, e.g. severe neglect and battery.

Custody has a *de facto* and a *de lege* side. If a parent shares a part in the legal custody, he has all the rights of a custodian, regardless of contact with the child. It is here proposed that the significance of *de facto* custody is increased. It is also proposed that guardianship should be included in custody. It is further argued that the child's human rights should be brought in to better agreement with the custodians rights.

The reasons for legislation on custody are essentially *valuebased.* The law aims to change the attitudes held by legal subjects, not to be an instrument for the courts application. Court decisions on custody are based on far reaching discretionary assessments. It is here suggested that discretionary assessments should be limited in favour of *the principle of the least possible change.*

Vårdnad och vårdnadstvister
Johanna Schiratzki
ISBN 91-39-00094-X

© 1997 författaren och Norstedts Juridik AB
Sättning: KK Grafiska AB (970057), Stockholm
Tryck: Gotab, Stockholm 1997

Att mångfaldiga innehållet i denna bok, helt eller delvis, utan medgivande av Norstedts Juridik AB, är förbjudet enligt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande, såsom tryckning, kopiering, bandinspelning etc.

Innehåll

Förord 13

Förkortningar 14

1 Inledning 19

1.1 Syfte 19
1.2 Metod och material 23
1.3 Historik 23
1.3.1 Myndighet 27
1.3.2 Överföring av vårdnad 29
1.3.3 Det offentligas inflytande över familj och barn 31
1.3.4 Barn och börd 33
1.4 Status och avtal idag 39
1.5 Något om vårdnad och kostnader 42
1.6 Plan för den fortsatta framställningen 47

2 Barnets bästa 50

2.1 Inledning 50
2.1.1 Barnets bästa som princip 53
2.1.2 Ett aktivt och ett passivt barnets bästa 55
2.2 Presumtioner om barnets bästa 56
2.2.1 Faders- och moderspresumtionerna 57
2.2.2 Skuldpresumtionen 59
2.2.3 Gemensam vårdnad 60
2.3 Närmare om barnets bästa enligt svensk lag 61
2.4 Kritik och alternativa presumtioner 64
2.5 Sammanfattande kommentar 68

3 Motiv för rättsutvecklingen angående vårdnad om barn m.m. 70

3.1. Inledning 70
3.1.1 Synpunkter i doktrin och debatt 72

3.1.2 Något om rättens legitimitet och funktion 74
3.2 Motiv för lagstiftning angående vårdnad 78
3.2.1 Värderingar och rationalitet i lagförarbetena 82
3.2.2 Motiv för lagstiftning 83
3.2.2.1 Epok I, 1917–1948 85
3.2.2.2 Epok II, 1949–1972 89
3.2.2.3 Epok III, 1973–1996 91
3.3 Rättstillämpning 102
3.3.1 HDs praxis 103
3.3.1.1 Epok I, 1917–1949 104
3.3.1.2 Epok II, 1950–1972 107
3.3.1.3 Epok III, 1973–1996 110
3.3.2 Empiriskt material 113
3.3.2.1 Barn, föräldrar och levnadsförhållanden 113
3.3.2.2 Underrättsdomar 113
3.4 Sammanfattande kommentar 118

4 Den legala vårdnadens omfattning 121

4.1 Inledning 121
4.1.1 Något om rättigheter, skyldigheter och ansvar 124
4.1.2 Den civila vårdnadens omfattning och det offentligas ansvar 126
4.2 Internationella konventioner till skydd för vårdnad 129
4.2.1 Föräldrars rättigheter 132
4.2.1.1 Europakonventionen 132
4.2.1.2 Barnkonventionen 135
4.2.1.3 Europaråds- och Haagkonventionerna 136
4.2.2 Barns rättigheter 137
4.2.2.1 Europakonventionen 138
4.2.2.2 Barnkonventionen 140
4.2.2.3 Europaråds- och Haagkonventionerna 142
4.2.3 Offentligrättsliga ingripanden 142
4.2.3.1 Europakonventionen 142
4.2.3.2 Barnkonventionen 146
4.2.3.3 Europaråds- och Haagkonventionerna 147
4.3 Vårdnadens omfattning i förhållande till offentlig rätt 148
4.3.1 Vårdnadshavarens grundläggande fri- och rättigheter 148

4.3.2 Barns grundläggande fri- och rättigheter 149
4.3.2.1 Undervisning 150
4.3.2.2 Religionsfrihet 153
4.3.3 Vårdnadens omfattning vid åtgärder enligt SoL 155
4.3.4 Vårdnadens omfattning vid åtgärder enligt LVU 157
4.3.4.1 Ansvar för barn som omhändertagits enligt 2 § LVU 158
4.3.4.2 Effekter av att den legala vårdnaden kvarstår hos vårdnadshavaren 162
4.3.5 Territoriella begränsningar 163
4.4 Civilrättslig vårdnad 165
4.4.1 Vårdnadens omfattning och förmynderskap 166
4.4.1.1 Ställföreträdarskap för den omyndige 169
4.4.1.2 Godkännande m.m. av omyndigs rättshandlingar 171
4.4.1.3 Gode män 172
4.4.2 Vårdnadens omfattning och barn 177
4.4.2.1 Omvårdnad och tillsyn 178
4.4.2.2 Rättigheter och skyldigheter 180
4.4.2.2.1 Boende och rörelsefrihet 183
4.4.2.2.2 Äktenskap 184
4.4.2.2.3 Medicinska frågor 186
4.4.2.2.4 Sekretess 189
4.4.2.3 Barns med- och självbestämmanderätt 192
4.4.3 Vårdnadens omfattning och föräldrarna 193
4.4.3.1 Något om gemensam vårdnad i utländsk rätt 194
4.4.3.2 Vårdnadens omfattning vid gemensam vårdnad 197
4.4.3.2.1 Utövande av gemensam vårdnad 199
4.4.3.2.2 Beaktande av faktisk vårdnad 201
4.4.3.3 Vårdnadens omfattning vid ensam vårdnad 203
4.4.3.3.1 Umgänge och information 204
4.4.3.3.2 Ansvar 206
4.5 Vårdnad, umgänge och kontakt 208
4.5.1 Umgänge och kontakt enligt FB 209
4.5.2 Umgänge och kontakt enligt LVU 214
4.6 Sammanfattande kommentar 216

5 Överföring av vårdnad m.m. 220

5.1 Inledning 220
5.1.1 Förändringar i innehav av vårdnaden 221
5.1.2 Socialnämnds ställning enligt 6 kap. FB 222
5.2 Materiella förutsättningar för överföring av vårdnad enligt FB 226
5.2.1 Lämplig vårdnadshavare 227
5.2.2 Föräldrars överenskommelser 230
5.2.3 Barns vilja 233
5.2.3.1 Barns vilja i lagförarbeten 233
5.2.3.2 Barns vilja i praxis 235
5.2.4 Stabilitet, umgänge och kontakt 238
5.3 Materiella förutsättningar för vård enligt 2 § LVU 240
5.3.1 Samtycke 243
5.3.1.1 Vård trots samtycke 244
5.3.1.2 Samtycke i praxis 245
5.3.2 Miljö och olämplig vårdnadshavare 248
5.3.2.1 Misshandel och otillbörligt utnyttjande 249
5.3.2.2 Brister i omsorgen och andra förhållanden i hemmet 251
5.3.3 Barns vilja 254
5.3.4 Stabilitet och umgänge 255
5.3.5 Förutsättningar för upphörande av vård enligt 2 § LVU och flyttningsförbud 257
5.4 Vissa processuella förhållanden vid överföring av vårdnad enligt FB 258
5.4.1 Indispositiva tvistemål, officialprincipen och rättssäkerhet 260
5.4.1.1 Utredningsskyldighet, bevisning och lagtolkning 262
5.4.1.2 Domslutsinriktad officialprövning 268
5.4.1.3 Medling 271
5.4.1.4 Närmare om samarbetssamtal 272
5.4.2 Talerätt och processbehörighet 275
5.4.2.1 Föräldrars m.fls. ställning 275
5.4.2.2 Barns ställning 276
5.4.3 Interimistiska förordnanden 279
5.4.4 Överklagande och omprövning 282

5.4.5 Rättegångskostnader 284
5.5 Vissa processuella förhållanden vid omhändertaganden enligt 2 § LVU 285
5.5.1 Utredningsskyldighet, bevisning och lagtolkning 285
5.5.2 Domslutsinriktad officialprövning 291
5.5.3 Talerätt och processbehörighet 292
5.5.3.1 Föräldrars m.fls ställning 292
5.5.3.2 Barns ställning 293
5.5.4 Omedelbart omhändertagande enligt 6 § LVU 294
5.5.5 Överklagande och omprövning 296
5.5.6 Rättegångskostnader 299
5.6 Verkställighet 299
5.6.1 Verkställighet enligt 21 kap. FB 300
5.6.1.1 Verkställighet av vårdnad respektive umgänge 304
5.6.1.2 Verkställighet och barnets vilja 306
5.6.2 Verkställighet vid omhändertaganden enligt 2 § LVU 309
5.7 Lagstridiga dispositioner av vårdnad 311
5.8 Vårdnad med internationell anknytning 314
5.8.1 Internationell privaträtt och vårdnad 315
5.8.2 Något om tillämpliga konventioner 319
5.9 Sammanfattande kommentar 322

6 Analys och utvecklingsmöjligheter 327

6.1 Inledning 328
6.1.1 Barnets bästa 328
6.1.2 Principen om minsta möjliga förändring 330
6.2 Rättsutvecklingen 333
6.2.1 Lagstiftningens funktion 334
6.2.2 Pedagogisk lagstiftning 335
6.3 Vårdnadens omfattning 337
6.3.1 Vårdnadens omfattning och barns rättigheter 338
6.3.2 Vårdnadens omfattning och omhändertaganden enligt 2 § LVU 339
6.3.3 Vårdnadens omfattning och förmyndarskap 341
6.3.4 Legal och faktisk vårdnad 343
6.4 Förutsättningar för överföring av vårdnad 347

6.4.1 Process och överföring av vårdnad 349
6.4.2 Materiella förutsättningar 351
6.4.3 Medling och tvistelösning – två skilda verksamheter? 355
6.5 Slutord 357

Summary 359

Källförteckning 370
Offentligt tryck 370
Litteratur 375
Rättsfallsregister 388

Sakregister 393

Förord

Vad som kan kallas ett generationsskifte har skett inom familjerätten. Den tidigare generationen har upplevt svårigheterna med att avgöra bl.a. vårdnadsfrågor i ett system som betonade den formella föräldramakten och betraktade barnet som ett objekt i föräldrarnas tvist. Med framgång har man hävdat nackdelarna med ett sådant förfarande och lyft fram barnets intressen och rättigheter. Den generation jag själv tillhör har delvis skördat frukterna av dessa mödor. Men, som i så många andra sammanhang, finns det smolk i glädjebägaren och behjärtansvärda ambitioner har ibland fått mindre önskvärda följder. Det är runt dessa mindre önskvärda konsekvenser detta arbete kretsar.

Det tillhör kutym att utnyttja förordet för att säga »tack» och det är en tradition jag gärna inordnar mig i. Först och främst vill jag tacka min dotter, Sandra. Hon har bättre än någon annan hjälpt mig att helga vardagen och att rätt välja mellan hjärta och hjärna, privatliv och profession, lek och lära (må sedan vara att det inte alltid fullt ut lyckats).

Den hjälp och det stöd jag har fått från ett stort antal personer, ingen glömd men inte alla nämnda, har vidare varit en förutsättning för detta arbete. En särställning intar min handledare, professor Marianne Levin. Marianne har entusiastiskt och engagerat stöttat projektet från det att det låg i sin linda. Utan hennes insats hade det knappast kunnat gå från tanke till tryck, i vart fall hade vägen dit varit längre och mycket tråkigare.

Under arbetets senare del har jag också haft förmånen att komma i åtnjutande av biträdande professor Wiweka Warnling-Nereps kunskap, stöd och vänliga omtanke. F.d JO Gunnel Norell Söderblom och professor emeritus Anders Agell har läst skilda delar av manuset och kommit med viktiga påpekanden. Så har även advokaten Claës Renström gjort. En välbehövlig »kick» för det fortsatta arbetet har professor Kent Källströms kommentarer utgjort. Docent Christian Diesen har hjälpt mig till rätta med processrätten.

Min pappa, Arne Schiratzki, har tvingats läsa allt för många manusutkast och tillfört värdefulla synpunkter. Det har också mina kolleger, Annika Norée och Petra Herzfeldt-Olsson gjort. Greta Schiratzki har läst korrektur. Ett varmt tack!

Tack också till Ylva Lindahl för hjälp med bl.a. den engelska sammanfattningen.

Stockholm i juni 1997

Johanna Schiratzki

Förkortningar

AbortL	Abortlagen (1974:595)
AFL	Lag om allmän försäkring (1962:381, omtryckt 1994:605)
AGL	Lag om arvsskatt och gåvoskatt (1941:416, omtryckt 1974:857)
AML	Arbetsmiljölagen (1977:1160)
Barnkonventionen	Förenta Nationernas konvention den 20 november 1989 om barnets rättigheter
BbL	Lag (1947:529) om allmänna barnbidrag
BfL	Lag om bidragsförskott (1964:143, omtryckt 1976:277)
BvL	Barnavårdslagen (1960:97)
BrB	Brottsbalken (1962:700)
DN	Dagens Nyheter
Ds	Departementsserien
DsC	Civildepartementets departementsserie
DsJu	Justitiedepartementets departementsserie
DsS	Socialdepartementets departementsserie
ERD	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna. (Siffrorna, ibland åtföljda av bokstav, anger doms-nr i domstolens publikationsserie A)
EU	Europeiska unionen
Europakonventionen	Den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
Europarådskonventionen	1980 års Europarådskonvention om erkännande och verkställighet av avgöranden rörande vårdnad om barn samt om återställande av vård av barn
FB	Föräldrabalken
FL	Förvaltningslagen (1986:223)
1924 års FL	Förmynderskapslagen (1924:320)
FLL	Föräldraledighetslagen (1995:584)
FPL	Förvaltningsprocesslagen (1971:291)

FT	Förvaltningsrättslig tidskrift
FÖD	Rättsfall från Försäkringsöverdomstolen (och försäkringsrätterna)
GB	Giftermålsbalken (1973:645)
1920 års GB	Giftermålsbalken (1920:405)
Haagkonventionen	1980 års Haagkonvention om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn
1996 års Haagkonvention	The Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children. (Upprättad i Haag 961019)
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
HSL	Hälso- och sjukvårdslagen (1982:763, omtryckt 1992:567)
InseminationsL	Lag (1984:1140) om insemination
IÄL	Lag 1904:26 s. 1 om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap
IÄR	Lag 1912:69 om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskapets rättsverkningar
JO	Justitieombudsmannen
JT	Juridisk tidskrift
JustR	Justitieråd
KamR	Kammarrätt
K.Br.	Kungligt brev
K.F.	Kunglig förordning
KomL	Kommunallagen (1991:900)
KU	Konstitutionsutskottets betänkande
KyrkoL	Kyrkolagen (1992:300)
LBiÄ	Lag (1920:407) om barn i äktenskap
LBuÄ	Lag (1917:376) om barn utom äktenskap
LPT	Lag (1991:1128) om psykisk tvångsvård
LR	Länsrätt
LU	Lagutskottets betänkande
LVU	Lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga
1980 års LVU	Lag (1980:621) med särskilda bestämmelser om vård av unga
MedbL	Lag (1950:382) om svenskt medborgarskap

NamnL	Namnlag (1982:670)
NEVL	Lag (1977:595) om erkännande och verkställighet av nordiska domar på privaträttens område
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, Avdelning I
NJA II	Nytt Juridiskt Arkiv, Avdelning II
NÄF	Förordning 1931:429 om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmynderskap
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken (1942:740)
RegR	Regeringsrätten
RelL	Religionsfrihetslag (1951:680)
RF	Regeringsformen (1974:152, omtryckt 1991:1483)
RFV	Riksförsäkringsverket
RH	Rättsfall från hovrätterna
RhjL	Rättshjälpslagen (1972:429, omtryckt 1993:9)
RÅ	Regeringsrättens Årsbok
RättsprL	Lag (1988:205) om rättsprövning av vissa förvaltningsbeslut
SamboL	Lag (1987:232) om sambors gemensamma hem
SekrL	Sekretesslagen (1980:100)
SCB	Statistiska centralbyrån
SIV	Statens invandrarverk
SkL	Skadeståndslagen (1972:207, omtryckt 1975:404)
SkolL	Skollagen (1985:1100, omtryckt 1991:1111)
SoF	Socialtjänstförordning (1981:750, omtryckt 1991:710)
SoL	Socialtjänstlagen (1980:620, omtryckt 1991:710)
SoS	Socialstyrelsen
SoU	Socialutskottets betänkande
SOU	Statens offentliga utredningar
SvD	Svenska Dagbladet
SvJT	Svensk Juristtidning
SvSkT	Svensk Skattetidning
TF	Tryckfrihetsförordning (1949:105, omtryck 1994:1476)
TfR	Tidsskrift for Rettsvidenskap
Tilläggs-protokollet	Europakonventionens tilläggsprotokoll av den 20 mars 1952
TR	Tingsrätt
UB	Utsökningsbalken (1981:77)
UbU	Utbildningsutskottets betänkande
UL	Utsökningslagen den 10 aug. 1877

UsL	Lag (1996:1030) om underhållsstöd
UtlL	Utlänningslagen (1989:529)
VerkställighetsL	Lag (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn
ÄrendeL	Lag (1996:242) om domstolsärenden

1 Inledning

Vårdnad och vårdnadstvister är frågor som vi alla kommer i kontakt med, om inte annat därför att vi som barn stått under någras eller någons vårdnad. Som vuxna är många av oss vårdnadshavare åt våra barn. Risken är dessutom relativt stor att vi kommer att genomgå en skilsmässa eller separation och därmed behöva ta ytterligare ställning till frågor om vårdnad och överföring av vårdnad. Omkring 20 procent av alla svenska barn har föräldrar som har separerat eller är frånskilda.[1]

De juridiska frågor som uppstår i samband med vårdnad och vårdnadstvister präglas av att de rör delar av rättsordningen som har en stor allmängiltighet och där starka känslor spelar med. Problem i samband med vårdnad och vårdnadstvister kan också aktualiseras i en rad olika discipliner såsom juridik, sociologi och psykologi. Inom den juridiska disciplinen faller vårdnadsrelaterade frågor inom såväl civil- som offentlig rätt med därtill hörande processuella regler. Det har ibland anförts att de praktiska och teoretiska frågor som rättssystemet ställs inför i samband med tvist om vårdnad om barn skulle vara föga förenliga med traditionellt juridiskt tänkande och istället borde överlåtas på sociologin och psykologin.[2] Jag är delvis av en annan åsikt och har funnit att vårdnad är ett givande juridiskt forskningsområde. *(Se vidare 1.2.)*

Att vårdnad och vårdnadstvister hör till den juridiska sfären i den meningen att de rör områden där förekommande offentlig maktutövning regleras genom lagar och förordningar, är det dock knappast någon som ifrågasätter (jfr 1:1 RF). Däremot diskuteras när, var och hur offentlig maktutövning i samband med vårdnad skall ske.

Diskussionen om *när* offentliga ingrepp i vårdnaden skall ske är nära förbunden med frågan om familjens integritet. För att värna denna anses att ingripanden mot föräldrarnas vilja skall ske i så liten omfattning som möjligt. Huvudprincipen är att offentliga ingrepp i samband med vårdnad får ske endast under vissa förhållanden. Den första av dessa är när någon av

1 SCB Rapport 71 s. 17. *(Se vidare 3.3.2.)*
2 Se Smith 1980 s. 116 f.

föräldrarna begär att allmän domstol skall slita en tvist om vårdnad dem emellan. Här involveras domstol med åtminstone en av föräldrarnas goda minne. Den andra är när barnets välfärd är allvarligt hotad. I syfte att skydda barnet kan det då omhändertas mot föräldrarnas vilja.

Skall ett ingripande i vårdnaden ske, infinner sig frågan *var* det skall göras. Vilket forum är bäst lämpat att behandla konflikter om vårdnad och barns välfärd? Bör det vara domstolar eller sociala myndigheter? Om vårdnadsrelaterade frågor skall behandlas av domstol, bör det i så fall vara allmän domstol eller förvaltningsdomstol? Enligt gällande rätt kan en konflikt om vårdnad komma att beröras av samtliga dessa myndigheter. För det fallet att föräldrarna inte kan lösa en vårdnadstvist skall den slitas av allmän domstol i ett civilrättsligt förfarande. För det fallet att ett barn riskerar att fara illa involveras socialnämnd och allmän förvaltningsdomstol inom ramen av ett förvaltningsrättsligt förfarande.[3]

Frågan om *hur* ingripanden skall ske regleras i FB, LVU samt SoL. Förändringar i innehav av legal vårdnad kan enligt 6 kap. FB ske genom överföring av vårdnaden mellan föräldrarna och i undantagsfall till, och mellan, särskilt förordnade vårdnadshavare. Förändringar sker även *de facto* om ett barn omhändertas för samhällsvård enligt 2–3 §§ LVU. *Ipso iure* kvarstår då den legala vårdnaden hos den civilrättslige vårdnadshavaren och övergår inte på omhändertagande myndighet. I praktiken är dock vårdnadshavarens befogenheter inskränkta i sådan omfattning att vårdnaden kan sägas ha frångått denne.

Stora förändringar har skett inom den svenska vårdnadsrätten under det senaste seklet. I det följande diskuteras konsekvenserna av dessa förändringar. Som så ofta görs i denna typ av framställningar, fokuseras på de områden där oklarheter råder. Framställningens syfte utvecklas i det följande avsnittet.

1.1 Syfte

Den juridiska forskningen om vårdnad är föga omfattande i Sverige. Forskning om vårdnadsrelaterade frågor har hitintills främst gjorts inom andra discipliner.[4] Det är förvånande, eftersom rättssystemets inflytande

3 I detta arbete används »socialnämnd» som beteckning också för annan nämnd som fullgör kommunens uppgifter inom socialtjänsten. Se 4 § SoL.

4 Inom den juridiska forskningen märks dock Appelberg, Wetter och Sund. Angående pågående juridisk forskning kan nämnas L. Dahlstrand om barnets egna talan, A. Reime om

på området genom t.ex. lagstiftning och domstolsavgöranden är omfattande. Detta arbete vill visa att vårdnad är ett juridiskt område som väl kan behandlas rättsvetenskapligt.

Det övergripande syftet med avhandlingen är att ur ett rättdogmatiskt perspektiv diskutera vårdnad om barn enligt svensk rätt. Arbetet omfattar vårdnad som legalt institut och överföring av vårdnad. I huvudsak behandlas vårdnad och vårdnadstvister enligt 6 kap. FB. De rättigheter och skyldigheter som den civilrättsliga vårdnaden omfattar begränsas dock av offentligrättsliga åtgärder enligt i första hand LVU och SoL, men även av annan förvaltningsrättslig författning. Till det kommer att förvaltningsmyndigheter ofta involveras i en civilrättslig vårdnadstvist. Här märks t.ex. verksamhet inom socialtjänsten såsom samarbetssamtal. Förvaltningsdomstol behandlar frågor om verkställighet av allmän domstols dom eller beslut om vårdnad och umgänge. Sådan offentligrättslig påverkan på vårdnaden har medfört att det tett sig naturligt att undersökningen delvis vidgats utanför de traditionella civilrättsliga ämnesgränserna. (Se vidare 1.2, 1.6.)

Redan här kan konstateras att den närmare omfattningen av vårdnadsinstitutet är svår att definiera. Det är oklart vilka rättigheter och skyldigheter institutet omfattar. Det är även oklart hur dessa fördelas mellan föräldrar, samhälle och barnet självt. Sådana oklarheter kan leda till att barnets bästa inte tillvaratas på lämpligaste sätt. Syftet med avhandlingens förvaltningsrättsliga inslag är att diskutera de begränsningar som det förvaltningsrättsliga regelverket sätter för den civila vårdnadens omfattning. En jämförelse görs således mellan den civila och den offentliga barnrätten.[5] En sådan jämförelse aktualiserar en av barnrättens fundamentala svårigheter, nämligen balansen mellan föräldrars rätt till integritet och samhällets ansvar för barns välfärd.

Barnets bästa skall tillmätas avgörande betydelse vid alla åtgärder rörande barn som vidtas av offentliga och privata organ. Barnets bästa har kommit att bli det helt dominerande kriteriet för att lösa vårdnadstvister. Innebörden av principen om barnets bästa är dock oklar. Avhandlingen syftar

vårdnadsmålets funktion i ett rättssociologiskt perspektiv, A. Singer om barnets bästa, P. Westman om förmynderskap. Nämnas kan även Tema Barn om välfärdsstatens omvandling, barns villkor och barndomens förändringar 1960–1990.

5 Se om svårigheter vid studier av gränsområden mellan civil- och offentlig rätt, vilka självklart även gör sig gällande i detta arbete, t.ex. Warnling-Nerep 1995 s. 297.

därför till att analysera begreppets innebörd, utveckling och konsekvenser. *(Se vidare kapitel 2.)*

Kriterierna för överföring av vårdnad mellan föräldrar enligt 6 kap. FB kan karaktäriseras som otydliga och svårförutsägbara. Det kan relateras till diskussionen om rättssäkerhet. Rättssäkerhet betraktas visserligen ibland som en renodlad värdering.[6] Men det formella rättssäkerhetsbegreppet kan uppfattas som ett funktionskriterium för rättssystemet. Formell rättssäkerhet skulle därmed innebär att vissa minimikrav kan, och skall, ställas på rättsordningen. Dessa sammanfattas väl av den objektiva princip som kommer till uttryck i 1:9 RF. Där stadgas att:

> Domstolar samt förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör uppgifter inom den offentliga förvaltningen skall i sin verksamhet beakta allas likhet inför lagen samt iakttaga saklighet och opartiskhet.

RFs stadgande faller inom ramen av en bredare definition av formell rättssäkerhet som liktydig med att lagregler tillämpas i praktiken, att de tolkas uniformt och inte används retroaktivt. Rättssäkerhetsbegreppet diskuteras normalt i samband med förvaltningsrätt, såsom omhändertaganden av barn, och mer sällan i anledning av civilrättsliga vårdnadstvister.[7] (Se vidare 5.4.1.)

En av avhandlingens utgångspunkter har varit att vårdnadsfrågor är ett område som rönt stor uppmärksamhet av lagstiftaren. Det tillkommer t.ex. frekvent ny lagstiftning om vårdnad. Ett av avhandlingens syften är därför att studera vilka målsättningar som styrt lagstiftningen inom vårdnadsrätten och hur de harmonierar med rättsutvecklingen i övrigt. Det vill säga att se om målsättningarna resulterat i en lagstiftning som är adekvat för att lösa de frågeställningar som uppstår i den praktiska rättstillämpningen. *(Se vidare kapitel 3.)*

Som antytts är vårdnadens omfattning oklar. Sådana oklarheter diskuteras dels i relation till det förvaltningsrättsliga regelverket, dels i förhållande till barn och föräldrar. Särskilt uppmärksammas de fall när den *legala* och den *faktiska* vårdnaden inte överensstämmer. *(Se vidare 4.3.)*

Även det förhållandet att rekvisiten för överföring av vårdnad är oklara kan leda till att barnets intressen tillvaratas mindre väl. Kriterierna för

6 Sandgren JT 1995–96 s. 741.

7 Peczenik 1995 s. 89 f.

överföring av vårdnad mellan föräldrar enligt 6 kap. FB kan karaktäriseras som otydliga och svårförutsägbara. Det kan ifrågasättas ur såväl ett barnets bästa som ett rättssäkerhetsperspektiv. Avhandlingen syftar till att klargöra kriterierna för överföring av vårdnad. En jämförelse görs mellan kriterierna för överföring av vårdnad enligt 6 kap. FB och omhändertaganden enligt 2 § LVU. *(Se vidare kapitel 5.)*

Det övergripande syftet med arbetet kan därmed sammanfattas i följande punkter.

- Att analysera barnets bästa. *(Se vidare kapitel 2.)*
- Att undersöka vilka faktorer som påverkat lagstiftning om vårdnad och hur dessa harmonierar med rättstillämpningen. *(Se vidare kapitel 3.)*
- Att analysera de skyldigheter och rättigheter som omfattas av vårdnadsinstitutet i förhållande till barn och föräldrar, liksom i förhållande till offentlig rätt generellt och särskilt vid omhändertaganden av barn för samhällsvård. Syftet är att söka definiera den legala vårdnadens omfattning och relatera den till barnets bästa. *(Se vidare kapitel 4.)*
- Att diskutera förutsättningarna för överföring av vårdnad enligt 6 kap. FB och för omhändertaganden av barn enligt 2 § LVU. Syftet är att söka definiera dessa förutsättningar och relatera dem till barnets bästa. *(Se vidare kapitel 5.)*
- Att föreslå vissa förändringar *de lege ferenda. (Se vidare kapitel 6.)*

1.2 Metod och material

Som framkommit är den tillämpade metoden huvudsakligen rättsdogmatisk. Avhandlingen har därtill ett rättspolitiskt anslag i den bemärkelsen att det görs gällande att det finns utrymme för reformer såväl *de lege ferenda* som *de sententia ferenda.* Ämnesmässigt spänner arbetet över civilrätt, offentlig rätt och processrätt.

Tillämpningen av en rättsdogmatisk metod har medfört att det behandlade materialet till stor del begränsas till lagtext, lagförarbeten, prejudicerande domar och juridisk litteratur. Under arbetets gång har det dock visat sig att vad som traditionellt uppfattas som primärt rättskällematerial inte alltid varit tillräckligt omfattande för att belysa de frågeställningar som ämnet rymmer. Till det kommer att bl.a. domstolar och andra myndigheter använder sig av material, såsom Allmänna råd från socialstyrelsen, vars

ställning som primära rättskällor naturligtvis kan diskuteras.[8] Även jag har därför valt att i begränsad omfattning referera till sådant material liksom till underrättspraxis och offentlig statistik.

Empiriskt material anses fylla en viktig funktion som komplement till rättsdogmatiskt material vid juridisk forskning.[9] Empiriska komplement uppfattas som särskilt värdefulla vid forskning om s.k. ramlagstiftning som t.ex. den svenska sociallagstiftningen.[10] Mycket av den juridiska forskningen inom socialrätten har gjorts med en delvis empirisk metod.[11]

De civilrättsliga reglerna om överföring av vårdnad karaktäriseras förvisso inte som ramlagstiftning, utan denna term har förbehållits förvaltningsrätten. Men många av bestämmelserna i 6 kap. FB kännetecknas av att de, i likhet med ramlagar, är summariskt utformade, bygger på generella hänvisningar till barnets bästa och en bedömning i det enskilda fallet (t.ex. 6:4–6 FB). Lagstiftaren har avstått från att ge en närmare definition av barnets bästa med motiveringen att det skall klargöras i rättspraxis. Samtidigt framhålls vikten av att hänsyn tas till förhållanden i det enskilda fallet. Det medför att också prejudikaten får anses väga mindre tungt än inom andra rättsområden.[12]

Mot den bakgrunden kan det tyckas att jag bort ta än större hänsyn till underrättsdomar och annat empiriskt material än vad som gjorts. Ett av skälen till att det empiriska materialet underordnats det rättsdogmatiska materialet är att en av de få svenska avhandlingar i juridik och socialt arbete som skrivits på området, *Appelgren* och *Wetters* »Barnet och rätten», 1985–86, till stor del baserats på underrättsdomar.

Det kan även noteras att man vid lagstiftning inom barnrätten förefaller lägga särskild vikt vid erfarenheter från andra discipliner.[13] Ofta hänvisas i

8 Warnling-Nerep 1995 s. 121 f.

9 Eckhoff 1985 s. 36. Hedenius 1963 s. 86 ff. Sandgren JT 1995–96 s. 726 ff. Se dock t.ex. Kleineman 1987 s. 10. Grundbetydelsen av »empirisk» är »erfarenhetsmässig», »praktisk», »realistisk» i motsats till »teoretisk», »dogmatisk», »doktrinär». Inom rättsvetenskapen förefaller dock begreppet att något oegentligt användas dels i betydelsen inslag från andra vetenskapliga discipliner, dels i betydelsen statistiskt material.

10 En bestämd definition av »ramlagstiftning» saknas. Som kännetecknande har emellertid anförts att ramlagen skulle vara målinriktad med begränsade materiella regler som förutsätter att en utfyllnad görs i det enskilda fallet. Hydén 1984 s. 1 ff., Stertzel 1993 s. 336 f., s. 345 f.

11 Danielsen 1989 s. 135 ff. Warnling-Nerep 1995 s. 121 f.

12 Saldeen 1995 s. 70. Prop. 1981/82:168 s. 65.

13 Se om empiriska inslag i utredning, Hellner 1975 s. 408. Se även Sandgren JT 1995–96 s. 1047. (*Se vidare 3.2.2.*)

de primära rättskällorna till empiri, såväl i betydelsen erfarenheter från andra vetenskaper än rättsvetenskapen som i betydelsen statistiska sammanställningar. Sådana hänvisningar behandlar jag som integrerade i den primära rättskällan.

Det finns ett intrikat samspel mellan ekonomi och juridik.[14] Det kommer t.ex. till uttryck genom att samhällsekonomin utgör ett styrmedel i samband med lagstiftning och att privatekonomin inverkar på möjligheten att kunna utnyttja rättssystemet. En vårdnadstvist är normalt en tvist mellan en man och en kvinna och därmed gör sig även jämställdhetsperspektivet gällande.[15] Ekonomiska aspekter uppmärksammas här i begränsad omfattning. Det perspektivet är i framställningen dock underordnat det rättsdogmatisk. *(Se vidare 1.5.)*

Familjerätten kan anses vara väl lämpad för komparation eftersom familjebildning är en universell företeelse.[16] I denna undersökning är emellertid de komparativa inslagen huvudsakligen begränsade till att omfatta nordisk rätt.[17] De syftar till att peka på alternativa lösningar på uppkomna problem. Det har medfört att den utländska rätten huvudsakligen behandlas parallellt med svensk rätt och endast undantagsvis under separata rubriker. *(Se vidare 4.4.3.1.)*

Begränsningen till nordisk rätt motiveras av att rättsutvecklingen i Norden, åtminstone periodvis, tenderat att följas åt och av att ett visst samarbete sker över gränserna i samband med lagstiftning. Likaså ger likheterna mellan såväl rättssystemen som de allmänna förhållandena i de nordiska länderna goda förutsättningar för en analys av olikheter. Vid sidan av nordisk rätt beaktas också engelsk rätt. Det beror främst på att den engelska

14 Se t.ex. Peczenik 1995 s. 158 f.

15 Prop. 1996/97:9. År 1995 var genomsnittslönen för svenska män 175 400 kr och för kvinnor 120 000 kr. SCB, DN 97–03–22, A 18. Se även Välfärdsprojektet 2 s. 31 f.

16 Huvuddragen i familjerättens utveckling kan sägas vara gemensamma i de flesta rättsordningar. Det är främst tidpunkten för mer betydande förändringar, såsom likabehandling av barn födda inom och utom äktenskap, moderns delaktighet i vårdnad och förmyndarskap, som skiljer olika rättsordningar åt. Det förklaras av att familjerättens centrala företeelser – etablerande av en familj, legitimering av barn och föräldrarnas relation, ekonomisk interaktion inom familjen är desamma världen över. I vis mån kan likheterna också hänföras till dominansen av de abrahamitiska religionerna – kristendom, islam och judendom – i Europa, Amerika, Australien, stora delar av Afrika, och västra Asien. Se t.ex. Glendon 1989 s. 2 f.

17 I referenser och citat används svenska »ä, ö».

The Children Act 1989 kan betraktas som en familjerättslig nyskapelse. Viss utländsk doktrin har även beaktats.[18]

Jag har valt att begränsa den period som studeras närmare till tiden efter år 1973, eftersom 1973 års GBs liberala syn på äktenskapsskillnad fått stor betydelse för vårdnadsrätten. Tyngdpunkten för genomgången ligger på utvecklingen efter den 1 januari 1983, då de legala förutsättningarna för frånskilda och ogifta föräldrar att få gemensam vårdnad underlättades. Det offentligrättsliga materialet begränsas till utvecklingen efter år 1980 och ikraftträdandet av 1980 års LVU. Jag har beaktat material publicerat framtill den 1 april 1997.

I det följande ger *kapitel 1* en bakgrund till den fortsatta framställningen. Här behandlas den historiska utvecklingen skissartat (1.3). I samband härmed diskuteras vårdnad i förhållande till status och avtal (1.4). Kapitlet avslutas med en presentation av vårdnad och vissa ekonomiska aspekter (1.5) samt med en plan för den fortsatta framställningen där metod och material i de enskilda kapitlen vidare presenteras (1.6).

1.3 Historik

Analysen av aktuella förhållanden tar avstamp i gårdagens. Historiken syftar därför till att belysa bakgrunden till de frågeställningar som behandlas i den följande framställningen. Det kan alltid diskuteras var gränsen mellan historisk tid och nutid skall dras och flera årtal är tänkbara. Här har jag valt att avsluta historiken i samband med 1917 års barnlagstiftning. Den svenska rättsutvecklingen fram till 1910-talet kan delas in i perioder som här behandlas som relativt enhetliga. Perioden från »äldsta tider» fram till landskapslagarnas nedtecknande under 1200- och 1300-talet behandlas som en period. Tiden därefter och fram till dess att 1734 års lag trädde i kraft betraktas som en period liksom utvecklingen från 1734 till 1910-talet.[19]

Den svenska sekulära barnrätten före 1917 års lagstiftning, dvs. enligt 1734 års lag, bestod nästan helt av oskriven rätt. Det kan förklaras av vad

18 Många av avhandlingens frågeställningarna behandlats också mer ingående i utländska läroböcker. Se t.ex. Graversten, Bromley & Lowe, Smith & Lödrup. *(Se vidare litteraturförteckningen.)*

19 Vid hänvisning till 1734 års lag används 14:e upplagan av Svea Rikes Lag, 1893. Se även Danielsen 1989 s. 53 f.

som har karaktäriserats som ett kontraktsförhållande mellan husfader och stat, av innebörden att husfadern ansvarade för och kontrollerade hushållets medlemmar. Husfaderns auktoritära ställning begränsade, men uteslöt inte helt, behovet av civilrättsliga regler. De som stod utanför familjesystem var däremot föremål för offentlig kontroll.[20] Därav den mer omfattande offentligrättsliga barnlagstiftningen.[21] Ideologiskt präglades den svenska familjerätten och dess embryon av den kristna kyrkans inflytande och ett auktoritärt, patriarkalt samhällssystem.

Förvisso framstår barnrätten, och i synnerhet vad som nu betecknas som vårdnad, i ett historiskt perspektiv som relativt oreglerad. Men lagstiftning inom närliggande rättsområden ger en bild också av vissa regler för vårdnadens utövande. Bland områden som var något mer utförligt reglerade märks frågor om *myndighet*, vilka hänförs till förmyndarrätten och inte till vårdnadsrätten.[22] I detta sammanhang används lagbestämmelserna om myndighet, i brist på annat, för att skissera bakgrunden till dagens vårdnadsinstitut. Inom *äktenskapsrätten* återfinns fragment till vad som senare kom att bli regler om överföring av vårdnad.[23]

I det följande beskrivs utvecklingen av vårdnadens omfattning i förhållande till barnet med utgångspunkt i bestämmelserna om myndighet. Därefter behandlas möjligheterna till överföring av vårdnad enligt äldre rätt och det offentligas inflytande över familjen behandlas. Slutligen diskuteras vårdnadsrätten i relation till status och avtal.

1.3.1 Myndighet

I äldsta tider, dvs. fram till nedtecknandet av de äldre landskapslagarna i början av 1200-talet, hade fadern, alternativt husfadern i en storfamilj, en vidsträckt myndighet över barn födda inom äktenskap eller legitimerade av fadern.[24] Också i enlighet med de äldre landskapslagarna kvarstod dessa förhållanden väsentligen oförändrade. Kvinnor och barn stod under husfaderns myndighet. Denne hade en omfattande auktoritet över hushållet. Häri ingick t.ex. en långtgående rätt att bestraffa familjemedlemmar och rätt att sätta ut nyfödda barn att dö. Dog husfadern, övergick myndigheten

20 Ohrlander s. 18 med hänvisning till Donzelot J., *The policing of families*, 1979, s. 48 f. *(Se vidare 1.3.3.)*

21 Undén 1928 s. 9. Dahl 1978.

22 Se Undén 1928 s. 11. *(Se vidare 4.4.1.)*

23 Winrot 1898 s. 4 f.

24 Inger s. 20 f.

i regel på änkan eller en son.[25] Änkor till myndiga män kunde således bli myndiga, andra kvinnor var livet igenom omyndiga.

Förutom genom att ärva husfaderns myndighet kunde en son få egen myndighet genom att bryta sig ur bogemenskapen och skapa ett eget hem för sig och sin familj, för vilken han kom att inta husfaders ställning. Mannens målsmanskap över hustru och barn befästes genom Magnus Eriksons landslag, nedtecknad kring 1350. Däremot blev män enligt Magnus Erikssons landslag myndiga vid 15 års ålder.

Myndighetsåldern för män höjdes 1721 till 21 år, dock med rätt för yngling att dessförinnan råda över sådan egendom som han själv förvärvat.[26] Vid 15 års ålder ägde han rätt att väcka talan vid domstol mot försumlig eller oduglig förmyndare. Äktenskapsålder var enligt 1734 års lag 21 år för män och 15 år för kvinnor. Men exempelvis samers äktenskapsålder var särreglerad och »lappdrängar» fick gifta sig vid 17 års ålder, under förutsättning av att de hade nödtorftiga insikter i kristendom. Allmogesöner fick från 1756 gifta sig vid 18 års ålder, förutsatt att de kunde försörja en familj.

Kvinnors myndighet berördes varken i 1721 års eller 1734 års lag, utan de förblev, med undantag av änkor, omyndiga livet igenom. Kvinnor stod, oavsett ålder, enligt 1734 års lag som ogifta under förmyndare, och som gifta under mannens målsmanskap och husbondevälde. Under 1880-talet gjordes vissa reformer i makars inbördes förhållanden. Mannens rätt att aga sin hustru förbjöds t.ex. 1858. Från år 1874 kunde hustruns egendom undantas från mannens förvaltning genom äktenskapsförord och hon fick rätt att förvalta sin egen arbetsförtjänst.[27] 1916 fick en gift kvinna processbehörighet. I övrigt bestod förhållandena fram till 1920 års GB enligt vilka gifta kvinnor blev myndiga.

Ogifta kvinnor fick 1858 möjlighet att bli myndiga vid 25 år efter anmälan hos domstol. Fem år senare blev ogifta kvinnor myndiga *ipso jure* vid 25 års ålder. År 1884 sänktes myndighetsåldern för ogifta kvinnor till 21 år, den då gällande myndighetsåldern för män. Även myndiga kvinnor var föremål för en myndighetsinskränkning, såtillvida att giftomans samtycke krävdes för äktenskaps ingående fram till 1872 för ofrälse kvinna och 1882 för frälse.

Mannens målsmanskap över hustrun beskrevs utåt som målsmanskap i

25 Inger s. 21 f.
26 Hafström s. 102.
27 Schmidt 1980 s. 16. KF d. 11 Dec. 1874.

inskränkt bemärkelse. Det innebar att mannen var hustruns rättsliga ställföreträdare såväl privat- som processrättsligt. Inåt framstod målsmanskapet i form av husbondevälde. Husbondeväldet innebar att mannen hade den högsta bestämmanderätten över familjens gemensamma angelägenheter. Han hade rätt att fordra att hustrun ägnade sig åt vården av familj och hem. Som en följd därav kunde hon inte utan makens samtycke rättsgiltigt disponera över sin arbetskraft genom arbetsavtal med tredje man. Hustrun ägde dock genom »sitt på urgammal hävd grundade husfrudöme» att i första hand bestämma över den inre hushållningen. Men vid tvist mellan makarna tillkom även här bestämmanderätten mannen.[28]

Det framhålls i lagförarbetena till 1920 års GB att husbondeväldet i praktiken skulle ha förlorat en stor del av sin styrka. Mannen saknade legala tvångsmedel för sina maktbefogenheter. Vidare anfördes att mannens bestämmanderätt endast skulle tillmätas mindre betydelse vid avgörande om skuld till hemskillnad eller äktenskapsskillnad.[29] Denna beskrivning av rättsläget kan ifrågasättas, åtminstone för det fallet att makar efter hemeller äktenskapsskillnad tvistade om rätten att ha gemensamma barn hos sig. *(Se nedan 1.3.2.)*

Fadern behöll sin ställning som ensam vårdnadshavare och förmyndare till *barn födda inom äktenskap* fram till 1921 respektive 1950. Detta hindrade naturligtvis inte att modern hade en viktig funktion att fylla som utövare av den faktiska vårdnaden. Men som det konstaterades i lagförarbetena till 1920 års GB: »I ett visst samband med husbondeväldet står ock den bestämmanderätt i de gemensamma barnens personliga angelägenheter, som rättspraxis utan tvekan tillerkänner mannen».[30]

1.3.2 Överföring av vårdnad

Uppstod det *skillnad i äktenskapet* var presumtionen att fadern skulle vårda såväl barn som bo. Både uppfattningen att fadern hade företräde som vårdnadshavare och att den av makarna som varit vållande till brytningen skulle diskrimineras i vårdnadsfrågan kom tydligt till uttryck i 15:2 GB, 1734 års lag:

> Nu äro the bägge til skilnaden wållande; tå äger then boet och barnen förese, som bäst thertil fallen är ... Äro the lika thertil fallne; ware tå mannen närmare.

28 Prop. 1920:15 s. 13.
29 Prop. 1920:15 s. 137.
30 Prop. 1921:15 s. 131.

> Är thet ingen thera: nämne tå domaren twänne goda män som barnen och egendomen wårda...

Var mannen vållande till äktenskapsskillnaden kunde modern få barnen »när sig hafwa» (15:1 GB 1734 års lag). Det är visserligen oklart vilken legal behörighet att företräda barnen hon då tillerkändes. Men det förefaller som hon getts sådan rådighet över bo och barn att hon, analogt med reglerna om änkors ställning, bör ha betraktats som myndig. Det fallet att hon inte hade faktisk förmåga att vårda barn och hem lagreglerades: »Nu är hon ej fallen att allena them [barnen] och boet förestå; nämne då domaren then henne råda och hielpa må ...» (15:1 GB 1734 års lag). Däremot sägs inget om legala begränsningar.

En antydan om omfattningen av moderns behörighet som företrädare för sina barn ges emellertid i reglerna om *giftomannaskap*. En änka kunde vara giftoman för sina döttrar.[31] I andra fall likställdes modern med fadern som giftoman 1915. Om behörighet att vara giftoman stadgades i 1:2 GB 1734 års lag att:

> Fader är sin omyndige dotters rätta Giftoman, och Moder må ther til råd gifwa. Är fader död; tå är Moder med skyldaste fränders råde. Lefver ej fader eller moder; ware tå then, som fader munteligen eller skrifteligen; eller Moder med nästa fränders råde til Giftoman nämdt hafwer.

HD avgjorde i några rättsfall från början av 1900-talet vad som kan sägas motsvara dagens vårdnadstvister mellan föräldrar. Avgörandena rörde rätt att få ha barn hos sig i samband med hem- och äktenskapsskillnad enligt 1734 års lag. HDs domar belyser betydelsen av faderns målsmanskap vid konflikt om barn mellan föräldrarna.

> I NJA 1904 s. 346 hade hustrun i samband med hemskillnad av domstol berättigats att få ha makarnas dotter hos sig. Mannen överklagade och begärde att få ha barnet hos sig under skillnadsåret. Hans begäran bifölls ej.
>
> I NJA 1906 s. 132 hade hustrun berättigats att få ha makarnas barn hos sig under skillnadsåret. Hon hade emellertid, innan rättens utslag vunnit laga kraft, lämnat hemmet med barnet. Därmed bedömdes hon ha handlat egenmäktigt. Fadern medgavs, pga. sitt målsmanskap, rätt att erhålla handräckning för att utfå sonen från modern.
>
> Även i NJA 1909 s. 405 medgav HD fadern, pga. av hans målsmansrätt hand-

31 Winroth 1898 s. 40 f.

räckning för att återfå en minderårig dotter från modern. HovR hade inte medgivit faderns talan med motiveringen att han saknade bostad. Modern hade anfört att mannen som följd av konkurs inte kunde försörja familjen. Hon framhöll även att hon inte hade rymt hemmet, utan lämnat det med mannens tillstånd för att med barnet bo hos sina föräldrar. Hemskillnadsåret hade inte börjat löpa.

I NJA 1914 s. 254 beviljades däremot inte fadern handräckning för att återfå en femårig son. I detta fall hade makarna dels vunnit äktenskapsskillnad och modern gift om sig, dels fanns ett avtal mellan föräldrarna enligt vilket modern, under förutsättning av att hon ensam underhöll barnet, skulle få ha det hos sig till dess han fyllde sju år.

1.3.3 Det offentligas inflytande över familj och barn

Att den sekulära svenska barnrätten var föga omfattande före 1917 förklaras delvis av att föreställningen om att samhället bör ha ett direkt inflytande över barn- och föräldrarelationen är en relativt modern tanke.[32] Äldre rätts inställning var ambivalent så till vida att man i stor utsträckning lämnade den fungerande, självförsörjande, legitima familjen i fred. Däremot var maktutövningen omfattande gentemot personer som inte ingick i en sådan gemenskap.

Frågan om det offentligas inflytande över familj och barn kan också formuleras i termer av vem som skall ha ansvaret för, och bestämmanderätt över, svagare individer. Valet har ofta stått mellan familj och samhälle.[33] Under långa tider har familjen ensam fyllt denna funktion. Så var det även i det förkristna Norden. Sammanslutningar utanför familjen som tog ett socialt ansvar för de svaga var så gott som obefintliga.

Under den förkristna tiden i Sverige var det husfadern som hade den yttersta bestämmanderätten över släkt och familjen. Kristendomens införande lade grunden till ett nytt ansvarssystem som inte längre var helt centrerat runt familjen. Även om kravet på solidaritet med släkten och dess allierade inte försvann, kompletterades det med kravet på trohet mot kyrkan och de religiösa normerna. Den kristna kyrkans eget ansvar kan, litet tillspetsat, sägas i första hand ha varit riktat mot kyrkan själv och i andra hand mot den kristna religionen. I tredje hand tycks ansvaret ha gällt samarbetet

32 Svenska förhållanden diskuteras t.ex. av Ohlander och Ohrlander.

33 Som samhälleliga uppfattas här såväl offentligt som privat finansierade instutioner. Kännetecknande är att bestämmanderätt och ansvar utövades av en icke-familjemedlem. Se Ohrlander s. 31 f.

mellan kyrka och världsliga makthavare. Först därefter kan skönjas ett kyrkligt ansvarstagande gentemot de kristna själarna och allra sist för deras lekamen. Denna prioritering till trots, fyllde den katolska kyrkan en viktig samhällsfunktion genom att tillhandahålla sjukvård och undervisning.

Genom beslutet på Västerås riksdag 1527 att Sverige skulle övergå från katolicismen till protestantismen ökade statens inflytande över kyrkan.[34] Samtidigt ökade kyrkans inflytande över familjen.[35] Kravet på kyrklig välsignelse för att legala familjeband skulle uppstå skärptes. Hushållsmedlemmarnas vandel följdes upp i samband med prästernas regelbundet återkommande husförhör med församlingsborna.

Den offentliga kontrollverksamheten präglades av att den skedde på olika nivåer och utövades av ett antal funktionärer som representerade såväl kronan som kyrkan. Funktionärerna saknade fasta gränser för sina befogenheter. Socio-ekonomiskt eftersatta samhällsgrupper och grupper som stod utanför etablerade familjerelationer var föremål för myndighetsingripanden, genom t.ex. fattigvården, i betydligt större utsträckning än andra grupper. Så var fallet med fattiga och familjelösa barn. Uppfattningen om vad som var barnets primära behov, dvs. grund för ett ingripande, varierade. Kännetecknande var att det i många fall inte alls var fråga om barnets behov, utan snarare om samhällets behov av skydd från störande element, alternativt behov av arbetskraft.[36]

Liberalismens intåg under 1800-talet innebar att individens frihet kontra överhetens befogenheter uppmärksammades.[37] Det ledde också till en diskussion om hur statsmakten skulle legitimera ingrepp i föräldramakten. Enligt naturrätten var föräldrars förpliktelser gentemot sina barn genererade ur själva naturen och således oberoende av samhällets normer. Det kunde tolkas som att även lagstiftaren var tvungen att respektera de av naturen givna lagar som reglerade förhållandena mellan barn och föräldrar. Mot den naturrättsliga ståndpunkten anfördes att det var statens uppgift att sörja för barnen, men att denna uppgift normalt ombesörjdes av medborgarna/föräldrarna. Föräldrarätten skulle således vara delegerad till föräldrarna via staten. Med sådana resonemang legitimerades ingripanden från staten i föräldrarnas rätt.[38]

34 Inger s. 76.
35 Inger s. 89 f.
36 Tex. Dahl 1978.
37 Graversen 1986 s. 8 ff.
38 Graversen 1986 s. 15. Se vidare Ohrlander s. 62 ff.

Under 1800-talet växte det även fram privata välgörenhetsorganisationer med ambitionen att rädda samhällets olycksbarn undan fängelse och tukthus. Barnen skulle istället anförtros filantroper, och senare professionella barnavårdare, som i föräldrars ställe åtog sig att vårda barnen.[39] Industrialismen och urbaniseringen kom att ses som en av orsakerna till många av barnens misär. Alltfler föräldrar arbetade mycket långa arbetsdagar utanför hemmet men utan möjlighet att, som i jordbrukssamhället, parallellt med arbetet ha tillsyn över barnen. Barnen arbetade ofta själva från alltför tidig ålder i industrin och ofta med arbetsuppgifter som höll dem åtskilda från de vuxna.[40] Överklassens religiöst präglade beskyddarideologi gentemot industriproletariatet och deras »förvildade barn» löper som en röd tråd genom de betänkanden som ledde fram till 1902 års barnavårdslagstiftning.[41]

Utveckling av det moderna välfärdssamhället har därefter lett till att det offentliga, i syfte att skapa goda och rättvisa livsbetingelser för medborgarna, numera griper in på i så gott som alla områden. Det har inneburit att samhällskontrollen ökat över sådana verksamheter som främst rör medborgarnas inbördes förhållanden och att gränsen mellan civil- och offentlig rätt delvis suddats ut. Åtskilliga offentligrättsliga författningar präglas inte längre av vad som tidigare ansetts vara utmärkande för förvaltningsrättslig lagstiftning, nämligen myndigheters rätt till maktanvändning mot enskilda. Istället har stiftats s.k. rättighetslagar enligt vilka samhället har att tillhandahålla service åt medborgarna.[42] Ett exempel är ambitionen att skapa så goda livsbetingelser som möjligt för barn. Det är denna ambition som nuförtiden legitimerar det offentligas befogenheter att ingripa t.ex. i frågor om vårdnad.

1.3.4 Barn och börd

Som antytts har barnets börd varit avgörande för dess rättsliga ställning fram till våra dagar. Om barn fötts inom sina föräldrars äktenskap var det av äkta börd. Barn som däremot fötts utom äktenskap var av *oäkta* börd.

39 Dahl 1978 s. 24. Bramstång s. 188 f.
40 Lundström s. 47 f.
41 Lundström s. 50.
42 Westerhäll 1990 s. 14, 1996–7 s. 427 f. Hollander 1995 s. 26.

Normen, och det normala, var att barn föddes inom äktenskap.[43] Uppfattningen om vad som skall förstås med oäkta börd har emellertid varierat under historiens gång.

Under medeltiden och dessförinnan hade ett *utomäktenskapligt* men erkänt barn samma rättsliga ställning som ett barn fött inom äktenskap.[44] Faderskapet erkändes genom en rituell akt, knäsättning eller vattenösning, då barnet även namngavs. Barnets status var således, innan kyrkans inflytande kom att dominera, avhängigt faderns ensidiga viljeyttring.[45] Genom kyrkans ökade inflytande minskade möjligheterna att legitimera utomäktenskapliga barn. Det kom att anses naturligt att barnen skulle lida för föräldrarnas synder.[46] Denna syn gjorde sig starkt gällande under 1600-talet och präglade 1734 års lag. Straffet för horsbrottet kvarstod för övrigt i svensk rätt fram till 1937.[47]

Som legitima genom *ofullkomnade äktenskap* räknades enligt 1734 års lag barn tillkomna inom »fästning» (motsvarande trolovning) eller genom våldtäkt samt före fästning och äktenskap, om föräldrarna senare gifte sig. Genom lagen den 14 juni 1917 om äktenskaplig börd begränsades kategorin barn av äktenskaplig börd på så sätt att *våldtäktsbarn* och *trolovningsbarn* inte längre betraktades som »äkta». Trots att den legala kategorin »äkta» barn fram till den 1 januari 1918 var relativt vidsträckt, tycks det sociala klimatet, åtminstone inom överklassen, ha varit kraftigt negativt till barn som inte var tillkomna inom äktenskap. Det resulterade i att även barn födda inom äktenskap, men koncipierade dessförinnan, lämnades bort för att dö hos s.k. änglamakerskor.[48]

Här skall även nämnas institutet *moder okänd,* instiftat av Gustav III i syfte att minska spädbarnsmorden och därmed barnamordsprocesserna med eventuella dödsstraff som följd för de ogifta mödrarna. Institutet innebar att ogifta mödrar kunde föda i hemlighet, utan att behöva uppge vare

43 1751–1760 var t.ex. 2,4 procent av samtliga levande födda barn, födda utom äktenskap, 1901–1910 var 12,7 procent av samtliga födda barn utomäktenskapliga. Se NJA II 1917 s. 364.

44 Inger s. 28 f.

45 Angående liknande tendenser i muslimsk rätt. Se Schiratzki s. 66 f.

46 NJA II 1917 s. 368.

47 NJA II 1937 s. 352 f.

48 Också ett äkta par som uppfattades som progressivt, August Strindberg och Siri von Essen, lämnade år 1878 bort ett barn som fötts tre veckor efter deras vigsel. Barnet kyrkobokfördes som fött av okända föräldrar och dog två dagar senare. Se Lagercrantz 1979 s. 88.

sig sitt eget eller barnafaderns namn.[49] Barnets situation berördes inte på annat sätt än att det stadgades att det inte skulle diskrimineras i samband med det kristna dopet.[50] Institutet avskaffades först 1915.

Enligt *Undén* uppmärksammades tiden innan 1917 års LBuÄ de »oäkta» barnens rättsliga ställning med knapp nöd så mycket att fäderna kunde åläggas att betala ett »barnuppfostringsbidrag».[51] Dessförinnan föreskrev de yngre landskapslagarna att modern skulle »ta hand om» det utomäktenskapliga barnet till dess det fyllt tre år, därefter inträdde faderns försörjningsskyldighet till dess barnet fyllt sju år. Efter denna tid skulle föräldrarna tillsammans ansvara för barnet.[52] Var fadern okänd, blev modern ensam ansvarig för barnets välfärd.[53] Enligt 8:7 ÄB 1734 års lag skulle oäkta barn åtnjuta »av fader och moder nödtorftig föda och uppfostran, till dess de sig själva nära kunna». Någon bestämd åldersgräns för underhållsskyldigheten stadgades inte. Men i praktiken ansågs det att den upphörde när barnet fyllde 15 år eller tidigare om barnet nödtorftigt kunde försörja sig självt, vilket förväntades kunna ske från tidig ålder. År 1881 *höjdes* åldern för barnarbete inom industrin till tolv år.[54] Ett barn som var fött utom äktenskap fick begränsad arvsrätt efter moder 1867 och efter släktingar på mödernet 1905.[55]

Synen på *familjen* har således varit föremål för stora förändringar under det senaste seklet.[56] *Winroth* kan få illustrera utvecklingen från slutet av 1800-talet. Vid denna tidpunkt diskuterades familj i förhållande till *ätt*, inte till *individ*.[57] Ätten ansågs av *Winroth* innefatta alla som kunde leda

49 K.Br. 17 oktober 1778.

50 K.Br. 17 oktober 1778 p. 2. I andra sammanhang framhölls dock att »oäkta» barn i allmänt medborgerligt hänseende var jämställda med andra medborgare. Se t.ex. K.Br. 22 juni 1752 angående vitesförbud mot mäster mot att göra åtskillnad mellan lärlingar pga. äkta eller oäkta börd. Se Hafström s. 86.

51 Undén s. 1.

52 ÄB 16 § Magnus Erikssons allmänna landslag; ÄB 18 § Kristoffers allmänna landskapslag.

53 Hafström 86.

54 NJA II 1917 s. 382. Se Förordningen d. 18 Nov 1881 ang. minderåriges användande i arbete vid fabrik, handtverk eller annan handtering som bl.a. stadgade en undre åldersgräns på 12 år för barnarbetare. Genom 1912 års lag om minderårigas arbete höjdes åldersgränsen för industriarbete till 13 år för pojkar och 14 år för flickor.

55 Utomäktenskapliga barn fick full arvsrätt efter fader år 1969. NJA II 1969 s. 365.

56 Familjebegreppet behandlas av bl.a. Agell 1993 s. 57.

57 Winroth s. 1. Det har ifrågasatts om det svenska samhället verkligen var ett ättesamhälle, istället föredras ibland beteckningen släktsamhälle pga. att ättesamhället räknar släkt-

sitt ursprung till samma stam, men även ingifta och personer i svågerlag. Familjen kännetecknades av att dess medlemmar levde tillsammans i en social gemenskap. Det innebar att familjen kunde omfatta även personer som inte var befryndade med de egentliga familjemedlemmarna, såsom tjänstefolk.[58] Å andra sidan ingick även nära släktingar som bildat egna hushåll i familjen. Den regelrätta definitionen av familj var, enligt *Winroth*, besläktade personer som levde tillsammans. En familj i trängre mening uppfattades normalt bestå av fader, moder och deras *äkta* barn. Kravet på att barnen skulle vara födda inom äktenskap innebar att föräldrarna måste vara gifta för att en familj skulle uppstå.[59]

Hundra år efter *Winroth* diskuteras familjen främst i relation till individerna som ingår i den. Ätten, numera uppfattad som en del av ett socialt *nätverk*, berörs endast i mindre omfattning.[60] Familjeförhållanden räknas som statusrelationer. Statusrelationer uppfattas som rättsförhållanden som inte enbart kännetecknas av rättigheter och skyldigheter för parterna, utan har en mer omfattande innebörd.[61] Trots det kan familjerelationen analyseras utifrån de rättigheter och skyldigheter som föreligger mellan individer. En utgångspunkt utgör de rättigheter och skyldigheter som stipuleras mellan barn och föräldrar, t.ex. arvsrätt, rätt till vårdnad och umgänge, underhållsskyldighet, namngemenskap, rätt till viss ersättning enligt AFL, m.m. *(Se vidare 1.4.)*

Angående etablerandet av en familj fokuseras numera på den *biologiska* relationen mellan barn och föräldrar. Därmed står gällande rätt i viss kontrast till äldre rätts syn på den legitima familjen som en enhet avhängig av att vigsel förekommit mellan föräldrarna. Det leder till att familj i trängre mening numera uppfattas som mamma, pappa och barn, födda inom eller utom äktenskap. Däremot har det varit något oklart om enföräldershushåll omfattats av familjebegreppet. I enlighet med bl.a. Europadomstolens avgöranden anses numera så vara fallet.[62]

skap endast patrilinjärt. I det äldre svenska samhället tillämpades ett dubbelt släktsystem där släktskap räknades både på fädernet och mödernet. Se Ohlander m.fl. s. 65.

58 Schmidt 1968 s. 13.

59 Winroth s. 1.

60 Uppmärksammandet av »närstående» har dock ökat. Se t.ex. hänvisningar till »annan som står barnet särskilt nära» (6:15 FB). Prop. 1981/82:168 s. 1. Se även om möjlighet att överlåta rätt till tillfällig föräldrapenning för vård av barn, 4:11a AFL (SFS 1994:605).

61 Agell 1993 s. 17.

62 Se t.ex. ERD 31 (1979, Marckx), ERD 112 (1986, Johnston m.fl.), ERD 138 (1988, Berrehab).

I dagligt tal förekommer begreppen kärnfamilj, styvfamilj och enförälderfamilj. Enligt vanligt språkbruk kan det vara oklart om två makar bör betecknas som en familj. Av 6:2 ÄktB framgår dock att så är fallet.[63] Det kan noteras att termen »familjeliv» vid tillämpningen av Europakonventionen implicerar *de facto*, och inte *de jure* familjeliv.[64]

Enbart sociala band mellan barn och vuxen är inte tillräckligt för att etablera en relation där de legala banden kan jämställas med en familj. Det kan utläsas ur förhållandena runt *styvföräldraskap* med vilket traditionellt förstås makes barn från tidigare förhållande.[65] Det är tveksamt om sambos barn omfattas av det legala styvbarnsbegreppet, trots att svensk rätt strävar efter att jämställa barn födda inom och utom äktenskap. Civilrättsligt kan en person som sammanbor med annans barn, och med föräldern som har vårdnaden om det, bli underhållsskyldig gentemot barnet. Det förutsätter dock att han eller hon också är gift med eller har barn gemensamt med föräldern (7:5 1 st. FB).[66]

Det civilrättsliga styvbarnsbegreppet är således legalt baserat i de fall äktenskap föreligger och biologiskt i de fall styvföräldern har barn tillsammans med den biologiska föräldern. I bägge fallen är det relationen mellan den biologiska föräldern och styvföräldern som är avgörande, inte relationen mellan barn och styvförälder.

Enligt skatterättslig praxis omfattas inte sambos barn av styvbarnsbegreppet. Frågan har varit föremål för HDs bedömning i NJA 1995 s. 388.

> En kvinna hade förordnat sönerna till sin tidigare sambo till universiella testamentstagare. Sambon hade avlidit 14 år före testatrix. Fråga var om de bägge bröderna var att betrakta som styvbarn trots att testatrix inte hade varit gift med deras far. Bröderna hade varit över 16 år när deras far sammanlevde med testatrix och omfattades därmed inte av definitionen av fosterbarn i 28 § 3 st. AGL. Med hänvisning till att lagstiftaren vid förändringen av sambos ställning i arvsskattesammanhang inte diskuterat en vidgning av styvbarnsbegreppet, fann HD att sambos barn vid tillämpningen av AGL inte var att räkna som styvbarn.

En andra form av socialt föräldraskap är barn som vårdas i familjehem med stöd av SoL eller LVU. Äldre rätts begrepp *fosterhem* har inom socialrätten

63 Agell 1993 s. 38.

64 van Dijk & van Hoof s. 378 f. (*Se vidare 4.2, 4.3.*)

65 Agell TJFF 1991 s. 95 ff.

66 Se 7:3 3 st. FB om förbehåll för underhåll till make eller annan som den bidragsskydige varaktigt bor tillsammans under förutsättning av gemensamma barn.

numera ersatts med begreppet *familjehem* (25 § SoL).[67] Termen *fosterbarn* kvarstår däremot i skattelagstiftningen (och i vanligt språkbruk). I skatterätten definieras fosterbarn som »barn, som före fyllda 16 år stadigvarande vistats i den avlidnes hem och därvid erhållit vård och fostran som eget barn» (28 § 3 st. AGL). I likhet med styvbarnsbegreppet har fosterbarnsbegreppet varit föremål för HDs bedöming i samband med beskattning av arv.[68]

> En man hade testamenterat sin kvarlåtenskap till en finsk kvinna som under två år under andra världskriget vistats som krigsbarn i testators hem. Därefter tillbringade hon vissa sommarlov hos testator och höll kontakt som vuxen. I testamentet betecknas hon som fosterdotter. HD fann att hon var att anse som fosterbarn och räknas till arvsklass ett.

Vid beskattning av arv och gåva jämställs således *fosterbarn* och *styvbarn* med biologiska barn. Med styvbarn förstås då barn till make, men inte barn till samboende. Fosterbarnskategorin förefaller, av HDs rättstillämpning att döma, kunna göras relativt utsträckt och baseras på hushållsgemenskap, förutsatt att barnet vistats i fosterhemmet när det var yngre än 16 år.[69] Barn till samboende torde ofta komma att ingå i den skatterättsliga kategorin fosterbarn.[70]

Nämnas kan även att vid tillämpning av AFL jämställs två kategorier »sociala föräldrar» med biologiska föräldrar. I den första kategorin, som ges mer omfattande förmåner, ingår rättslig vårdnadshavare och den som med socialnämnds medgivande tagit emot ett barn för stadigvarande vård i syfte att adoptera det. Här ingår även den som en förälder är eller har varit gift med, har ett barn med, eller har haft barn med, om de varaktigt bor tillsammans. I den andra kategorin, som tillerkänns rättigheter i samband med tillfällig föräldrapenning, ingår den som förälder bor tillsammans med under äktenskapsliknande förhållanden och den som tagit emot ett

67 Prop. 1979/80:1 del A s. 304 f. Barn som vårdas i familjehem betecknas som *familjehemsplacerade barn*.

68 HDs beslut Ö 1217/95, den 11 september 1996.

69 Se NJA 1983 s. 515. Barn som tillsammans med sin mor levt hos sin morbror, arvsbeskattades som morbroderns fosterbarn.

70 Silfverberg SvSkT 1/96 s. 12 f. Det skulle, med den rådande skatterättsliga definitionen av stvybarn, vara ett argument mot en samordning med den socialrättsliga terminologin. Socialrättens begrepp *familjehemsbarn* torde svårligen kunna utvidgas till att omfatta sambos barn eftersom de vistas i det egna hemmet.

barn för stadigvarande vård och fostran i sitt hem (dvs. familjehemsföräldrar till barn som vårdas enligt SoL eller LVU), (4:2 AFL).[71]

Det kan vara svårt att inom ett rättsområde rangordna de viktigaste förändringarna som skett under en lång period. Men förändringarna i synen på barnets börd, om det fötts inom eller utom äktenskap, är utan tvivel en mycket viktig förändring inom barnrätten. De legala skillnaderna mellan barn födda inom och utom äktenskap har genom lagstiftning kraftigt minskats i svensk rätt, t.ex. är barnets börd inte längre prejudicerande i arvsfrågor.

1.4 Status och avtal idag

Mycket länge har det således för barnets rättsställning, varit av helt avgörande betydelse om det fötts inom eller utom äktenskap. Trots att lagstiftarens ambition sedan 1970-talets början varit att ingen åtskillnad skall göras mellan barn födda inom eller utom äktenskap, har det fortfarande viss betydelse för ett barn om dess föräldrar är gifta med varandra eller inte. Så är den rättsliga prövningen av vårdnadsfrågor något mer omfattande när föräldrarna tidigare har varit gifta med varandra än när de endast haft ett fritt förhållande. *(Se vidare 5.4.1.)*

En intressant fråga är också om vårdnadsinstitutet idag utgör ett status- eller ett avtalsförhållande och vilka konsekvenser för konfliktlösning en sådan indelning får. Annorlunda uttryckt; är det myndighets beslut eller föräldrars överenskommelser som är avgörande för vårdnaden om ett barn?

Det traditionella svaret på denna fråga är att vårdnad är ett statusförhållande. Statusförhållanden kännetecknas av att rättsregler, inte kontrahenternas önskningar, bestämmer såväl förutsättningarna för rättsförhållandet som dess innehåll.[72] Statusförhållanden kännetecknas vidare av att de är statiska och av att dom är en förutsättning för förändring. Förändringen av status är i sin tur prejudiciell för andra rättsföljder.[73] Statusförhållandet låter sig inte heller beskrivas enbart i termer av rättigheter och skyldigheter utan omfattar även sociala förhållanden såsom omsorg och ansvarstagande. Statusförhållandet kan sägas ge en legal ram för avgörande

71 Se även 1 § FLL.
72 Agell 1993 s. 17. (1987 s. 74).
73 Christensen 1988 s. 65.

av eventuella tvister. Ett statusförhållande kan ingås genom ett avtal, t.ex. en vigsel.[74]

Som exempel på ett statusförhållande kan alltså nämnas äktenskapet. Kontrahenternas möjligheter att påverka äktenskapets legala utformning är begränsad och enbart deras önskan att ingå äktenskap är inte tillräckligt för att ett sådant skall uppstå.[75] En annan sak är att de legala ramarna för äktenskapet är relativt vida och att lagstiftningen ger makar möjlighet att avtala om vissa effekter genom äktenskapsförord.[76]

Utanför familjerätten kan äldre tiders formbundna tjänsteavtal, såsom legoavtalet, nämnas som exempel på statusliknande förhållanden. Legoavtalet kännetecknades av att arbetstagare och arbetsgivare hade föga möjlighet att påverka arbetsvillkoren, som fastställdes genom offentlig reglering. Till det kom att legoavtalet byggde på helhetsåtaganden. Arbetstagaren ställde hela sin arbetskraft till arbetsgivarens förfogande och arbetsgivaren hade ett vidsträckt socialt ansvar för »tjänstehjonet».[77]

Enligt *Christensen* präglas statusförhållanden av att de inte ingås mellan jämbördiga parter. Parterna i ett statusförhållande skulle därmed befinna sig i ett vertikalt styrkeförhållande till varandra där den ene är underordnad den andre. De förutsätts vidare vara sammanlänkade i en långvarig intressegemenskap.[78] Den svagare parten i ett statusförhållande skyddas av att den starkare parten tar ansvar för denne. Som exempel på typiska statusförhållanden nämns åter äktenskaps- och föräldrarätten.[79] *Christensen* framhåller emellertid att statusmomentet har luckrats upp och avtalsmomentet ökat inom äktenskapsrätten genom möjligheten till, och förekomsten av, skilsmässa.[80]

Till skillnad från statusförhållanden är avtalsförhållanden *horisontella*. Enligt juridisk teori ingås avtal mellan två *självständiga* och *jämspelta* parter som frivilligt väljer att ingå ett avtal. Avtalet präglas av att parterna representerar *olika intressen* som de själva tillvaratar. Inom vissa områden, såsom konsumenträtten, har emellertid svagare part genom lagstiftning

74 Se Aarnio 1993 s. 9 ff. Nordborg 1993 s. 19 ff. Kronborg 1996 s. 15.
75 Agell 1993 s. 19 f. (1987 s. 76 f.). Dübeck s. 300.
76 Agell aa.
77 Schmidt 1968 s. 10. Henning 1984 s. 38. SOU 1993:32 s. 111.
78 Christensen 1988 s. 41.
79 Christensen 1988 s. 65.
80 Christensen 1994 s. 28 f., 34 f.

tillerkänts en särställning och skyddas av tvingande lagstiftning.[81] Avtalsmodellen har generellt ökat i betydelse på bekostnad av statusförhållanden. Det är en utveckling som tillskrivits den individualism som anses prägla det moderna samhället.[82] Som exempel på ett familjerättsligt avtalsförhållande kan nämnas samboförhållandet.

Trots barn- och föräldrarättens statuskaraktär har således betydelsen av föräldrarnas överenskommelser ökat. Det har t.ex. medfört att föräldrarnas viljeinriktning, så länge de är överens, är bestämmande för frågan om vårdnadens reglering och myndighetsregistreringen i det närmaste är *pro forma*.[83] Det kan därför finnas anledning att diskutera vårdnad ur ett avtalsperspektiv. Diskuteras vårdnaden ur ett sådant perspektiv bör uppmärksammas att skilda legala relationer kan urskiljas inom vårdnadsinstitutet. *(Se vidare 4.1.)*

Här skall relationen föräldrarna emellan och relationen mellan föräldrar och barn diskuteras i förhållande till status och avtal. Bland argument för uppfattningen att de legala banden mellan föräldrarna i samband med vårdnad numera skulle vara av avtalskaraktär märks faktiska förhållanden, dvs. det ökande antalet ogifta föräldrar och det ökande antalet skilsmässor. Relationen mellan föräldrarna har i många fall upphört att vara en livslång förbindelse. Det vertikala styrkeförhållande som präglar ett statusförhållande har ersatts av jämlikhetstanken som norm. En sådan tanke gör sig gällande även inom äktenskapet (1:2–4 ÄktB). Dessa sociologiskt präglade argument underbyggs av det förhållandet att lagstiftningen har medverkat till utvecklingen.[84]

Så länge föräldrarna är överens har de som sagt långtgående möjligheter att disponera över vårdnadsfrågan. Ett av de argument som ofta åberopas mot avtal i vårdnadsfrågor är att barnets bästa kräver att en oberoende bedömning görs. Trots det kan överföring av vårdnad ske genom enbart registrering av föräldrars avtal hos skattemyndigheten.[85] I sådana fall görs ingen materiell kontroll av barnets bästa. För de fall att föräldrarna inte är överens utan anhängiggör en vårdnadstvist medför det en viss officialkontroll av barnets bästa. *(Se vidare 5.2.2, 5.4.1.)*

81 Ramberg 1994 s. 503. Se även om semidispositiv rätt Henning 1984 s. 12. *(Se vidare 5.4.1.)*

82 Christensen 1988 s. 64.

83 Agell 1987 s. 76 f.

84 Se prop. 1973:32 s. 64, 84. Schmidt 1980 s. 22 f.

85 I den svenska lagtexten talas, till skillnad från t.ex. dansk och finsk rätt, inte uttryckligen om avtal utan om överenskommelser. Se även Agell 1987 s. 75. *(Se vidare 5.2.1.)*

Relationen mellan barn och förälder tycks däremot ha bibehållit sin statuskaraktär. Barn- och föräldrarelationen är långvarig och är under relativt långa perioder vertikal. Har legala familjeband väl etablerats, kan de brytas endast genom negativ faderskapstalan (1:2 FB) eller adoption (4 kap. FB). I bägge dessa fall krävs aktiv myndighetsmedverkan. Framförallt i samband med en faderskapstalan är kontrahenternas viljeförklaringar av försumbar betydelse för utgången.

Indelningen i status- respektive avtalsförhållanden får betydelse vid val av legala konfliktlösningsmetoder. Enligt *Christensen* har betoning av avtalsmodellen lett till att förhållanden som egentligen är av statuskaraktär har »skrivits om» i avtalsform. Hon hävdar att det får negativa konsekvenser, eftersom förhållandena blivit oklara och parterna inte är jämstarka. Därmed skulle de inte själva kunna tillvarata sina intressen på det sätt som avtalsmodellen förutsätter.[86]

Så vitt jag kan förstå får den motsatta situationen, om förhållanden som egentligen är av avtalskaraktär förklaras i statustermer, likaledes negativa konsekvenser. Det finns anledning att tro att vissa moment i samband med rättsprövningen vid vårdnadstvister kan få sådana följder.

1.5 Något om vårdnad och kostnader

Ekonomiska aspekter påverkar samhällslivet och därmed även rättsordningen. Här diskuteras översiktligt ekonomiska faktorer som ett styrmedel i samband med lagstiftning om vårdnad samt föräldrars underhållsskyldighet gentemot barn.

Barn är långsiktigt en investering och en tillgång för såväl föräldrar som samhälle. Kortsiktigt innebär emellertid ett barn ökade utgifter och begränsad förvärvsförmåga, för åtminstone en av föräldrarna. Lever föräldrar och barn inte tillsammans i en kärnfamilj får det ekonomiska konsekvenser. Splittrade familjer har generellt sämre ekonomi än andra.[87] Det kan bl.a. förklaras av att det är dyrare med två hushåll än ett. Den föräldern som har den faktiska vårdnaden om barnet, normalt modern, har ofta en begränsad förvärvsförmåga.[88] Också barnets kontakt med den föräldern som det inte bor permanent med, eller om barnet bor växelvis med sina föräld-

86 Christensen 1988 s. 64.
87 SOU 1995:26 s. 25, 71 f.
88 Hobson & Takahashi 1997.

rar, medför extra kostnader för t.ex. resor och en delvis dubbel uppsättning av möbler och leksaker m.m.

Också i samband med skilsmässa och separation uppstår kostnader. Dels kostnader som kan förknippas med den fysiska flytten, dels kostnader i samband med en eventuell vårdnadstvist. Kostnader i samband med separationen bärs av de enskilda, medan kostnader förknippade med en vårdnadstvist, bl.a. genom den allmänna rättshjälpen, till viss del bärs av det offentliga. Enligt uppgift från socialstyrelsen innebär en utomrättslig »förlikning» mellan föräldrarna angående vårdnad en samhällsvinst på cirka 20 000 kr per tvist.[89] Den nya rättshjälpslagen, som träder i kraft den 1 december 1997, utgör ett led i strävan att minska statens kostnader för rättshjälp. *(Se vidare 5.4.6.)*

Att en kärnfamilj splittras medför som sagt att kostnaderna för familjen ökar: det blir två hyror, två telefonabonnemang, etc. Sådana kostnader bärs i princip av de enskilda. Indirekt kan de dock komma att belasta det offentliga. Det sker dels om den förälder som är underhållsskyldig för barnet inte kan betala upp till underhållsstödsnivån, dels genom statligt bostadsbidrag och subventioner av barnomsorg. Även ekonomiskt bistånd enligt SoL kan eventuellt ses som en konsekvens av de enskildes ökade kostnader. Det offentligas utgifter är emellertid huvudsakligen att hänföra till kostnader via rättshjälpssystemet och underhållsstöd. Sådana kostnader begränsas om utomprocessuella förlikningar uppmuntras och föräldrarna i större utsträckning bär det ekonomiska ansvaret för sina barn efter en familjesplittring.

Merkostnader som en följd av familjesplittring och enföräldershushåll bärs således huvudsakligen av enskilda. De förefaller därmed anse det vara ett pris värt att betala för att undvika vad som säkerligen uppfattas som ett destruktivt förhållande. Mot bakgrund av norsk forskning finns det anledning att tro att en förälders, normalt en mors, förmåga att kunna försörja och på andra sätt ta hand om sig själv och sina barn är av stor betydelse vid valet mellan att leva ensam, avvakta med en separation eller flytta ihop med en man.[90]

Ur ett annat perspektiv kan det inte uteslutas att familjesplittring skulle kunna betraktas som »lönsam», eftersom en av föräldrarnas förvärvskapacitet »frigörs» från den faktiska vården av barn. Hans insatser som faktisk vårdnadshavare kan koncentreras till t.ex. vartannat veckoslut.

89 SOU 1995:79 s. 260.
90 Moxnes 1992 s. 69 f.

Oavsett om familjen lever tillsammans eller ej, har föräldrar ett gemensamt ansvar för att ekonomiskt *underhålla* sina barn efter vad som är skäligt med hänsyn till barnets behov och föräldrarnas samlade ekonomiska förmåga (7:1 FB). Underhållsskyldigheten består tilldess barnet fyllt 18 år eller om barnet går i skolan, eller återupptar skolgången före 19 år, till barnet fyller 21 år om det då fortfarande går i skolan.[91]

Underhållsskyldighet kan uppfyllas antingen genom att en förälder eller båda faktiskt bor med barnet och försörjer det eller genom att en förälder som inte bor med barnet betalar underhåll. Lever en förälder inte varaktigt tillsammans med barnet skall, oberoende av om föräldern har del i den legala vårdnad eller inte, dennes underhållsskyldighet gentemot barnet fastställas genom avtal eller dom (7:2 FB).[92] Föräldrarna är också underhållsskyldiga om barnet vårdas enligt SoL eller LVU. Om den underhållsskyldiges ekonomiska förmåga inte är tillräcklig för att garantera barnet en skäligt levnadsnivå, utgår statligt *underhållstöd* enligt UsL.[93]

Det finns flera samband mellan underhåll och *umgänge*. Ett är att en förälder delvis kan uppfylla sin underhållsskyldighet genom att ha sitt barn hos sig. Ett annat är att umgänge kostar pengar och att en förälders underhållsskyldighet därför ansetts stå i ett visst motsatsförhållande till umgänge.[94] *(Se vidare 4.5.)*

Underhåll kan mot bakgrund av barnets vistelse hos den underhållsskyldige fastställas på två sätt. Den ena metoden är den s.k. *bruttometoden*. Fastställs underhåll enligt bruttometoden, kan den underhållsskyldige i efterhand få avdrag på sin underhållsskyldighet om barnet vistas hos honom fem hela dygn i rad (7:4 FB).[95] Den andra, mindre vanliga, metoden är den s.k. *nettometoden* då underhållsskyldigheten från början bestäms med hänsyn till det förväntade umgänget. Nettometod förutsätter att den under-

91 Tendenser finns till att låta föräldrars underhållsskyldighet bestå efter det att barnet fyllt 18 år. Ekonomiskt bistånd enligt 6 § SoL har inte beviljats hemmaboende icke-studerande 18-åring. RÅ 1994 ref. 61.

92 Agell 1988 s. 14 f. Saldeen 1995 s. 104 f. Walin 1996 s. 236 f.

93 Prop. 1995/96:208. Bejstam & Wickström. Angående den äldre förmånsformen bidragsförskott se Bejstam 1994.

94 Prop. 1979/79:12 s. 80 f.

95 Umgängesavdrag förutsätter att den underhållsskyldige föräldern vistats med barnet. FÖD 1984:25. Umgängesavdrag får endast göras för överenskommen umgängesperiod. FÖD 1986:16.

hållsskyldiges umgänge är bestämt i förväg och ersätter möjligheten till avdrag enligt bruttometoden.[96]

Nuvarande förhållanden har ansetts vara otillfredsställande i de fall underhåll fastställts enligt bruttometoden och barnet vistas hos den underhållsskyldige i större omfattning än sedvanligt umgänge, men utan att vistelserna uppgår till fem sammanhängande dygn. Underhållsskyldighet i en sådan situation har prövats i NJA 1993 s. 401.

> Den underhållsskyldige hävdade här att han delvis fullgjorde sin underhållsskyldighet genom att hans två söner vistades hos honom ofta men i korta perioder. Den ene sonen var hos honom någon timme så gott som dagligen. Enligt HD kunde den exakta omfattning av barnens vistelse hos den underhållsskyldige inte fastställas och nettometoden därför inte användas vid fastställande av underhållsskyldigheten.

HDs ställningstagande i NJA 1993 s. 401 har uppfattats som svårförenligt med ambitionen att främja barnets umgänge och vardagliga kontakt med den av föräldrarna som barnet inte bor med.[97]

Även *resekostnader* i samband med umgänge har varit föremål för HDs prövning. I NJA 1990 s. 219 fann HD att föreskrifter som domstol meddelat rörande umgänge i undantagsfall kan avse hur resekostnader och andra kostnader skall fördelas mellan föräldrarna. Särskilda kostnader för resor har även beaktats i praxis vid fastställande av underhåll, så har t.ex. skett i NJA 1992 s. 93. RegR har även beviljat bistånd enligt 6 § SoL för resekostnader till föräldrar, respektive barn i samband med umgänge.[98]

Frågor om umgängesavdrag och resekostnader är föremål för ett pågående reformarbete. Det förslag som för närvarande bereds i Justitiedepartementet innebär att reglerna om umgängesavdrag ändras så att en bidragsskyldig förälder som har haft barnet hos sig minst sex hela dygn under en kalendermånad får göra avdrag på underhållsbidrag. Kravet på att vistelsen skall ha varat under minst fem sammanhängande dygn föreslås utgå. Vidare föreslås att resekostnader i samband med att barnet träffar en förälder som bor på annan ort skall fördelas mellan föräldrarna efter ekonomisk förmåga.[99]

96 Allmänna råd 1989:6 s. 97 f. Bejstam & Wickström s. 202 f.

97 Westman JT 1993–94 s. 346 f.

98 Bejstam & Wickström s. 206 f. Se även RÅ 1987 ref. 109, RÅ 1994 ref. 81.

99 En proposition förväntas till hösten 1997. Se SOU 1995:26, SOU 1995:79 samt Bejstam & Wickström s. 208.

Bland kostnader som är relaterade till *samhällsvård av barn* märks det allmännas kostnader för ersättning till familjehemsföräldrar. Enligt Svenska kommunförbundets rekommendationer skall familjehemsföräldrarna få 7 025 kr/månad för ett »normal barn» i åldern 13–17 år. Ungefär hälften utgör ersättning för omkostnader och resterande belopp är grundarvode. Arvodet kan höjas med upp till 190 procent av basbeloppet om den unge är särskilt vårdkrävande. Övergår vårdnaden om barnet till familjehemsföräldrarna kan dessa enligt gällande rätt erhålla barnbidrag och underhållsstöd samt förmynderskapsersättning. Sammantaget kan sådana stöd och bidrag uppgå till cirka 4 709 kr.[100] Det finns således ett ekonomiskt incitament för att vara familjehemsförälder och inte särskilt förordnad vårdnadshavare.[101]

I anslutning till de ekonomiska frågorna kan även behovet av ett socialt nätverk uppmärksammas. Ett socialt nätverk kan ge såväl barn som vuxen trygghet, samhörighet, kärlek och värme.[102] Det kan också vara en bas för utbyte av tjänster och gentjänster. En ensamstående förälders möjlighet att få hjälp med t.ex. barnpassning kan vara av avgörande betydelse för hennes faktiska möjlighet att förvärsarbeta. Till det kommer givetvis frågor om livskvalité för såväl mor som barn. Det hävdas ofta att barn till ensamstående föräldrar, mödrar, skulle löpa större risk än barn i kärnfamiljer för bristfällig social anpassning.[103] Det framhålls också att relationerna i en enförälders familj är olika de i en kärnfamilj. Som positivt kan uppfattas att det ofta innebär en ökad närhet och ett delat ansvar mellan barn och förälder. Som negativt uppfattas risken för att barnet tvingas in i en vuxenroll alltför tidigt. Ett negativt ömsesidigt beroende motverkas av en välfungerande kontakt mellan barnet och den andre föräldern. De negativa konsekvenserna begränsas också om enförälderfamiljen är etablerad i

100 SOU 1994:139 s. 447 f. Bejstam & Wickström s. 27 f.

101 Förslag har emellertid lagts enligt vilket den kommun som har tagit initiativ till en överflyttning av vårdnaden om ett barn till familjehemsföräldrarna skall kunna fortsätta att utge skälig ersättning för vården av barnet. Prop. 1996/97:124 s. 118. Förväntas träda i kraft 1998–01–01. Som kuriosum kan noteras att familjehemsplacerade barn vad gäller arvs- och gåvoskatt jämställs med biologiska barn 28 § 3 st. AGL. Detta aktualiseras naturligtvis endast om familjehemsföräldrarna väljer att göra ett testamentsförordnande till förmån för »fosterbarnet». *(Se ovan 1.3.4.)* Det kan även noteras att om ett barn placeras med stöd av LVU hos bidragsskyldig förälder har denne rätt till umgängesavdrag enligt 7:4 FB. Se FÖD 1993:10.

102 Lassbo s. 61.

103 T.ex. prop. 1990/91:8 s. 25.

ett nätverk, där föräldern kan få praktiskt och emotionellt stöd i föräldrarollen och barnet ytterligare vuxna att identifiera sig med.[104]

1.6 Plan för den fortsatta framställningen

Angående avhandlingens disposition, metod och material i de enskilda kapitlen kan följande noteras.

I nästa kapitel, *kapitel 2*, behandlas barnets bästa i syfte att diskutera begreppets karaktär som rättsprincip och rättsregel. Det görs med utgångspunkt i rättsdogmatiskt material.

Kapitel 3 avser att klargöra vilka faktorer som varit vägledande för rättsutvecklingen om vårdnad. I första hand behandlas motiv till lagstiftning (3.2). Översiktligt presenteras även rättsutvecklingen genom HDs rättspraxis (3.3). Därefter diskuteras lagstiftningens effekt som den kan utläsas ur statistiska sammanställningar (3.3.2).

Metoden i kapitel 3 kan beskrivas som rättssociologisk i den bemärkelsen att dess syfte, att beskriva faktorer som påverkat rättsutvecklingen, är en frågeställning som är hemmahörande i rättssociologin.[105] Den teknik som använts är emellertid nära kopplad till ett rättsdogmatiskt arbetssätt. Istället för att använda mig av någon av de etablerade rättssociologiska teknikerna, såsom intervjuer, enkätundersökningar eller deltagande observationer,[106] redogör jag för i lagförarbetena redovisade faktorer som lett till lagstiftning. Tyngdpunkten har härvid lagts på argumentering för lagstiftning såsom den kommit till uttryck i regeringens propositioner. Andra förarbeten beaktas endast marginellt.

Genomgången i kapitel 3 begränsas av att det i princip endast är 6 kap. FB om vårdnad som behandlas. Helt konsekvent har denna avgränsning inte kunnat upprätthållas. Det beror dels på att lagstiftning skett i nära samband med andra rättsområden, dels på att utvecklingen inom områden som tangerar 6 kap. FB har betydelse för analysen av rättsutvecklingen rörande vårdnad. Det gäller t.ex. utvecklingen av 7 kap. FB om underhållsskyldighet liksom 21 kap. FB om verkställighet. Däremot begränsas framställningen i avhandlingens kapitel 3 i förhållande till rättsutvecklingen

104 Lassbo s. 84 f.
105 Mathiesen 1992 s. 31, 88. Peczenik 1974 s. 19 f.
106 Mathiesen 1992 s. 261 not 5.

rörande socialrättens bestämmelser om tvångsingripanden mot barn och unga.[107] *(Se dock nedan 3.2.)*

Vårdnadens omfattning behandlas i *kapitel 4*. Där diskuteras inledningsvis vårdnadens innehåll i relation till vissa internationella konventioner till skydd för vårdnad. De konventioner som behandlas är Europakonventionen, Barnkonventionen samt Europaråds- och Haagkonventionerna (4.2). Därefter behandlas vårdnadens omfattning i förhållande till svensk offentlig rätt (4.3). I det följande avsnittet diskuteras den civilrättsliga vårdnaden i förhållande till förmynderskap, barn och föräldrar (4.4). Slutligen behandlas vårdnad, umgänge och kontakt (4.5).

Källmaterialet i kapitel 4 är av något olikartad karaktär i de olika avsnitten. I avsnitten om vårdnadens omfattning och Europakonventionen används konventionstexten, avgöranden från Europadomstolen och dess organ samt doktrin och svenska lagförarbeten. I avsnitten om Barnkonventionen behandlas främst konventionstext, doktrin och svenska förarbeten. I avsnitten om vårdnadens omfattning och Europaråds- och Haagkonventionerna använder jag mig, förutom av konventionstext, lagförarbeten och doktrin, också av nationella rättsavgöranden, huvudsakligen svenska.

Angående materialet i avsnitten om vårdnadens omfattning i förhållande till offentlig rätt och om civilrättslig vårdnad kan följande påpekas. Vårdnaden utövas normalt i en privatsfär inom familjen över vilken rättssystemet endast har begränsat inflytande. Frågor om vårdnadens utövande kan emellertid komma att föras över från den privata sfären till den offentliga vid konflikt inom familjen. Bland sådana konflikter märks civilrättsliga tvister mellan föräldrarna, men också de fall då barnets behov allvarligt negligeras samt när barn och förälder är i konflikt. I de senare fallen kan vårdnadshavarens rättigheter i förhållande till barnet komma att behandlas av allmän förvaltningsdomstol eller förvaltningsmyndighet. Det medför att den offentliga rätten, och i synnerhet socialrätten, påverkar den civila vårdnadens omfattning. Det förklarar att det offentligrättsliga materialet är omfattande, inte endast i 4.3 om vårdnadens omfattning i förhållande till offentlig rätt, utan även i 4.4 om civilrättslig vårdnad.

I *kapitel 5* behandlas överföring av vårdnad. Ett omhändertagande enligt 2 § LVU begränsar de civilrättsliga vårdnadshavarnas befogenheter i sådan omfattning att det är motiverat att jämställa det med en överföring av vårdnaden. Därför behandlas såväl överföring av vårdnad enligt FB som omhändertaganden enligt 2 § LVU i kapitel 5. Vidare presenteras vissa pro-

107 Se Bramstång 1964, 1985, Hollander 1985, Åström 1988, Lundström 1993.

cessuella förhållanden. De materiella förutsättningarna för överföring av vårdnad är nära sammanlänkade med de processuella förhållandena genom den indispositiva processformen och integreringen av konfliktlösning, avtalskontroll och medling. Metod och material i kapitel 5 är rättsdogmatisk.

I *kapitel 6* sammanfattas undersökningen. Här utvecklas även avhandlingens rättspolitiska linjer.

2 Barnets bästa

2.1 Inledning

Barnets bästa är som bekant ett begrepp som tillmäts stor betydelse i samband med frågor om vårdnad. Begreppet har förekommit i svensk lagstiftning sedan 1910-talet och i HDs praxis från 1920-talet.[1] På 1970-talet lyftes begreppen »barnets bästa» och »barnets rätt» fram i doktrin och debatt.[2] Numera är barnets bästa det grundläggande kriteriet för bl.a. överföring av vårdnad. Begreppet har emellertid en vidare tillämpning än så. Enligt Barnkonventionen skall alla åtgärder som vidtas av domstol, myndighet, offentligt eller privat organ som rör barn ske i överensstämmelse med barnets bästa. Trots den stora betydelsen som barnets bästa tillmäts är den närmare innebörden av begreppet något oklar.

Inte heller »barn» är ett entydigt begrepp, vare sig i vanligt språkbruk eller i lagarna.[3] Innan barnets bästa behandlas närmare kan det därför vara befogat att diskutera vad som förstås med »barn». Romantikens introducerande av »barndom» som en särskild period i en människas liv kan ses som ett avstamp för den förskjutning som skett i rättssystemets syn på barn. Förskjutningen innebär att barnbegreppet inte längre i första hand är statusrelaterat, t.ex. barn födda inom eller utom äktenskap, utan ofta åldersrelaterat.[4] Det har medfört en betoning av aspekter som är direkt knutna till barns behov i egenskap av ännu inte fullvuxna.[5] Dessa behov utgörs

1 Se t.ex. NJA 1927 s. 230.

2 T.ex. utkom *Goldstein, Freud* och *Solnits* »Beyond the Best Interests of the Child», år 1973. År 1977 tillsattes en statlig utredningen om barnets rätt. SOU 1979:63, SOU 1986:20, SOU 1987:7. Året efter publicerades *Jacobssons* »Ett barns rättigheter». Begreppet *barnets rätt* kan sägas ha introducerats i Sverige år 1900 genom *Ellen Keys* »Barnets århundrade».

3 Ewerlöf & Sverne s. 22. Se angående historisk utveckling, Ariès 18 ff. Angående emotionella band barn-föräldrar under historisk tid, se Le Roy Ladurie s. 255 f.

4 Graversen s. 3. Det har också anförts att »barndom» i första hand skulle vara en legal konstruktion. Med hänsyn till rättssystemets ambivalenta hållning till barn och barns behov ställer jag mig frågande till denna tanke. Se Bainhamn 1988 s. 272.

5 Smith 1980 s. 35, Graversen s. 3 not 5.

främst av »det värnlösa barnets» förstärkta skyddsbehov och behov av företrädare för att tillvarata sina intressen. Det finns även en motgående, yngre tendens att tala om det »kapabla barnets» rättigheter.[6]

Olika åldrar kan diskuteras som gräns mellan barndom och vuxenliv.[7]

I Barnkonventionen artikel 1 definieras barn som den som är under 18 år, om barnet inte blir myndigt tidigare enligt det lands lag som gäller för barnet. Till stor del tycks Barnkonventionen bygga på uppfattningen att barns skyddsbehov varierar med hänsyn till ändamålet snarare än med hänsyn till barnets ålder. Relativt få fasta åldersgränser stipuleras. Så stadgas i artikel 31 att konventionsstaterna skall erkänna barnets rätt till vila och fritid, lek och rekreation i relation till barnets ålder. Barnkonventionen fixerar således inte en åldersgräns för barnarbete. I enstaka fall diskuteras dock uttryckliga åldersgränser, t.ex. stadgas att dödsstraff eller livstidsfängelse utan möjlighet till strafflindring inte får ådömas personer under 18 år (artikel 37). Det stadgas även att konventionsstaterna skall säkerställa att den som är yngre än 15 år inte skall delta direkt i fientligheter vid väpnade konflikter (artikel 38). Någon lägsta äktenskapsålder anges inte.[8] Men arrangerade barnäktenskap skall inte tillerkänns rättsverkan och konventionsstaterna skall verka för att lagstiftning om minimiålder för äktenskap kommer till stånd.[9]

I dagens Sverige är 18 år myndighetsgräns. Men i samhället finns ett stort antal andra åldersgränser för personer under 30 år.[10] Några av dem är knutna till 18-årsdagen, såsom röst- och valbarhetsrätt. 18 år kan också

6 Se t.ex. diskussionen om barnets talerätt. Ds 1994:85.

7 Se SOU 1996:111.

8 Se prop. 1989/90:107.

9 Så görs inte heller i Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna eller i Förenta Nationernas konvention om avskaffandet av alla former av diskriminering mot kvinnor av den 18 december 1979. Angående svensk rätt kan noteras att en nedre åldersgräns för äktenskapsdispens saknas. Prop. 1973:158 s. 82. Observera dock att sexuellt umgänge med barn under 15 år är straffbart (6:6 BrB).

10 Den följande framställningen bygger på SOU 1996:111. Framställningen upptar inte alla åldersgränser upp till 30 år. För en sådan förteckning, se SOU 1996:111 s. 5–20. I SOU 1996:111 föreslås en fixering av åldersgränserna till 12, 15, 18 och 20 år. Noteras kan att i äldre svensk arbetsrättslig lagstiftning definierades barn såsom den som ännu inte fyllt 14 år. Den som fyllt 14 år, men inte 18 år, kallades »yngre person». Såväl barn som yngre personer betecknades som minderåriga. 3 § K. M:ts För. 18 Nov 1881. Myndighetsåldern 1881 var 21 år för män och 25 år för ogifta kvinnor. Det fanns således, förutom omyndigförklarade, en kategori omyndiga icke-minderåriga. Se även dansk rätts begrepp »myndige» (18 år) och »fullmyndige» (25 år), liksom norsk rätt om *kuratel*. Smith & Lödrup s. 16. Se även Aries s. 20 f.

vara gräns för rätt till underhåll av förälder.[11] Från 18-årsdagen har en adopterad rätt att ta del av upplysningar om sina biologiska föräldrar. Processbehörighet i tvistemål i allmänhet inträder vid 18 års ålder. Också rätten att byta efternamn är knuten till 18-årsdagen, liksom äktenskaps- och partnerskapsålder.[12] 18 år är värnpliktsålder. En person över 18 år kan inte omhändertas för samhällsvård pga. förhållandena i hemmet.

Ett antal av FBs rättigheter och skyldigheter anknyter till 16-årsdagen. Här märks rätt att disponera över sin arbetskraft och egna inkomster. En 16-åring har även talerätt i vissa familjerättsliga frågor rörande t.ex. förmyndare. Vid sidan av FBs bestämmelser märks att betänketid vid skilsmässa krävs om någon av makarna bor med och har vårdnanden om eget barn under 16 år. Skolplikten upphör det kalenderår barnet fyller 16 år. Enligt UtlL jämställs 16-åringar med vuxna i samband med frågor om förvar. Ibland tillämpas också en tolvårsgräns. Från tolv år har barn en vetorätt vid verkställighet av vårdnad och umgänge, liksom vid namnbyte. I undantagsfall kan förundersökning inledas mot en tolvåring. Tolv år är även gräns för vissa förmåner enligt AFL. Här förekommer också åldersgränserna 8 månader, 1, 2, 3, 8 och 10 år. Inom social-, straff- och processrätt föredras 15- och 18-årsgränserna. Från 15 års ålder kan en omyndig själv föra sin talan enligt SoL och LVU. Straffbarhetsålder är 15 år. Straffbestämmelser till skydd för barn och unga utgår ofta från 15 eller 18 år.

I vissa fall kvarstår åldersrelaterade förmåner och skyldigheter efter 18 år. I dessa fall är 20, 21 och 25 år vanliga åldersgränser. 20 år är t.ex. gränsen för rätt till viss avgiftsfri hälsovård. I samband med beviljande av tidsbegränsade uppehållstillstånd behandlas den som är under 20 år som barn (2:4 a UtlL). 21 år är den yttersta gränsen för rätt till underhåll enligt FB. Minimiålder för att få adoptera är enligt huvudregeln 25 år och i vissa fall 18 år. Vård enligt LVU pga. eget beteende kan beredas den som ännu inte fyllt 21 år.

Ofta har mognad varit avgörande för övergången mellan barndom och vuxenliv, i många kulturer i kombination med initialriter. Konfirmation, i det protestantiska Sverige vid cirka 14 års ålder, kan sägas ha fyllt en liknande funktion av övergångsrit mellan barndom och vuxenvärlden. I enstaka fall definierar gällande svensk rätt fortfarande barn utifrån fysisk eller

11 Se dock 7:1 2 st. FB angående föräldrars undehållsskyldighet under barnets skolgång. *(Se vidare 1.5.)*

12 Se dock 2:1 ÄktB angående dispens från ålderskravet. I dessa fall stadgas ej en lägsta ålder för äktenskap/partnerskap. Prop. 1973:32 s. 95 f. *(Se vidare 4.4.2.2.2.)*

psykisk mognad. I straffstadgandet angående barnpornografibrottet definieras barn som en person vars könsmognadsprocess ännu inte är avslutad (16:10 a BrB).[13] Även för att få del av uppgifter om spermagivare krävs att barnet uppnått tillräcklig mognad (4 § InseminationsL).

Kritik har riktats mot tendensen att bland jurister och andra uttala sig alltför allmänt om barn och barns behov utan att närmare ange vilken åldersgrupp som avses.[14] I den mån det är av betydelse för framställningen görs därför i det följande en distinktion mellan yngre och äldre barn. Som yngre betraktas då barn upp till sju, åtta år.

Efter denna presentation av barnbegreppet återanknyts till diskussionen om barnets bästa. Som en inledning kan noteras att ett antal studier om barnets bästa har gjorts utanför Sverige. Kvantitativt dominerar de amerikanska. Studierna kan delas in i tre grupper. Den största utgörs av psykologiska och psykiatriska studier om förhållandena för barn vars föräldrar är separerade eller frånskilda. Den andra gruppen är sociologiska undersökningar och den tredje juridiska studier. Bland de juridiska studierna urskiljer den finska juristen och forskaren *Kurki-Suonio* tre skolor. Den första representeras av analytikerna som analyserar den juridiska argumentationen, t.ex. *Mnookin* och *Coester*. Den andra skolan utgörs av feministerna, t.ex. *Weitzman*, *Fineman*, *Smart* och *Sundberg*. Den sista skolan, som utgörs av övriga juridiska studier, beskrivs som framtidsorienterat laginriktat med en sociologisk men icke-feministisk prägel. Den representeras t.ex. av *Chambers*, *Elster* och *Scott* i USA och i Europa *Smith*.[15]

I det följande analyseras barnets bästas karaktär som rättsprincip och lagregel (2.1.1). En möjlig uppdelning av barnets bästa i ett aktivt och ett passivt barnets bästa diskuteras (2.1.2). Därefter presenteras begreppets utveckling (2.2) samt tolkning enligt svensk rätt (2.3). Slutligen sägs något om den kritik som riktats mot begreppet (2.4).

2.1.1 Barnets bästa som princip

Barnets bästa kan betraktas både som en rättsprincip och som en rättsregel. En sådan kategorisering kan uppfattas som föga nyttobetonad men påverkar, i alla fall teoretiskt, den legitimitet och omfattning barnets bästa kan

13 Prop. 1978/79:179 s. 9. I SOU 1997:29 s. 161 f. föreslås att denna definition skall ersättas med en uttrycklig åldersgräns vid 18 år.

14 Se Smith & Lödrup s. 17.

15 Kurki-Suonio 1994 s. 2 f. Kurki-Suonio själv förefaller höra till grupp två i de jurdiska studierna.

tillmätas. Betraktas barnets bästa som en rättsprincip, kan begreppet ges ett bredare tillämpningsområde än om barnets bästa behandlas som en rättsregel.

I nordisk doktrin har *Eckhoff* och *Sundby* diskuterat rättsregler och riktlinjer. Medan en rättsregel ger ett specifik handlingsalternativ utgör en riktlinje en allmän rekommendation.[16] Med en sådan uppdelning skulle barnets bästa uppfattas som en lagreglerad *riktlinje* för skönsbedömningar. Barnets bästa kan också uppfattas som en värdeprincip. Värdeprinciper definieras av *Peczenik* som en norm som uppställer ett ideal.[17] I detta sammanhang är framförallt *prima facie* norm- och värdesatser intressanta. I viss mening utgör dessa grundläggande beståndsdelar i vår livsform. De kan vara explicita eller implicita och ingår i rättsordningens etiska värdebas. *Prima facie* norm- och värdesatser kan även ligga till grund för och legitimera rättsregler. Däremot åberopas de sällan för att motivera individuella avgöranden. Principer som baseras på *prima facie* norm- och värdesatser återfinns inom alla rättsområden. Ett exempel på en civilrättslig regel är att en vårdnadshavare skall tillse att barnets behov tillgodoses (6:2 2 st. FB).

Barnets bästa kan således betraktas som en *prima facie* värdesats. Problem jämfört med andra *prima facie* värdesatser, såsom »Du skall icke döda», är att satsen om barnets bästa är otydlig och att denna otydlighet är svår att överbrygga genom tolkning. Svårigheterna förstärks av att mellanled mellan den allmängiltiga värdesatsen barnets bästa och den individualiserade bedömning som skall göras i ett enskilt fall ofta saknas. Sådana mellanled återfinns vanligen när en *prima facie* sats ligger till grund för lagstiftning inom andra rättsområden, se t.ex. 3 kap. BrB. *(Se nedan 6.1.1.)*

I praktiken förefaller begreppet barnets bästa att används i såväl ett pragmatiskt som i ett moraliskt syfte. Det förekommer att barnets bästa förklaras ur ett rationellt perspektiv med konkreta exempel, t.ex. att nedskärningar i offentlig barnomsorg är oförenliga med barnets bästa. Men i samband med lagstiftning om vårdnad används barnets bästa ofta som ett moraliskt och värdebaserat argument. Begreppets praktiska konsekvenser analyseras då sällan närmare. *(Se vidare 3.2.1.)*

Bristen på en närmare definition av barnets bästa medför att begreppet kan karakteriseras som ett »öppet koncept».[18] Med en annan terminologi faller rättsfaktumet bäst för barnet inom kategorin *emotiva rättsfaktum*,

16 Eckhoff & Sundby s. 129 f.
17 Peczenik 1995 s. 446 f.
18 Kurki-Suonio 1994 s. 15.

dvs. ett rättsfaktum som inte är deskriptivt angivet utan är avhängigt en skönsbedömning för att ges ett konkretare innehåll.[19] Barnets bästa kan därmed ges ett mycket skiftande innehåll. Ett innehåll som ofta är kulturellt och socialt betingat.[20] Det medför att begreppet ofta tolkas med utgångspunkt i vad som empiriskt sett är den vanligaste levnadsformen för barn. Ofta tar definitionen av barnets bästa avstamp i den sociala kärnfamiljen. Principen om barnets bästa kan därmed tolkas som att det normala blir norm. Annorlunda uttryckt kan barnets bästa uppfattas som ett exempel på rättssystemets integrering av därför ett socialt konsensus.[21] (*Se vidare 3.3.2*)

I svensk rätt kommer en sådan normalitetstanke till uttryck i t.ex. vårdnads- och adoptionsrätten. Som ett exempel från vårdnadsrätten kan nämnas den förhärskande presumtionen om gemensam vårdnad som den vårdnadsform som är mest förenlig med barnets bästa. Den gemensamma vårdnaden skall garantera barnet stabilitet i kontakten med bägge sina föräldrar på ett sätt som kommer så nära den traditionella kärnfamiljen som möjligt. Normalitetsbedömning är också tydlig i samband med adoption. Således har det inte ansetts vara förenligt med barnets bästa att ge tillstånd till en homosexuell man att ta emot ett barn för adoption, eftersom hans sexuella läggning avvek från befolkningsmajoritetens. Likaså har extrema åsiktsinriktningar, som skulle kunna medföra isolering för familjen, diskuterats som tecken på olämplighet.[22] Däremot framhålls inom socialrätten att avvikelser från allmänna samhällsvärderingar, inte får läggas till grund för ett omhändertagande.[23]

2.1.2 Ett aktivt och ett passivt barnets bästa

Den närmare innebörden av barnets bästa är beroende av vilken rättsfråga som är aktuell och kan som sagt ges ett varierande innehåll. Variationerna är så stora att det är rimligt att tala om ett *passivt* respektive ett *aktivt* barnets bästa. Med ett passivt barnets bästa förstås då att barnet tillerkänns grundläggande skydd och rättigheter av samma innebörd som andra samhällsgrupper har. Ett aktivt barnets bästa innebär att barnet skall ges rättigheter och skydd utöver vad andra grupper åtnjuter.

19 Zahle 1994 s. 27.
20 Se Christensen 1994 s. 357.
21 Se Durkheim 1991 s. 393 f. Aron 1973 s. 254.
22 RÅ 1993 ref. 102. SoS 1974:34 s. 18. Se även Krusberg 1996.
23 Prop. 1989/90:28 s. 63.

Innebörden av ett passivt barnets bästa framgår delvis av 6:7 FB. Här tillskrivs barnet ett skydd gentemot en vårdnadshavare som gör sig skyldig till missbruk, försummelse eller brister i omsorgen på ett sätt som innebär bestående fara för barnet. Ett motsvarande skydd tillerkänns alla samhällsmedlemmar genom social- och straffrättslig lagstiftning. Ett passivt barnets bästa är således begränsat till att ge barnet ett skydd i förhållande till omständigheter som har ett generellt straffvärde eller omfattas av skyddslagstiftning. *(Se vidare 6.1.1.)*

Ramarna för ett aktivt barnets bästa i samband med vårdnad framgår av principförklaringen i 6:1 FB. Här stadgas att barnet har rätt till omvårdnad, trygghet, en god fostran, aktning för sin person och slutligen rätt att inte utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling. De rättigheter som barnet här tillerkänns är huvudsakligen sådana som andra rättssubjekt, dvs. vuxna, inte garanteras i samma omfattning.

Det bör understrykas att det saknas uttryckligt stöd för en sådan differentiering av barnets bästa i rättskällorna. Trots det förefaller uppdelningen fylla en klargörande funktion. Exemplet ovan, angående de olika tolkningarna av barnets bästa vid adoption jämfört med barnets bästa vid omhändertagande, kan åtminstone delvis, förklaras med hjälp av ett passivt, respektive ett aktivt barnets bästa. I samband med adoption är det rimligen ett aktivt barnets bästa som eftersträvas, medan det i samband med omhändertagande är ett passivt barnets bästa som skall tillgodoses.

Det kan också noteras att inom några rättsområden med stark anknytning till barn har principen om barnets bästa liten eller ingen betydelse alls för rättsavgöranden. Så är fallet vid assisterad befruktning. Här saknar barnets bästa relevans, eftersom principen inte kan tillämpas på det ännu icke-koncepterade barnet (»det ideella barnet»). *(Se vidare 2.3.)*

2.2 Presumtioner om barnets bästa

Barnets bästa i samband med vårdnadstvister brukar diskuteras med utgångspunkt i vissa presumtioner. Dessa är att se som verktyg för att avgöra vilken utgång av en vårdnadstvist som är mest förenlig med det enskilda barnets bästa. Formen för dessa presumtioner varierar. I enstaka fall har de influtit i lagtexten (6:6a FB, 6:10d FB). I andra fall utgör de riktlinjer som

kan utläsas ur övriga rättskällor. De kan även diskuteras som tolkningsmaterial.[24]

Presumtionerna om barnets bästa har under historiens gång varierat så mycket att det ibland kan förefalla oklart hur en tidigare sådan tillvaratagit barnets bästa. Det gäller särskilt äldre presumtioner som, förutom att de ligger längre tillbaka i tiden, också är förknippade med en tid då familjerätt och vårdnad rörde renodlade statusfunktioner och den enskildes personliga behov och önskningar gavs mindre individuellt utrymme. Likartade problem kan uppstå i förhållande till främmande rättssystem. I det följande presenteras de dominerande presumtionerna. De två första är de genusbaserade s.k. faders- och moderspresumtionerna. De övriga är den s.k. skuldpresumtionen och presumtionen om gemensam vårdnad.

2.2.1 Faders- och moderspresumtionerna

En vårdnadstvist är normalt en tvist mellan barnets mor och far, dvs. två personer av olika kön.[25] I den allmänna debatten om vårdnad och vårdnadstvister finns en tendens att fokusera på om rätten är mer mamma- än pappavänlig eller vice versa. Men faders- och moderspresumtionerna är mer än debattinlägg. Presumtionen att fäder respektive mödrar generellt skulle vara bättre lämpade som vårdnadshavare har utgjort, och utgör fortfarande i vissa rättssystem, legala grunder för att fastställa barnets bästa vid avgörande av vårdnadsfrågor.

Faderspresumtionen var i Sverige fram till 1900-talets början den dominerande riktlinjen för slitande av en tvist om rätt att vårda barn födda inom äktenskap.[26] Också faderns position som ensam förmyndare för barn födda inom äktenskap fram till ikraftträdandet av FB år 1950 kan ses som ett utslag av faderspresumtionen. Internationellt dominerar faderspresumtionen fortfarande i länder vars familjerätt tydligt påverkats av patriarkalt präglade religioner såsom islam[27] eller katolicismen. Också i engelsk rätt var faderspresumtionen länge tydlig.[28] I de flesta rättssystem är faderspre-

24 De har också anförts att barnets bästa skulle vara bevisbörderegler. Smith 1980 s. 368 f. Själv är jag tveksam till en sådan uppfattning. Se Agell 1983 s. 435. *(Se vidare 5.4.1.1.)*

25 Se dock diskussionen om homosexuellas rätt till barn. T.ex. 1993/94:LU28, prop. 1994/95:142, SOU 1993:98. Singer JT 1995/96 s. 1060 ff.

26 Se t.ex. NJA 1904 s. 346, NJA 1906 s. 132, NJA 1909 s. 405, NJA 1914 s. 254 *(Se ovan 1.4.2.)*

27 Schiratzki 1993 s. 69–70.

28 Faderns ställning som ensam förmyndare för barn födda inom äktenskap upphörde först genom *the Children Act* 1989. Se Bromley & Lowe s. 293.

sumtionen statusrelaterad på så sätt att den gifte fadern har mycket långtgående rättigheter visavi sitt barn, medan den ogifte fadern endast har begränsade rättigheter och skyldigheter i förhållande till sitt barn.

Det talas även om en modern faderspresumtion. Den har kommit till uttryck bl.a. i diskussionen om pojkars behov av manliga förebilder, lagförslag om obligatorisk gemensam vårdnad och uppfattningen att inte heller mycket små barn skulle ha en starkare anknytning till modern än fadern.[29]

Nästa dominerande presumtion angående barnets bästa vid tvist om vårdnad var presumtionen om *modern* som den bäst lämpade att ta hand om små barn, när inget talade emot det. Till skillnad från i många andra rättsordningar har moderspresumtionen aldrig kommit till uttryck i svensk lagstiftning, utan endast i rättspraxis. Enligt *Beckman och Höglund* gick praxis aldrig så långt att modern alltid fick vårdnaden om inga allvarliga anmärkningar kunde riktas mot henne.[30] Moderspresumtionen förekom dock i varierande omfattning som materiell grund i rättspraxis från 1920-talet och fram till 1970-talet. Moderspresumtionen har också framhållits i praxis så sent som i slutet av 1980-talet. I NJA 1989 s. 335, angående vårdnad om en sexårig flicka, framhöll HovRs majoritet »att en mor typiskt sett har en särskild funktion att fylla i förhållande till en dotter i detta stadium av flickans utveckling». HD fastslog dock att FBs bestämmelser innebar att ingen av föräldrarna pga. sitt kön var mer lämpad än den andre.

Saldeen har anfört att det förhållandet att HD i tidigare vårdnadsavgöranden presumerat att modern skulle vara lämpligare än fadern att ha vårdnaden om små barn inte behöver vara direkt genusrelaterat. I stället skulle HDs ställningstagande bero på att mödrar i större utsträckning än fäder stod för den faktiska omvårdnaden.[31] *Ewerlöf* och *Sverne* har däremot, med hänvisning till »statistiska undersökningar och rättspraxis», hävdat att moderspresumtionen och i någon mån faderspresumtionen fortfarande tillämpas i svensk rätt.[32] Tyvärr saknas möjlighet att närmare verifiera deras källor, som inte angetts.

Om det med statistiska undersökningar avses SCBs undersökningar av TRs domar i vårdnadsmål, förefaller det vanskligt att säga att utgången är

29 Smart & Sevenhuijsen s. 10 f. Se prop. 1990/91:8 s. 25 f. NJA 1992 s. 93. SOU 1995:79.

30 Beckman & Höglund BIV:4 med hänvisning till bl.a. NJA 1951 s. 612, 1968 C 861, 1955 s. 63, mf.l.

31 Saldeen 1995 s. 71.

32 Ewerlöf & Sverne s. 68. Se även Ds 1989:52.

resultatet av en tillämpning av moderspresumtionen.[33] Förvisso visar SCBs statistik att ett större antal mödrar än fäder får ensam vårdnad om sina barn och att mödrar i större utsträckning än fäder åtar sig den faktiska vårdnaden vid gemensam vårdnad. Men det kan som *Saldeen* framhållit lika väl hänga samman med barnets behov av kontinuitet i relation till den av föräldrarna som före vårdnadstvisten tagit mest hand om det.

2.2.2 *Skuldpresumtionen*

Parallellt med faders- och moderspresumtionerna tillämpades länge i många rättssystem, däribland det svenska, en presumtion av innebörden att den av föräldrarna som hade initierat skilsmässan var olämplig som vårdnadshavare. Skuldpresumtionen var i princip könsneutral. Den motiverades främst av moraliska skäl. Men det anfördes även att den förälder som vållat brytningen skulle ha satt sina egna intressen framför barnets.[34] Avskaffandet av presumtionen motiverades av att det i djupare mening var omöjligt att fastställa vem av makarna som hade skuld till brytningen.[35]

Ett exempel på följderna av skuldpresumtionen var institutet »care and control» i *engelsk rätt*. Det innebar att en förälder som i och för sig bedömdes vara mest lämplig att handha den faktiska vårdnaden om barnet, men som genom att ha orsakat skilsmässan diskvalificerat sig som legal vårdnadshavare, kunde ges »care and control». I praktiken kom det att innebära en rätt för modern att ha barnet hos sig, medan fadern hade den legala bestämmanderätten över barnet.[36] I *norsk rätt* tycks skuldpresumtionens betydelse ha varit begränsad.[37] Enligt *dansk rätt* förefaller däremot den »kränkte» parten regelmässigt ha fått barnen.[38] Skuld till skilsmässan tillmäts fortfarande betydelse för avgörande av vårdnadsfrågor i t.ex. Italien.[39]

I svensk rätt framkom skuldpresumtionen uttryckligen i 1734 års GB. *(Se ovan 1.3.2.)* Därefter har den varit subsidiär fram till GB trädde i kraft 1 januari 1974. Domstol kunde dessförinnan ta hänsyn till skuldpresumtionen om bägge makarna var lika lämpade som vårdnadshavare. Under åt-

33 SCB 1993.(*Se vidare 3.3.2.*)

34 Smith 1980 s. 445.

35 Agell 1975 s. 547. Strömholm 1988 s. 267 f.

36 Smith 1980 s. 99 f. *Care and control* motsvarar delvis de förhållanden som rådde enligt svensk rätt perioden 1921–50, då modern var delaktig i vårdnaden, men inte i förmyndarskapet.

37 Smith 1980 s. 445. Sandberg 1990 s. 20.

38 Smith 1980 s. 444.

39 Doppfler s. 200 f.

minstone andra hälften av 1900-talet uppges skuldpresumtionen ha tillämpats återhållsamt.[40]

2.2.3 Gemensam vårdnad

Under 1970-talet vann tanken att barnets bästa skulle vara liktydigt med gemensam legal vårdnad gehör i stora delar av västvärlden, inklusive Sverige. Den gemensamma vårdnadens legala förutsättningar och omfattning varierar i olika rättssystem.

I de flesta rättssystem görs en åtskillnad mellan förutsättningarna för gemensam vårdnad för barn födda inom och utom äktenskap. *Ipso iure* är normalt vårdnaden gemensam för barn födda inom äktenskap. I de flesta rättsordningar där gemensam vårdnad förekommer för ogifta föräldrar krävs däremot någon form av rättshandling, dom eller registrerat avtal, mellan föräldrarna för att ogifta föräldrar skall få gemensam vårdnad. Ett undantag är *isländsk rätt,* enligt vilken vårdnaden blir gemensam om föräldrarna var sammanboende vid barnets födsel.[41] *(Se vidare 4.4.3.1.)*

En väsentlig fråga i samband med gemensam vårdnad är om den skall vara frivillig eller kunna utdömas mot en eller bägge föräldrarnas vilja. Enligt *finsk rätt* kan föräldrar ådömas gemensam vårdnad mot deras vilja. Frågan är inte helt klargjord i *norsk rätt.* I praxis har gemensam vårdnad ålagts föräldrar mot den enes vilja men inte mot bägges. Det anses inte heller att beslut om omfattande delad faktisk vårdnad kan fattas mot den ena förälderns vilja.[42] I *dansk rätt* förekommer inte beslut om gemensam vårdnad mot någon av föräldrarnas vilja.[43]

Frivillig, gemensam vårdnad är numera den helt dominerande tolkningen av barnets bästa i Sverige. Den motiveras av att barn behöver bägge sina föräldrar. Det finns även möjlighet att ålägga föräldrar gemensam vårdnad, trots att en av dem yrkat ensam vårdnad men inte motsätter sig gemensam. Införandet av obligatorisk gemensam vårdnad efter finsk modell är under utredning.[44] *(Se vidare 2.4.)*

Nära kopplad till presumtionen om gemensam vårdnad är presumtionen

40 Beckman & Höglund BIV:8 med hänvisning till NJA 1953 C 60, 1954 A 27, 1955 C 337, samt för motsatta utgången NJA 1951 A 72 och 1953 A 23. Se även NJA 1909 s. 405 och NJA 1927 s. 230.

41 SOU 1995:79 s. 211 f.

42 Smith & Lödrup s. 108 f.

43 Kronborg 1995 s. 13.

44 SOU 1995:79.

om barns behov av umgänge och kontakt med bägge sina föräldrar. Också denna presumtion bygger på tanken att barn behöver två föräldrar. Därför förmodas det vara mest förenligt med barnets bästa att bo med en förälder som underlättar dess kontakt med den föräldern som barnet inte bor tillsammans med. *(Se vidare 5.2.4.)*

De flesta vårdnadstvister som avgörs av domstol i Sverige resulterar numera i gemensam vårdnad. Gemensam vårdnad för gifta föräldrar infördes 1921, för ogifta 1977, underlättades 1983 och förstärktes genom lagstiftning 1991.[45] Genom lagstiftningen 1991 åläggs den föräldern, som inte vill ha gemensam vårdnad i praktiken, bevisbördan för att visa att gemensam vårdnad inte är förenligt med barnets bästa.[46]

2.3 Närmare om barnets bästa enligt svensk rätt

Av Barnkonventionen, som Sverige godkänt, framkommer att barnets bästa skall sättas i främsta rummet vid alla åtgärder som vidtas av bl.a. myndigheter inklusive domstolar (artikel 3.1).[47]

Viljan att främja barnets bästa är den främsta orsaken till samhällskontroll i en rad familjerättsliga frågor. Hit hör: betänketid vid äktenskapsskillnad när någon av makarna varaktigt bor med barn under 16 år (5:1 ÄktB), socialnämnds talerätt vid fastställande av faderskap (2:1 FB), rättens prövning av adoption (4:6 1 st. FB), byte av barns efternamn (6–8 §§ NamnL), överföring av vårdnad (6:5–10 FB), verkställighet av vårdnad och umgänge (21:5–7 FB), erkännande och verkställighet av vårdnadsavgöranden m.m. enligt (6–7 §§ VerkställighetsL). Likaså skall socialtjänstens arbete enligt SoL och LVU präglas av omsorgen om barnets bästa. Hänsyn till barnets bästa skall också tas enligt UtlL.

Det kan emellertid framhållas att de enda rättsområden där barnets bästa är avgörande för utgången av en tvist mellan enskilda är frågor om vårdnad och umgänge enligt FB samt vissa frågor enligt NamnL.

Som framkommit ges barnets bästa något olika innebörd inom skilda rättsområden. Ibland tillmäts principen endast indirekt betydelse. Så är fallet vid egenmäktighet med barn (7:4 BrB). Inte heller vid överflyttning av barn enligt Haagkonventionen ges barnets bästa självständig betydelse Här läggs istället vikt vid vårdnadshavarens rättigheter. Det finns anled-

45 SFS 1990:1526. *(Se vidare 3.3.2).*

46 Prop. 1990/91:8. SFS 1990:1526. *(Se vidare 5.4.1.1.)*

47 Prop. 1989/90:107.

ning att tro att barnets bästa sällan uttryckligen åberopas i mål om omhändertaganden för samhällsvård.[48] Den tolkning av barnets bästa som då tillämpas är ett passivt barnets bästa. *(Se ovan 2.1.2, vidare 5.7.3.)*

Vid verkställighet enligt 21 kap. FB ges prövningen av barnets bästa varierande betydelse. När verkställighet förordnas av vad allmän domstol bestämt, gör LR normalt inte en förnyad bedömning av barnets bästa. Det förklaras av att allmän domstols dom eller beslut skall ha fattats utifrån barnets bästa. Men för det fallet att LR inte medger verkställighet, grundas ett sådant beslut på en specifik bedömning av barnets bästa. I likhet med bestämmelserna om överflyttning av barn enligt Haagkonventionen (12 § 2 p. VerkställighetsL), skall verkställighet inte ske, om det finns risk som inte är ringa för att barnets kroppsliga eller själsliga hälsa skadas (21:6 2 st. FB), dvs. om ett passivt barnets bästa är hotat. *(Se vidare 5.6.)*

Angående relationen mellan barn och föräldrar har framhållits att den bör präglas av ömsesidigt hänsynstagande och ömsesidig respekt. Likaså har framhållits att barnet skall få växa upp under trygga förhållanden och att föräldrar och andra vårdnadshavare bör låta barns rättmättiga behov gå före deras egna intressen.[49] För att mer detaljerat ange vad som skall förstås med barnets bästa har följande exempel skisserats: [50]

- Barn behöver omvårdnad och skydd.
- Barn behöver människor som de kan ta emot kärlek av och ge kärlek till.
- Barn behöver ett stabilt och varaktigt förhållande till föräldrar.
- Barn behöver utvecklas i en miljö som tillgodoser deras behov av stimulans.
- Barn behöver föräldrars hjälp med att sätta gränser för sitt handlande.
- Barn måste få känna att de behövs och att de får ta ansvar.
- Barn behöver få påverka sin situation.
- Barn behöver efterhand frigöra sig från sitt beroende av föräldrarna.
- Barn har behov av samhörighet med båda föräldrarna även om dessa är i konflikt med varandra.

I samband med vårdnadstvist har, vid sidan av dessa och liknande kriterier, framhållits att det ofta är bäst för barnet om vårdnadsfrågan kan lösas i enlighet med föräldrarnas överenskommelse. För det fallet att föräldrarna inte förmår nå en överenskommelse, utan domstol har att slita tvisten, ex-

48 Appelberg s. 28.
49 Prop. 1981/82:168 s. 18 f.
50 SOU 1979:63 s. 56.

emplifierades barnets bästa i tidigare lagförarbeten med att den förälder som skall anförtros vårdnaden om barnet måste ha förmåga att förstå barnets känslor samt vara den som bäst tillgodoser dess behov av omvårdnad, trygghet och en god uppfostran (se 6:1 FB). Det kan formuleras i termer av lämpligaste vårdnadshavare. Den yttre miljön, såsom en tidigare gemensam bostad, ansågs också vara av stor betydelse för barnet. Likaså bedömdes de dagliga kontakterna med personer i barnets omgivning vara av betydelse liksom nära och goda relationer med bägge föräldrarna. Angående barnets vilja framhölls att den måste vägas in i en helhetsbedömning och bedömas från fall till fall. Det uppfattades även som viktigt att barnet inte tvingades att ta ställning i föräldrarnas konflikt. Det noterades att barnet ofta kunde ge uttryck för uppfattningar som inte var dess egna. Slutligen underströks att en individualiserad bedömning måste göras.[51]

Kriterierna kvarstår i princip även om vissa förskjutningar har skett genom det starka genomslag som den gemensamma vårdnaden fått. Gemensam vårdnad förmodas numera som sagt vara mest förenlig med barnets bästa. För de fall att gemensam vårdnad inte anses lämpligt betonas barns behov av nära och goda kontakter med bägge föräldrarna.[52] Samtidigt som den gemensamma vårdnaden förstärktes 1991 infördes ett nytt lagstadgande, 6:6 a FB, som befäste presumtionen om *kontakt* som en särskilt viktig aspekt vid bedömningen av barnets bästa, dvs. att den faktiske vårdnadshavaren underlättade kontakten mellan barnet och den andre föräldern.[53] Tidigare framgick en sådan presumtion av lagförarbeten och praxis.[54] Presumtionen om umgänge och kontakt har kommit att stå i ett visst motsatsförhållande till presumtionen om barns behov av stabilitet.[55] Genom lagändring 1996 har även betydelsen av barnets vilja lyfts fram.[56] Den ökade tyngd som gemensam vårdnad fått har även medfört att betydelsen av föräldrars överenskommelser och lämplighet minskat vid en bedömning av barnets bästa. *(Se vidare 5.2.)*

51 Prop. 1981/82: 168 s. 64 f.
52 Prop. 1990/91:8 s. 25.
53 Prop. 1990/91:8 s. 60.
54 T.ex. prop. 1981/82:168 s. 66. NJA 1989 s. 335.
55 Prop. 1990/91:8 s. 37 f.
56 Prop. 1994/95:224. SFS 1995:1242.

2.4 Kritik och alternativa presumtioner

Bland kritikerna mot principen om barnets bästa märks *Goldstein, Freud* och *Solnit*.[57] Deras kritik, som främst tar sikte på förhållandena när samhällsvård av barnet är aktuell, bygger på att barnets bästa inte i tillräcklig omfattning förmedlar att barnet befinner sig i en riskzon och att ett avgörande måste komma till stånd snabbt. De hävdar att principen kommit att medföra att barnets och de vuxnas intressen vägs mot varandra och att barnets intressen i den avvägningen kommer i andra hand. Som ett alternativ till principen om barnets bästa har de föreslagit att avgöranden skall ske enligt principen om *det minst skadliga alternativet*.[58]

I likhet med författarna tycker jag att principen om det minst skadliga alternativet är intressant. Den utgör en precisering av barnets bästa och visar på ett realistiskt sätt på de begränsade möjligheter som står till buds. *Smith* har emellertid anfört att principen om det minst skadliga alternativet inte skulle vara annat än ett nytt sätt att legitimera den skönsbedömning som alltid måste göras i barnfrågor. Enligt henne kan principen om det minst skadliga alternativet även uppfattats som alltför negativ.[59]

Det är riktigt att avgöranden i barnärenden alltid, i mer eller mindre stor utsträckning, bygger på skönsbedömningar. Självfallet är det mindre relevant hur dessa skönsbedömningar rubriceras. En avgörande fråga är däremot om skönsbedömningarna kan och bör begränsas till förmån för mer formaliserade bedömningar. Till fördelarna med formaliserade bedömningar kan räknas traditionella rättssäkerhetskriterier såsom förutsägbarhet och likhet inför lagen. En fördel med skönsbedömningar är rättens möjlighet att kunna se till det enskilda barnets behov.

Kritik har således riktats mot barnets bästa som begrepp och legitimering av skönsbedömningar. Även den förhärskande tolkningen av barnets bästa, gemensam vårdnad, har kritiserats.[60]

Som kritik mot presumtionen att barnets bästa skulle vara gemensam vårdnad, frivillig eller obligatorisk, har *Kurki-Suonio* framhållit att man i senare forskning inte kunnat påvisa något samband mellan vårdnadsform och skilsmässobarns välmående. Det motsäger äldre undersökningar enligt vilka skilsmässobarns välbefinnande skulle var beroende av kontakten med bägge föräldrarna, som i sin tur skulle främjas av gemensam vårdnad för

57 Goldstein m.fl. 1973 s. 12.
58 Goldstein m.fl. 1996 s. 49 ff. Se även SOU 1995:79 s. 325.
59 Smith 1980 s. 111 f.
60 T.ex. Sandberg 1989 s 100–125. Kurki-Suonio 1995 s. 169–195.

ogifta och frånskilda föräldrar.[61] Välbefinnandet för barn med separerade föräldrar skulle istället vara avhängig föräldrarnas förmåga att lösa sina inbördes konflikter. I de fall föräldrarna försonats och hittat ett nytt sätt att leva och relatera till varandra mår barnen bättre än när föräldrarna befinner sig i konflikt, oavsett legal vårdnadsform.[62] Är konflikten djupgående mellan föräldrarna förefaller den inte avta under det första året efter separationen, utan bestå under en längre tid.[63]

Kritiken mot den rådande ordningen med frivillig gemensam vårdnad för ogifta och frånskilda har delvis varit genusbetonad. I den svenska debatten har anförts att fädernas intressen inte tillvaratas av rättssystemet, eftersom gemensam vårdnad inte är obligatorisk eller som det formulerats av regeringens s.k. pappagrupp: »Att inte ha gemensam vårdnad som huvudprincip är alltså konfliktdrivande. ... mannen utsätts för en diskriminering».[64] Utanför Sverige har gemensam vårdnad även kritiserats för att den ansetts diskriminera mödrar. »Gemensam vårdnad kan innebära att ogrundade rättigheter för den föräldern som bor åtskild från barnet kallas för barnets bästa. Gemensam vårdnad fungerar då som ett instrument för att underkuva kvinnan».[65] *(Se vidare 3.1.1.)*

Från kritiken mot presumtionen att barnets bästa är gemensam vårdnad kan särskiljas kritik mot metoder för att lösa vårdnadstvister i de fall gemensam vårdnad bedöms som olämplig. Denna kritik är nära sammankopplad med kritiken mot barnets bästa som en legitimering av skönsbedömningar.

Sådan kritik har framförts av *Sandberg* med utgångspunkt i norsk rätt.[66] I likhet med svensk rätt skall här bedömningen av barnets bästa i en vårdnadstvist göras från fall till fall med tonvikt på en prognos av de framtida förhållandena. Hon framhåller bl.a. att de nuvarande förhållandena kännetecknas av brist på förutsägbarhet, eftersom varje fall skall bygga på en skönsbaserad *in casu-prognos*. Den skönsbaserade bedömningen i det enskilda fallet medför att processerna tar för lång tid, eftersom *in casu* bedömningen bör baseras på en noggrann utredning. Bristen på förutsägbarhet uppfattats ha relevans för de utomrättsliga förhandlingarna mellan för-

61 Kurkio-Sounio 1995 s. 180 med referens till Wallerstein-Kelly 1980.

62 Kurkio-Suonio 1995 s. 180 f. med referens till Pearson-Thoennes 1990 och Johnston et al 1989.

63 Se Kurkio-Suonio 1995 s. 181 med referens till Maccoby-Depner-Mnookin 1990.

64 Ds 1995:2 s. 99.

65 Kurki-Suonio s. 190.

66 Sandberg 1989, 1990.

äldrarna. Enligt *Sandberg* är mödrar ofta mer emotionellt knutna till sina barn och i skilsmässoförhandlingar benägna att acceptera oskäliga villkor i utbyte mot att få behålla åtminstone den faktiska vårdnaden om sina barn.[67]

Angående *tidsaspekten* kan särskilt framhållas att ett vårdnadsmål som drar ut på tiden innebär en lång tid av osäker väntan för parterna och barnet. Att utdragna vårdnadstvister alltid är av ondo för barnet torde vara allmänt vedertaget.[68] Tar det lång tid innan ett vårdnadsmål avgörs, innebär det också ofta att barnet hinner rota sig hos en av föräldrarna. Normalt är det därför till »fördel» för den av föräldrarna som bor med barnet att processen drar ut på tiden, men inte alltid. Man kan t.ex. tänka sig att en förälder innan en vårdnadsprocess startar endast i begränsad omfattning har engagerat sig i barnet. Den föräldern skulle, oavsett om han bor med barnet eller inte, kunna dra fördel av att processen drar ut på tiden genom att hinna manifestera sitt engagemang för barnet. På liknande sätt kan, framförallt en far, ha fördel av att barnet hinner växa till sig om en vårdnadstvist inleds när barnet är mycket litet och fysiskt beroende av sin mor för t.ex. amning. I det senare fallet är fördelen dock mindre, eftersom ett vårdnadsavgörande skall bygga på en prognos om de framtida förhållandena och att barn blir äldre är otvistligt.

Som materiellt alternativ till presumtionen om *frivillig*, gemensam vårdnad som mest förenligt med barnets bästa diskuteras i Sverige främst *obligatorisk*, gemensam vårdnad. Som processuellt alternativ utreds om föräldrarna skall kunna upprätta verkställbara avtal om vårdnaden med hjälp av socialnämnd. Sådana förslag har presenterats av Vårdnadstvistutredningen.[69]

En svaghet med Vårdnadstvistutredningens förslag i denna del är att utredningen endast allmänt uppehåller sig vid frågan om vilka minimikrav som kan ställas på föräldrars förmåga att samarbeta vid en eventuell obligatorisk gemensam vårdnad. I utredningen noteras däremot att det finns risk för att obligatorisk gemensam vårdnad för ogifta föräldrar kan få som följd att modern inte vågar medverka i en faderskapsutredning. Så skulle särskilt vara fallet om det finns en hotbild mot barn och mor eller om djup oenighet rörande barnets vård föreligger mellan föräldrarna.[70] Obligatorisk gemensam vårdnad kan därför medföra att barn, vars föräldrar är i konflikt

67 Sandberg 1990 s. 129 ff. Se även grunder i NJA 1994 s. 85.
68 Se SOU 1995:79.
69 SOU 1995:79.
70 SOU 1995:79 s. 79.

med varandra, inte endast riskerar dålig kontakt med fäderna, utan att det kan komma att sakna legal far, om modern inte törs medverka till att fastställa faderskapet.

Internationellt tycks forskare som sagt vara alltmer överens om att alla slags påtryckningar gentemot föräldrar för att välja en särskild vårdnadsform är förkastlig. Det ur barnets perspektiv bästa resultatet uppnås istället om föräldrarna fritt får välja vårdnadsform.[71] I de fall föräldrarna inte lyckats försonas med hjälp av samarbetssamtal m.m., utan aktivt motsätter sig en gemensam vårdnad, är det därför min uppfattning att föräldrarnas vilja skall respekteras.

Utanför Sverige har, förutom obligatorisk gemensam vårdnad, diskuterats bl.a. *singla slant-modellen, huvudsakliga omvårdare-modellen* och *fungerande avgörande-modellen.*

Singla slant-modellen bygger på tanken att allt är bättre än en långdragen vårdnadstvist. I de fall ingen av föräldrarna bedömts som olämplig som vårdnadshavare, skulle rätten genom att singla slant avgöra vem av föräldrarna som skulle få vårdnaden. Fördelarna med metoden har ansetts vara att det är en enkel process som är snabb och därmed besparar barnet en långdragen vårdnadsprocess samt att den är rättvis mot föräldrarna. Enligt *Sandberg* skulle singla slant-modellen dock innebära att man gav upp försöken att hitta den lösning som är mest förenlig med barnets bästa. Dessutom hävdar hon att den enbart skulle innebära formell jämställdhet, inte *de facto*-jämställdhet. Hon framhåller att mödrarna fortfarande har huvudansvaret för barnet före vårdnadskonflikten och att det därför inte skulle vara rättvist att reducera mödrarnas chanser vid en vårdnadstvist till 50 procent. Slutligen skulle ett system baserat på singla slant-modellen innebära att rättssystemet inte längre tar ett materiellt ansvar för vårdnadsavgöranden.[72]

Den *huvudsakliga omvårdare-modellen* är ett annat alternativ som diskuterats för att slita vårdnadstvister när gemensam vårdnad inte bedömts vara förenligt med barnets bästa. Modellen har amerikanskt ursprung. Den bygger på tanken att den av föräldrarna som *före* en vårdnadstvist i störst utsträckning stått för den huvudsakliga omvårdnaden av barnet också skall förmodas vara den som bäst kan tillgodose barnets bästa efter tvisten, om inget talar emot det.[73]

Som fördel med en sådan lösning har anförts att den ger en konkret pre-

71 Kurki-Suonio 1995 s. 180.

72 Sandberg 1989 s. 112 med hänvisning till Elster 1987.

73 Ziff 1990 s. 186 f.

sumtion, som är lättare för domstolen att tillämpa än en prognosbaserad bedömning av barnets bästa. Därmed skulle utgången vara mer förutsebar och tvisten kunna avgöras snabbare, vilket är i barnets intresse.[74] Modellen har emellertid kritiserats för att vara alltför inriktad på praktiska uppgifter och bortse från moraliska och emotionella band mellan föräldrar och barn. Det har också anförts att den inte beaktar att en förälder som före vårdnadstvisten inte var särskilt involverad i den praktiska vårdnaden kan bli det efter vårdnadstvisten.[75] Till det kommer att i praktiken är föräldrarna ofta oense om vem som haft huvudansvaret om barnet. Den huvudsakliga omvårdare-modellen ligger nära uppfattningen att barnets bästa är det samma som att barnet skall ges mesta möjliga stabilitet och trygghet, oaktat föräldrarnas tvist.

En av de senaste trenderna i USA är vad som kallats den *fungerande avgörande-modellen.* Modellen baseras på en förmodan att alla slags påtryckningar gentemot föräldrarna att välja en viss vårdnadsform skulle vara förkastliga. De bästa resultaten skulle istället uppnås genom att föräldrarna så fritt som möjligt får välja vårdnadsform.[76] Den fungerande avgörande-modellen kan sägas ha en svag ställning i svensk rätt. Genom betoningen av gemensam vårdnad som mest förenlig med barnets bästa, utövas i praktiken betydande påtryckningar på föräldrarna. *(Se nedan 5.2.2, 5.4.)*

2.5 Sammanfattande kommentar

I detta kapitel har *barnets bästa* diskuterats. Barnets bästa skall vara avgörande vid samtliga rättsliga åtgärder som rör barn såsom överföring av vårdnad och omhändertaganden för samhällsvård.

Barnets bästa kan uppfattas som en värdeprincip. Därav följer att barnets bästa är kulturellt och socialt betingat. Det leder till att social verklighet och normalitet är av grundläggande betydelse för legitimering och tolkning av barnets bästa.

Den närmare innebörden av principen varierar inom skilda rättsområden. Variationerna kan beskrivas i termer av *ett passivt* och *ett aktivt barnets bästa.* Ett passivt barnets bästa innebär att barnet erhåller ett skydd mot företeelser som har ett allmänt straffvärde eller omfattas av skyddslagstiftning. Ett passivt barnets bästa exemplifieras av 6:7 FB och 2 §

74 Sandberg 1990 s. 140.
75 Ziff 1990 s. 186 f.
76 Se Goldstein m.fl. 1996 s. 23 ff.

LVU. Ett aktivt barnets bästa framgår t.ex. av 6:1 FB. Det innebär att barn skall tillerkänns förmåner som andra grupper inte erbjuds i samma omfattning. Gemensamt är dock att bedömningen av barnets bästa bygger på en mer eller mindre långtgående diskretionär prövning i det enskilda fallet.

I samband med överföring av vårdnad är frivillig gemensam vårdnad numera den vanligaste presumtionen i svensk rätt. Betydelsen av barnets bästa i vårdnadssammanhang kan sammanfattas i två punkter. För det första har den stora genomslagskraft som principen fått medfört att barnets ställning förändrats. Barnet betraktas inte längre som tvistens objekt, utan barnet ses som en egen person med självständiga behov. För det andra används principen om barnets bästa för att legitimera skönsbedömningar i samband med rättsavgöranden om vårdnad m.m.

Min uppfattning är att skönsbedömningar i barnärenden är ofrånkomliga, men att de bör begränsas något i förhållande till gällande svensk rätt. Det skulle kunna ske genom att vissa kriterier för bedömningen fastslogs. En fungerande gemensam vårdnad bör prioriteras. En vårdnadstvist mellan föräldrarna bör lösas på så sätt att det leder till minsta möjliga negativa förändring för barnet. Förändringen bör vara så liten som möjligt vad gäller barnets förlust av den dagliga kontakten med en förälder. I enlighet med gällande rätt bör därför umgänge och kontakt mellan barnet och den föräldern som barnet inte bor med främjas, om det inte är skadligt för barnet. Den av föräldrarna som barnet före separationen var mest tillsammans med bör utöva den faktiska vårdnaden efter separationen. *(Se vidare 6.1.2, 6.4.)*

3 Motiv för rättsutvecklingen angående vårdnad om barn m.m.

3.1. Inledning

Sambandet mellan vårdnadsinstitutet och rättssystemet i övrigt blir särskilt tydligt när föräldrar är oense i frågor om överföring av vårdnad. Förvisso medför en vårdnadstvist både starka känslor och praktiska problem som rättssystemet inte behandlar. Men många av de problem som uppkommer – såsom vem som skall ha den legala och den faktiska vårdnaden om barnet, var barnet skall bo, vilken rätt till umgänge en förälder som inte har del i vårdnaden skall tillerkännas – skall regleras av rätten, om föräldrarna själva inte når en överenskommelse.

Kapitel 3 behandlar som sagt motiv för rättsutvecklingen rörande vårdnadsinstitutet och överföring av vårdnad. Som en utgångspunkt för studien används de skäl för lagstiftning som redovisats i regeringens propositioner. Därefter görs en översikt över HDs avgöranden. Utvecklingen diskuteras sedan i relation till empiriskt material. Kapitlet syftar till att diskutera vilka faktorer som har varit avgörande för rättsutvecklingen. Som framkommit är kapitlets frågeställning delvis av rättssociologisk karaktär medan tekniken kan beskrivas som rättsdogmatisk. Som likaledes framkommit omfattar redogörelsen i denna del inte socialrätten. *(Se ovan 1.2, 1.6.)*

En utgångspunkt för den fortsatta framställning är att förändringar av rättssystemet sker genom såväl lagstiftning som rättstillämpning. Rättssystemets dynamiska aspekter framträder normalt tydligare vid lagstiftning än vid rättstillämpning. Till grundläggande krav på en medveten rättsutveckling räknas att den skall bidra till kontinuitet och respekt för den tidigare rätten. Det ställs likaså krav på att legala resonemang skall vara rationellt uppbyggda och i överensstämmelse med internationella konventioner.[1] Kravet på rationalitet, i bemärkelsen problem- och målanalys, framstår som särskilt starkt vid reformer i rättspolitiskt syfte.[2]

1 Hellner 1994 s. 13.
2 Hellner 1990 s. 171.

Rättssystemet utvecklas mer eller mindre i samklang med samhället i stort.[3] Det är därför naturligt att »rådande värderingar» i samhället, t.ex. om vad som »förtjänar allmänt erkännande», liksom politiska ställningstaganden hos enskilda rättstillämpare påverkar lagstiftning och rättstillämpning vid sidan av mer rationella ställningstaganden.[4] Ju mer allmänt spridd en värdering är, desto större vikt tenderar den att tillmätas.[5] Att moraliska värden ges utrymme inom rättssystem kan också ses som ett uttryck för att rätten är en symbol för institutionaliserade sociala relationer. Med den uppfattningen legitimeras rätten av att den bygger på social och kulturell samstämmighet eller annorlunda uttryckt på en kollektiv moral.[6]

Även om kollektiva värderingar är ett av grundmomenten för att legitimera en rättsordning märks vissa nackdelar med en rättsutveckling som i alltför stor utsträckning påverkats av rådande värderingar. Så är särskilt fallet om det kan ifrågasättas i vilken omfattning dessa värderingar verkligen är uttryck för en kollektiv moral. Bland nackdelarna märks att utvecklingen riskerar att leda till en lagstiftning som är mindre förenlig med det juridiska systemet i övrigt. Det i sin tur kan leda till svårigheter vid rättstillämpning, svårigheter som riskerar att medföra en heterogen rättspraxis och slutligen rättsförluster för enskilda. Här märks både parter och tredje man. Men nackdelar kan också uppstå om utvecklingen inom rättssystemet, av respekt för kravet på kontinuitet och som en följd av att etablerande av rationella grunder för förändringar normalt är relativt tidskrävande, sackar efter den övriga samhällsutvecklingen. Rätten kan då framstå som konservativ, föråldrad och inadekvat i förhållande till nya samhällsfenomen. Ett samspel mellan aktuella värderingar och traditionella grunder krävs därför.

Diskussionen om vilka faktorer som bör ligga till grund för rättens utveckling riskerar lätt att leda till ett cirkelresonemang. Bland de grundläggande svårigheterna märks att också uppfattningen att rättsutvecklingen skall bidra till kontinuitet till viss del är uttryck för en värdering. På motsvarande sätt kan värderingar smyga sig in i vad som uppfattas som logiska

3 Peczenik s. 45 f.

4 Hellner 1975 s. 403 f. Argument för lagstiftning delas här in i »öppna» och »fria» argument. Användningen av olika typer av argument sammanhänger med syftet med lagstiftningen. Vid lagstiftning med ett politiskt syfte är det vanligare med fria argument. *(Se vidare 3.2.)*

5 Eckhoff 1989 s. 19 f., s. 320.

6 Durkheim 1991 s. 28 f. Fletcher s. 268 f. *(Se ovan 2.1.1.)*

och rationella argument.[7] I samband med familjerättslig rättsutveckling tillkommer, för att referera *Schmidt*, att det för en enskild samhällsmedlem ofta kan vara svårt att ange vilka värderingar som präglar de egna ställningstagandena till »sådana grundfrågor som förhållande mellan man och hustru och förhållandet mellan föräldrar och barn. Vad som är bra eller dåligt synes så självklart, att man inte är medveten om de värderingar som bestämmer omdömet».[8]

Trots dessa svårigheter har jag, i det mer begränsade perspektiv som argument för eller mot lagstiftning om vårdnad utgör, valt att dela in argument i huvudkategorierna *rationella* och *värdebaserade* argument. Dessa bägge huvudkategorier ges underavdelningarna *rättstekniska* och *komparativa* argument. De värdebaserade argumenten har underavdelningen *pedagogiska* argument. *(Se vidare 3.2.1.)*

Kapitel 3 *disponeras* enligt följande. Inledningsvis presenteras några synpunkter om vårdnad i doktrin och debatt (3.1.1). De följs av vissa teorier om rättens legitimitet och funktion (3.1.2). Därefter diskuteras motiven för svensk lagstiftning om vårdnad m.m. under 1900-talet (3.2). Här berörs även några huvuddrag i utvecklingen av och diskussion runt LVU. I det sista avsnittet behandlas rättsutvecklingen genom HDs rättspraxis (3.3.1) samt visst empiriskt material (3.3.2).

3.1.1 Synpunkter i doktrin och debatt

Vilka faktorer som styrt rättsutvecklingen på vårdnadens område har diskuterats i utländsk doktrin. Men som inledningsvis framhölls är inte min ambition att närmare redogöra för denna diskussion. Emellertid kan nämnas att utvecklingen i västvärlden gått mot ett ökat uppmärksammande av barn. Det växande antalet skilsmässor har också medfört att staten blivit tvungen att utfärda legala, offentliga former för föräldrarnas annars informella, privata omvårdnadsarrangemang.[9]

En sådan legalisering av föräldrarnas omvårdnadsarrangemang baseras, som framkommit, numera på principen om barnets bästa. Tolkningen av barnets bästa i samband med överföring av vårdnad görs till viss del i form av presumtioner om lämplig utgång av vårdnadstvisten. I Sverige och

7 Se Peczenik 1995 s. 48.
8 Schmidt 1969 s. 432.
9 Smart & Sevenhuijsen ed. s. xv. Smith 1980 s. 33 f.

många andra länder i västvärlden förmodas gemensam vårdnad normalt vara lämpligast.[10] *(Se ovan kapitel 2.)*

I doktrin och debatt kan skönjas vissa allmänna uppfattningar, ofta formulerade i termer av barnets bästa, rörande de legala formerna för omvårdnadsarrangemangen. Två av dessa är genusbaserade. Enligt s.k. pappagrupper skulle all legal prioritering av modern vara diskriminerande mot mannen. Som en sådan prioritering uppfattas t.ex. att en ogift mor blir ensam vårdnadshavare, om inte föräldrarna tillsammans anmäler att de önskar gemensam vårdnad (se 6:3–4 FB). Som förslag till lagstiftning har svenska pappagrupper därför anfört att ogifta föräldrar *ipso iure* borde få gemensam vårdnad om barn utom äktenskap.[11]

En andra genusbaserad uppfattning, som delvis kan hänföras till feminismen, förespråkar ett tydligare samband mellan den faktiska omvårdnaden av barnet och de legala befogenheter som följer av den rättsliga vårdnaden. En sådan trend har internationellt kommit till uttryck i presumtionen om den huvudsaklige omvårdaren.[12] Också motstånd mot att avskaffa moderspresumtionen vid vårdnadstvister och mot att införa gemensam vårdnad *ipso iure* för ogifta föräldrar kan vara genusbaserat.[13] I Sverige saknas det i lagstiftningssammanhang så gott som helt företrädare för denna »linje».[14] (*Se ovan 2.4*)

Gemensam legal vårdnad för föräldrar som inte bor tillsammans har fått stort genomslag. Det förhållandet att mödrar i större omfattning än fäder ansvarar för den faktiska vårdnaden av barn, medan bägge föräldrarna har del av den legala vårdnaden, förmodas kunna leda till två tänkbara scenarier.[15]

Enligt det första, optimistiska scenariot skulle konflikter om vårdnad kunna lösas genom att den förälder som före vårdnadstvistens uppkomst inte tog del i den faktiska omvårdnaden av barnet, oftast fadern, gavs större legala rättigheter – i praktiken gemensam vårdnad. Den gemensamma legala vårdnaden skulle då automatiskt medföra att pappan blev mer engagerad i barnet.[16]

Enligt det andra, pessimistiska scenariot skulle gemensam legal vård-

10 Se Smart & Sevenhuijsen ed. s. 1.
11 SOU 1995:79. SOU 1979:63, s. 71.
12 Se Kurki-Suonio 1994, Sandberg 1990 s. 129 f.
13 Se Smith 1980 s. 357 f. Bromley & Lowe s. 292 f. Taksöe-Jensen s. 208 f.
14 Notera dock remissyttranden i prop. 1975/76:170 s.120.
15 Smart & Sevenhuijsen ed., s. xi f.
16 Prop. 1975/76:170 s. 145.

nad, oberoende av fördelningen av det faktiska vårdnadsansvaret, medföra en risk för kränkning av den faktiska vårdnadshavarens integritet. Därigenom skulle kvinnans, som normalt är den faktiska vårdnadshavaren, självständighet minskas och den forne partnerns inflytande över hennes liv öka.[17]

Det samband som feministiska skolor förordar mellan legal vårdnad och faktisk omsorg har i sin tur ifrågasatts. De har hävdats att en sådan koppling skulle vara en omskrivning av moderspresumtionen och vara mindre relevant för en prognos av barnets bästa. Likaså anser kritikerna att betoningen av den konkreta omvårdnaden inte berör föräldraskapets kärna av ansvar och känslomässiga band till barnet. Inte heller skulle den relatera till det kvalitativa barnets bästa, utan enbart utgöra en kvantitativ bedömning av lämplig vårdnadshavare.[18] *(Se ovan 2.4.)*

Som genusneutral kan slutligen den slagordsmässigt formulerade uppfattningen »Parenthood is for life!» uppfattas. Enligt denna bör rätten till skilsmässa begränsas när det finns barn. Syftet med begränsningen skulle vara att garantera barnet stabilitet och kontakt med bägge sina föräldrar. I svensk rätt kan bestämmelserna om betänketid vid äktenskapsskillnad enligt 5:1 ÄktB om det finns barn, ses som exempel på en sådan uppfattning. Annars nämns ofta reglerna om föräldraansvar i den engelska *the Children Act 1989* som ett exempel på denna riktning. *(Se vidare 4.4.3.1.)*

3.1.2 Något om rättens legitimitet och funktion

I modern teori framhålls frågan om rättens legitimitet som överordnad den om dess funktion. I en demokrati godkänner medborgarna rätten, inte rätten medborgarna. Välfärdssamhällets överreglering och professionalisering anses ha lett till en försvagning av rättens inre sammanhang och legitimitet. Särskilt komplicerad blir frågan om rättens legitimitet på områden, som familjerättens, där normbildningen anknyter till vardagslivet. I detta sammanhang har två sätt för rättssystemet att vinna legitimitet presenterats. Det första skulle vara att rättsordningen överensstämmer med rättssubjektens kulturellt betingade etiska och sociala värderingar. Ett andra sätt för rätten att vinna legitimitet är genom förnuftig juridisk argumentation.[19]

17 Smart & Sevenhuijsen ed. s. xi f., Kurki-Suonio 1995. Se RH 1996:144. *(Se vidare 4.4.3.2.1.)*

18 Ziff s. 186 f. Ds 1995:2 s. 97 f.

19 Peczenik 1995 s. 47 f., s. 700.

Nära förknippad med frågan om rättens legitimitet är den om dess funktion. Rätten och lagstiftningen har olika funktioner att fylla.
En är att lagstiftningen skall utgöra ett *styrmedel* eller *handlingsdirektiv.*[20] Vid sidan härav fyller rätten, och i synnerhet civilrätten, en *konfliktlösande funktion.* Rättens *handlingsdirigerande* funktion har framhållits framför dess *konfliktlösande* funktion. Konfliktlösning uppfattas då inte som civilprocessens huvuduppgift i så måtto att konfliktlösningen skulle tillåtas inkräkta på rättsskipningens handlingsdirigerande funktion. Däremot ger konfliktlösningen vid domstol de materiella reglerna genomslagskraft i samhällslivet.[21] Lagstiftningen skulle därmed syfta till att styra samhällslivet och konkretiseras genom konfliktlösande rättstillämpning.

Med en *Webersk* terminologi motsvaras resonemanget om rättens funktion snarast av diskussionen om *norm-* och *målrationalitet.* I en rättsstat bör dessa begrepp vara sammankopplade på så sätt att det är målrationellt för rättssubjekten att handla normrationellt, dvs. att följa rättens handlingsdirigerande funktion. Sambandet mellan norm- och målrationalitet förutsätter att systemet som sådant är normrationellt. Med normrationalitet förstås t.ex. att domstolsavgöranden överensstämmer med relevanta normer. Normrationalitet förutsätter även ett inbördes samband mellan rättsreglerna.[22] Ett sådant samband kan uttryckas i rättssäkerhetstermer, lika skall behandlas lika.[23]

I samband med vårdnad om barn kan rättens funktion diskuteras ur två perspektiv. Ett första utgör de civilrättsliga reglerna om vårdnad och överföring av vårdnad. Ett andra perspektiv är den offentliga rätten och då i första hand socialrättens bestämmelser om omhändertaganden av barn. I socialrätten är rättens funktion som styrmedel mer framträdande än inom civilrätten.[24]

Det kan förklaras av socialrättens koppling till socialpolitiken och den styrning som är inbyggd i socialpolitiken. Socialpolitik utgörs av de åtgärder samhället använder för att förebygga och lösa sociala problem. Verk-

20 Hellner 1990 s. 161.

21 Ekelöf I s. 14 f.

22 Weber 1976 s. 12 f.

23 Hellner 1975 s. 405. Att rättssäkerhetsprincipen i sig inte utgör en garant för den enskildes rättvisa har påpekats av bl.a. Åström. Här kan nämnas ytterligare en teori, den reflexiva rätten, utvecklad av bl.a. *Teubner.* Enligt denna teori skulle regelsystemets främsta syfte vara att ge en struktur inom vilka individuella problem och konflikter kan lösas. Åström s. 14.

24 Hellner 1990 s. 162 f.

samheten regleras av de socialrättsliga reglerna. Det är som *Westerhäll* anför uppenbart att rättsreglerna här används som styrmedel. Hon tilläger: »Skall man försöka framhäva skillnaden mellan socialpolitik och socialrätt, är det bestickande att använda begreppet 'styrning' för socialpolitiken och 'rättssäkerhet' för socialrätten».[25] Att begreppet »rättssäkerhet» skulle vara karaktäristiskt för socialrätten ifrågasätts förvisso kontinuerligt.[26] Men det tycks råda enighet om att det, genom domstolsprövning och JO-institutet, åtminstone finns en formell kontrollapparat över socialrätten, inklusive tillämpningen av LVU.

Vad så gäller funktionen av de civilrättsliga bestämmelserna om vårdnad utövar allmän domstol, vid sidan av de handlingsdirigerande och konfliktlösande funktionerna, en kontrollfunktion. I samband med civilrättslig vårdnadsövergång kommer den t.ex. till uttryck genom att rätten åläggs att *ex officio* kontrollera att föräldrars överenskommelser i vårdnadsfrågor är förenliga med ett passivt barnets bästa. *(Se vidare 5.4.1.)*

Såväl de civilrättsliga som de offentligrättsliga reglerna om överföring av vårdnad har således en uttalad handlingsdirigerande funktion. Denna funktion ligger traditionellt närmare den offentliga rätten som åtminstone tidigare ansågs vara präglad av myndighets rätt till maktanvändning gentemot enskilda. Rätten har självfallet även en konfliktlösande funktion att fylla i samband med en civiltvist om vårdnad. Emellertid är bestämmelserna om konfliktlösning vid vårdnadstvist mellan föräldrar begränsade.

Istället betonas rättsordningens handlingsdirigerande funktion. Den kommer till uttryck på åtminstone två skilda plan, det allmänna och det individuella. På det *allmänna* planet är barns välfärd ett område som rönt stor uppmärksamhet. Domstolens officialkontroll av föräldrar och andra vårdnadshavares överenskommelser kan ses som ett led i ett sådant främjande av barnets välfärd. Rättens officialansvar kompletteras av, alternativt utgör ett komplement till, andra samhällsåtgärder i syfte att tillgodose barns behov.

På ett *individuellt* plan kan det dock diskuteras om den svenska vårdnadsrätten verkligen fyller sin funktion som handlingsdirektiv. En anledning härtill är att rättsreglerna till stor del syftar till att frambringa utomrättsliga uppgörelser. Konfliktlösningsreglerna på området är få och, med undantag av 6:6 a FB och 6:10d FB, allmänt utformade. Huvudsakligen bygger de på hänvisningar till ett inte närmare definierat barnets bästa. Till

25 Prop. 1979/80:1 s. 530, 586 f. Westerhäll 1990 s. 16 f. Bramstång s. 191.

26 Se t.ex. debatten i SvD 960621–960722.

det kommer att prejudikateffekten av tidigare domar är svag, detta som en följd av inslagen av *in casu*-bedömningar. Det kan medföra svårigheter för den enskilde att utläsa tydliga handlingsdirektiv ur vårdnadsrätten. Det i sin tur skulle innebära en svag överenstämmelse mellan mål- och normrationalitet. Sådana svårigheter att förutse utgången i en vårdnadstvist har ansetts missgynna den av parterna som har det svagaste förhandlingsläget, t.ex. pga. en stark känslomässig bindning till barnet.[27] Det kan inte helt uteslutas att dessa tolkningssvårigheter kan utgöra ett problem även för rättstillämparen och därmed ytterligare minska rättens normrationalitet. *(Se vidare 6.2.1.)*

I vissa fall syftar lagstiftningen om vårdnad till att fylla en *pedagogisk* funktion. Lagstiftningen används då som ett medel för att påverka medborgarnas beteende och attityder.[28] Sådan lagstiftning skiljer sig från den handlingsdirigerande på följande sätt: För att den handlingsdirigerande rätten skall kunna fylla en funktion som handlingsdirektiv krävs att den kan användas som konfliktlösningsmedel, alternativt uttryckt att det finns samband mellan norm- och målrationalitet. Handlingsdirektiven blir handlingsdirigerande därför att enskilda vill undvika att drabbas av den rättsföljd som skulle inträda om regeln tillämpades av domstol. Så är inte fallet med den pedagogiska lagstiftningen.

Kännetecknande för pedagogisk lagstiftning är istället att den saknar, eller endast har en svag, koppling till konfliktlösning och praktisk rättstillämpning. I den mån den pedagogiska lagstiftningen efterlevs är det rimligen därför att den vunnit allmänhetens gillande eller utgör en kodifiering av ett redan existerande beteende. Annorlunda uttryckt bygger efterlevandet av pedagogisk lagstiftning rimligen på en koppling mellan norm- och värderationella skäl.[29] Som exempel på vad som kommit att framstå som pedagogisk lagstiftning kan nämnas reglerna om barnets rättigheter i förhållande till vårdnadshavaren (6:1–2 FB).[30] I samband med vårdnadstvister syftar pedagogisk och pedagogiskt motiverad lagstiftning ofta till att »förlika» parterna och undvika domstolsprövning. Betoningen av de pedagogiska momenten vid familjerättslig lagstiftning tycks även ha medfört en förskjutning i uppfattningen om vad som utgör lämpliga grunder för lagstiftningen. *(Se vidare 3.2.)*

27 Sandberg 1990 s. 114. *(Se ovan 2.4.)*
28 T.ex. SOU 1972:41 s. 58, prop. 1990/91:8 s. 42.
29 Se Peczenik s. 59 f.
30 Se prop. 1981/82:168 s. 22 samt NJA 1995 s. 398.

3.2 Motiv för lagstiftning angående vårdnad

I det följande behandlas främst skäl för lagstiftning rörande vårdnad om barn och umgänge enligt 6 kap. FB eller motsvarande äldre lagrum. Närliggande rättsområden, till vilka jag räknar frågor om underhåll, förmynderskap, verkställighet samt vissa former av samhällsvård av barn, beaktas i begränsad omfattning.

Tidigare forskning rörande den svenska familjerättens utveckling har främst behandlat äktenskapsrätten, underhållsfrågor och faderskap. Däremot har vårdnad endast i mindre utsträckning direkt berörts i svensk doktrin.[31] Forskning inom andra familjerättsliga områden har emellertid relevans för vårdnadsfrågor. Här redogörs därför för några av huvuddragen i forskningen om äktenskapsrättens utveckling. Därefter presenteras viss socialrättslig forskning. Särskilt uppmärksammas diskussionen om värderingar i lagstiftningsarbetet.

Inledningsvis kan noteras att bland de faktorer som allmänt anses ha spelat en framträdande roll för utvecklingen av svensk familjerätt brukar nämnas sekularismen, socialdemokratin, jämställdheten mellan könen samt betoningen av individuellt ansvar.[32] Individualismen uppfattas i sin tur stå i ett visst motsatsförhållande till familjegemenskap och stabilitet.[33] Ur ett sociologiskt perspektiv framhålls att dagens Sverige har ett mycket stort antal splittrade familjer och en låg äktenskapsfrekvens. Vi har också en hög procent av ensamstående föräldrar och kvinnoförsörjda familjer, liksom det högsta antalet barn födda utom äktenskap i västvärlden.[34] (*Se vidare 3.3.2.*)

De ideal som dominerade det familjerättsliga lagstiftningsarbetet runt år 1920 kunde, enligt *Agell*, sammanfattas i följande principer.[35] Det formella äktenskapet skulle prioriteras som samlevnadsform, men söndringsprincipen erkändes som principiell grund för äktenskapsskillnad. En ma-

31 Se dock Appelberg och Wetter, Sund 1989, Jacobsson, Ewerlöf & Sverne, Fahlberg.

32 Agell 1984 s. 720 f. Se även Bradley 154 ff.

33 Att det verkligen skulle finnas en sådan motsättning mellan individualism och social gemenskap har ifrågasatts. Det har framhållits att kristendomens relativa individualism, som ligger till grund för värderingar också i det sekulariserade Sverige, inte betyder social isolering utan ett samspel mellan autonoma individer. En frihet under ansvar för sin nästa. Se Vinterhed DN 970219 s. 2.

34 Popenoe s. xiv.

35 Agell 1984 s. 715 f.

kes etiskt klandervärda beteende kunde få vissa rättsverkningar. Vägledande var principen om makars jämställdhet. Lagstiftningsarbetet utmärktes även av en strävan att förstärka den familjerättsliga underhållsskyldigheten. Syftet var att markera att den privaträttsliga underhållsskyldigheten var primär och statens ansvar sekundärt.[36] Äktenskapslagstiftningen skulle även frigöras från sin tidigare kyrkliga förankring.[37]

Dessa värderingar hade till stor del övergivits vid tillkomsten av 1973 års GB. De värderingar som dominerade denna lagstiftning var istället följande: Det formella äktenskapet skulle inte längre prioriteras.[38] Principen om makars jämställdhet genomfördes formellt undantagslöst. Söndringsprincipen som grund för äktenskapsskillnad fick ge vika för den än mer liberala viljeprincipen: »Nu vill jag inte längre vara gift med dig!» Konsekvent knöts inte längre några rättsverkningar till makes etiskt klandervärda beteende utan familjerätten avmoraliserades.[39] Kravet på trohet i äktenskapet borttogs.[40] Den absoluta familjerättsliga underhållsskyldigheten upphävdes genom lagstiftning år 1978.[41] Familjelagstiftningen under 1960- och 1970-talet skedde i relativt stor partipolitisk enighet. Däremot lämnades den nordiska familjerättsliga harmoniseringen delvis därhän.[42]

Strömholm hävdade att lagstiftningen, i första hand 1973 års GB, användes som medel för att styra människor mot deras vilja. Denna uppfattning underbyggs av uttalanden i GBs förarbeten där det konstateras att »lagstiftningen är ett av de viktigaste instrument som samhället förfogade över när det gäller att möta människornas önskningar eller att länka in utvecklingen i nya banor».[43]

Sundberg sammanfattade den svenska familjerätten redan före 1973 års GB som »skum och otydlig» och lagstiftningens mål som »diffusa och avlägsna, sällan robusta och handfasta».[44] Också *Strömholm* fann det vanskligt att fastställa »reella» motiv för lagstiftningen, även om oron för den sjunkande äktenskapsfrekvensen framstod som ett viktigt motiv.[45] Han var

36 Agell 1984 s. 719.
37 Schmidt 1969 s. 435.
38 Agell 1984 s. 726 f.
39 Agell 1984 s. 732.
40 Strömholm 1988 s. 268.
41 Strömholm 1988 s. 257 f.
42 Agell 1984 s. 726.
43 Se SOU 1972:41 s. 58.
44 Sundberg 1969 s. 230.
45 Strömholm 1988 s. 271.

kritisk till att inga försök hade gjorts att kartlägga värderingar och attityder hos medborgarna.[46] Kritiken i denna del är särskilt intressant, eftersom den antyder att lagstiftningen inte längre skulle utgöra en manifestation av rådande sociala värderingar. Därmed skulle rättsordningen för sin legitimitet vara beroende av en rationell argumentation.[47]

Som framhållits avgränsas genomgången i denna del mot socialrätten. Några av huvuddragen i LVUs utveckling kan dock refereras. I samband med tillkomsten av 1980 års LVU betonades den unges vårdbehov som grund för tvångsmässiga omhändertaganden. Betoningen av den unges vårdbehov bröt mot äldre rätt genom att samhällsskyddet inte längre tillmättes relevans.[48] 1980 års LVU kritiserades i sin tur för att rekvisiten för omhändertaganden var för löst hållna.[49] Mot bakgrund av denna kritik specificerades förutsättningarna för ingripanden något i den nu gällande LVU.[50]

Fortsatt kritik har emellertid riktats mot LVU på en rad punkter. Kritiken avser såväl principiella som praktiska frågor. Bland dessa märks utformningen av kriterierna för omhändertaganden, genomförandet av omhändertaganden och rättssäkerhetsaspekter.[51] Diskussionen kring den materiella rättssäkerheten har bl.a. rört ramlagstiftningens faror. SoL är som bekant exempel på en målinriktad ramlag som saknar en egen syftesbestämning.[52] Det har även hävdats att familjehemsplaceringar inte ger de omhändertagna barnen bättre förutsättningar än om de stannat hos sina biologiska föräldrar.[53]

Diskussionen om ingripanden enligt LVU förs huvudsakligen mellan företrädare för två olika ideologiska ståndpunkter. På ena sidan finns de som anser att ett omhändertagande skall ses som en »förmån» för barnet och ett led i en behandling. På den andra står de som ser omhändertagan-

46 Strömholm 1988 s. 266. Se dock SOU 1972:41.

47 Durkheim 1991 s. 28 f. Peczenik 1995 s. 700.

48 Hollander 1985 s. 172. Bramstång s. 191 f. Socialliberal reformpolitik 1903–1930 behandlas av Ohrlander. Samhällsvårdens repressiva funktion i norsk rätt och allmänt framhålls av Dahl 1978 s. 170 f. *(Se ovan 1.3.3.)*

49 Lundström s. 78 f.

50 Prop. 1989/90:28 s. 60 f. Prop. 1996/97:124 omfattar inte förslag till ändringar av LVU.

51 Bramstång, Claezon, Sundberg, Sundberg-Weitman, Krantz, Hollander.

52 Stertzel 1993, Hyden 1984 s. 12.

53 Vinnerljung 1996 s. 244 f.

det som ett ingrepp i föräldrars och barns rättssäkerhet.[54] Sammanfattningsvis vill den första gruppen något underlätta möjligheten att tvångsomhänderta barn. Motiveringen för detta är att kunna åstadkomma bästa möjliga skydd för det enskilda barnet. Företrädarna för den andra gruppen vill däremot begränsa samhällets möjligheter att tvångsomhänderta barn. Deras syfte är att skydda föräldrarnas integritet och rätt att själva bestämma över sina barn.

Tvångsomhändertaganden kan även relateras till legalitetsprincipen.[55] Det har t.ex. gjorts av *Bramstång*. Han betonar vikten av att legalitetsprincipen respekteras och diskuterar faran med illojal maktanvändning. Han framhåller att frihetsingripanden skall kunna stödjas på en klar lagtext och att lagtolkningen skall vara restriktiv när det rör ingripanden i den personliga integriteten.[56] *Bramstång* tycks i första hand utgå från problem i samband med administrativa frihetsberövanden och ingripanden enligt 3 § LVU. Vid omhändertaganden enligt 2 § LVU är parallellen till frihetsberövande något mindre tydlig. Däremot är frågan om omhändertagandet är att se som ett straff eller en förmån central.[57]

I Norge har *Smith*, till skillnad från Bramstång, anfört att legalitetsprincipens krav på en restriktiv lagtolkningsmetod inte konsekvent kan upprätthållas vid omhändertaganden av små barn pga. brister i omvårdnaden. Istället för en restriktiv lagtolkning bör enligt henne en skönsmässig bedömning av barnets bästa göras.[58] *Hollander* har kritiserat denna inställning. Hon betonar betydelsen av en allsidig utredning och av att premisserna för ett omhändertagande studeras rationellt.[59] Såvitt jag förstår strider emellertid inte en sådan uppfattning mot *Smiths*.

Efter denna översikt av utvecklingen inom äktenskaps- och socialrätten diskuteras i de följande avsnitten rättsutvecklingen inom vårdnadsområdet.

54 Se t.ex. prop. 1989/90:28 s. 49–51, Ewerlöf & Sverne s. 90–92, Sundberg-Weitman 1984, 1986 s. 82–93.

55 Rörande proportionalitetsprincipen. *(Se vidare 4.2.3.)*

56 Bramstång 1964 s. 99 f. Bramstång 1985 s. 191 f. (*Se vidare 5.5.1.*)

57 Bramstång 1964 s. 1.

58 Smith 1980 s. 292.

59 Hollander s. 42 f.

3.2.1 Värderingar och rationalitet i lagförarbetena

En naturlig utgångspunkt i ett rättsdogmatiskt arbete för att presentera den svenska lagstiftningens utveckling är lagförarbetena.[60] Den följande redogörelsen omfattar motiv för lagstiftning såsom de framgår av propositionerna som legat till grund för denna.[61] Tyngdpunkten har lagts vid departementsrådets föredragning och specialmotiveringen eller motsvarande. Däremot redogörs endast undantagsvis för det tidigare utredningsarbetet.[62] Denna begränsning motiveras av att det är argumenten som närmast föregått lagstiftning som främst intresserat mig.[63]

Lagförarbetena har en rättspolitisk prägel i den bemärkelsen att de vid en tidpunkt skall användas *de lege ferenda* för att motivera stiftandet av en av riksdagen ännu inte antagen lag.[64] Men i och med att lagstiftningsförslaget antagits förändras motivens användningsområde. Avgörande för en sådan betydelseförskjutning är användningen av materialet, inte dess innehåll som sådant.[65] Lagförarbetena kommer fortsättningsvis inte att användas för att »övertala» parlamentet att stifta en viss lag, utan som tolkningsunderlag vid rättstillämpning *de lege lata*. Det gäller särskilt i de nordiska länderna där motiven ännu har en mycket stark ställning.[66] Förarbetena omfattar således såväl rättskällefakta som rättspolitiskt relevanta fakta. Det medför att den följande framställningen kan betraktas som rättsdogmatisk, trots att den bygger på vad som en gång har varit ett rättspolitiskt material.

Självfallet finns det ett samband mellan argumenten för lagstiftning i regeringens propositioner till riksdagen och tidigare utredning.[67] Och naturligtvis finns det aspekter på lagstiftningsarbetet som denna genomgång in-

60 Om andra utgångspunkter se t.ex. Åström s. 91 f.

61 Angående de äldre lagarna diskuteras även NJA II. Lagrådsprotokollen anmärks i 3.2.1.3.

62 Se presentation i Walin, 1:e uppl. s. 3 f., 3:e uppl. s. 19 f., 4:e uppl. s. 19 f. samt 5:e uppl. s. 29 f.

63 Propositionerna anses även inta en särställning i det praktiska rättslivet. Hellner 1988 s. 66. Löfmarck s. 89.

64 Se Eckhoff 1985 s. 30 ff.

65 Hedenius s. 119.

66 Som en följd av Sveriges inträde i EU kommer rimligen motivens betydelse för den framtida rättstillämpningen att minska. De kan antas att det är en utveckling som först kommer att göra sig gällande inom områden som direkt berörs av EUs fördrag, men som rimligen också kommer att få betydelse för den interna rätten såsom familjerätten. Se dock Peczenik 1994/95 s. 306.

67 Se Hellner 1975 s. 404 f.

te fångar upp. Hit hör frågeställningar som snarast ingår i annan samhällsvetenskaplig forskning, t.ex. analys av rättsutvecklingen i förhållande till riksdagens politiska sammansättning eller sambandet mellan individ och idé. Genomgången, sådan den nu är, ger emellertid inte belägg för partipolitiskt präglad lagstiftning om vårdnad.[68] Värderingarna förefaller ligga på ett annat plan.

3.2.2 Motiv för lagstiftning

Genom en analys av argument för lagstiftning som de kommer till uttryck i lagförarbetena tecknas huvudlinjerna i utvecklingen. Undersökningen syftar som sagt till att klarlägga vilka skäl som framförts för och emot lagstiftning. Dessa har sedan delats in i kategorierna *värdebaserade* och *rationella* argument.

»Värderingar» och »rationalitet» är begrepp som behandlas i en omfattande doktrin. Min ambition är inte att redogöra för denna, utan att finna verktyg för att besvara mina frågeställningar. Nämnas kan dock att bland de krav som anses kunna ställas på en rationell argumentation märks att den bör bygga på problemanalys, målanalys och rättvisehänsyn.[69] Värderingar omfattar ett brett spektra av tankeföreställningar. Hit hör vad som uppfattas som grundläggande *prima facie* värderingar, som måste respekteras av rättsordningen utan att det behöver anföras några närmare skäl härför. Här märks värderingar såsom att den offentliga makten skall utövas med respekt för alla människors lika värde och med respekt för den enskildes frihet och värdighet.[70] Andra mindre grundläggande värderingar kan ha mer specifik karaktär och därmed mer begränsad räckvidd. Här märks t.ex. partipolitiskt färgade värderingar.

I detta sammanhang uppfattas ett argument som *rationellt* om det bygger på reell hänsyn och en empiriskt belagd uppgift. Med rationella argument avses således argument där den rationella grunden för lagstiftningen poängteras, till skillnad från eventuella värderingar. De rationella argumenten ligger nära vad som brukar betecknas som mål- och normrationella argument. Som ett exempel på vad som här behandlas som ett rationellt argument kan tas följande citat ur förarbetena till LBuÄ: »Följderna av den

68 Se Agell SvJT 1984 s. 726. Det finns anledning att tro att det förhåller sig annorlunda vid rättstillämpning, där ett samband mellan avgöranden och domares partipolitiska sympatier har kunnat skönjas. T.ex. Ohlander 1991, Eckhoff 1993 s. 309.

69 Hellner 1990 s. 22 f., 185.

70 Pecenik 1995 s. 447.

sämre ställning barnen utom äktenskap intaga i jämförelse med barnen i visa sig redan före barnets födelse. Enligt vad som framgår av den statistiska redogörelsen, är antalet dödfödda barn ej oväsentligt större bland barnen utom äktenskap än bland de äkta».[71] Ofta underbyggs rationella argument med empiriskt material. Urval och grund för det empiriska materialet kan medföra att det finns anledning att ifrågasätta objektiviteten i det rationella motivet.

Icke-rationella argument behandlas här motsatsvis som *värdebaserade*. I samband med den rättsutveckling som beskrivs här kan de värdebaserade argumenten enklast beskrivas med hjälp av uttrycket »ändamålet helgar medlet». Lagstiftaren tycks ha en uppfattning om vilka mål man vill nå, men anför inte rationella argument för att motivera dem. Istället anförs skönsmässiga skäl. De värdebaserade argumenten är ofta prognosbaserade, medan de rationella relaterar till existerande förhållanden. Som ett exempel ur förarbetena till FB kan nämnas följande argumentation: »(G)ift mors delaktighet i förmynderskapet medför så betydande värden ur etisk och psykologisk synpunkt att de nämnda praktiska olägenheterna icke böra få stå hindrande i vägen».[72] Andra exempel som hänförs till värdebaserade argument är generella uttalanden om vad som t.ex. anförts »i den allmänna debatten»[73] och »det är till fördel för barnet om det efter skilsmässa kan bevara nära och goda relationer till båda föräldrarna».[74]

Värdebaserade argument med ett uttryckligt normerande och pedagogiskt syfte benämns här *pedagogiska* argument. Adressaten för sådana argument är i samband med lagstiftning om vårdnad normalt föräldrarna.[75] Som exempel kan nämnas följande citat: »För egen del ser jag den nu föreslagna regeln just som ett sätt att påverka normbildning och attityder»[76] eller: »Vid oenighet bör parterna ta till vara de möjligheter till stöd- och hjälpinsatser som samhället erbjuder...».[77]

Rättstekniska argument avser argument av innebörden att en föreslagen lagändring utgör en anpassning till gällande rätt. De rättstekniska argumenten kan tangera både de värdebaserade och de rationella argumenten.

71 NJA II 1917 s. 366.

72 NJA II 1950 s. 111.

73 Prop. 1990/91:8 s. 49.

74 Prop. 1975/76:170 s. 91.

75 Se Hellner 1990 s. 37 om »undervisande» lagstiftning med den professionelle lagtolkaren som adressat. (*Se ovan 3.1.2.*)

76 Prop. 1990/91:8 s. 42.

77 Prop. 1981/82:168 s. 44.

De kan avse såväl ett behov av lagregler för att kunna lösa likartade problem på ett homogent sätt som ett behov av att vidareutveckla en lagstiftningsideologi.[78]

Med *rättskomparativa* argument avses argument med en uttrycklig internationell referens, t.ex.: »i överensstämmelse med tysk, schweizisk och fransk lag ...».[79]

Svensk lagstiftning rörande vårdnad om barn har huvudsakligen skett under tre epoker. Den första epoken (I) inleds med 1917 års lag om äktenskaplig börd och omfattar 1917 års LBuÄ och 1920 års LBiÄ. Nästa epok (II) omfattar 1949 års FB. Den senaste och pågående epoken (III) startar med 1973 års GB, följd av 1977 års ändring av FB, enligt vilken gemensam vårdnad blev möjlig för frånskilda och ogifta föräldrar. Under denna epok har 6 kap. FB varit föremål för ett stort antal förändringar av varierande omfattning. Genomgripande lagändringar har genomförts åren 1977, 1983 och 1991. Mindre genomgripande lagändringar gjordes 1989, 1993, 1994 och 1996. Förslag till omfattande förändringar rörande vårdnad har även lämnats i SOU 1995:79.[80]

3.2.2.1 EPOK I, 1917–1948

Det är de *rationella* motiven som dominerar under epok I, 1917–1948. Under perioden skedde stora förändringar i gifta föräldrars inbördes rättsförhållanden. Värderingarna i 1910-talets familjerättsliga lagstiftning har sammanfattats i den tidigare doktrinen. *(Se ovan 3.2).* Här kan helt kort framhållas att utvecklingen under epok I präglades av en fast ideologisk målsättning som syftade till att gynna den legitima äktenskapliga förbindelsen mellan könen framför den illegitima. De *värdebaserade* motiven vilar på en kristen moral- och familjesyn, ännu tagen för given. Denna målsättning lämnade dock utrymme för ett visst pragmatiskt tänkande utifrån t.ex. kvinnors och utomäktenskapliga barns situation. En möjlighet är att användandet av pragmatiska argument syftade till att frånta lagstiftningen dess moraliska laddning. Lagstiftningen skulle istället anpassas till den faktiska situationen.

78 Se vidare Hellner 1990 s. 170.

79 NJA II 1921 s. 242.

80 Enligt uppgift från justitiedepartementet 970422 förväntas en proposition till hösten 1997.

a) Lag (den 14 juni 1917) om barn utom äktenskap

LBuÄ utfärdades under en högerregering[81] och LBuÄ reglerade frågan om vårdnad om barn födda utom äktenskap. Härom stadgades att modern skulle ha vårdnaden om barnet och vara dess förmyndare. Var föräldrarna överens kunde rätten förordna fadern som förmyndare under förutsättning av att han var lämplig. Var modern inte lämplig som vårdnadshavare skulle rätten förordna fadern eller någon annan till förmyndare för barnet. Så skulle också ske om modern dog. LBuÄ innebar vissa förbättringar av utomäktenskapliga barns ställning genom att deras möjlighet att få kännedom om sitt biologiska ursprung ökades och föräldrarnas underhållsskyldighet skärptes. I LBuÄ stadgades även att en förälder som inte hade vårdnaden om barnet skulle ha tillfälle till umgänge med det.

Stiftandet av LBuÄ motiverades huvudsakligen *rationellt*. Det skedde genom att de olikartade faktiska levnadsförhållandena för barn födda inom respektive utom äktenskap framhölls. Som skäl för lagstiftningen anfördes, för det första, att spädbarnsdödligheten bland utomäktenskapliga barn enligt SCBs statistik var betydligt högre än bland barn födda i äktenskap.[82] För det andra anfördes att utomäktenskapliga barn var överrepresenterade bland dem som fällts för grövre brott. För det tredje motiverades LBuÄ med att, vad som då uppfattades som »ett jämförelsevis stort antal» av de utomäktenskapliga barnen, 3,75 procent, inte konfirmerades. Slutligen anfördes att utom äktenskap födda kvinnor var överrepresenterade bland ogifta mödrar.[83]

Vid sidan av de rationellt baserade skälen användes även vissa *värdebaserade* motiv för att motivera förbättrandet av utomäktenskapliga barns ställning. Ett sådant skäl, som uttryckligen bröt mot värderingarna bakom 1734 års lag, var att »det icke torde överensstämma med en sund rättsuppfattning att låta de utom äktenskap födda barnen utsättas för lidande såsom ett slags straff för föräldrarnas fel». Ytterligare ett *värdebaserat* argument var att: »(l)agens njugghet vid utmätande av föräldrarnas förpliktel-

81 Prop. 1917:33. Samtidigt utfärdades *lag (den 14 juni 1917) om äktenskaplig börd.* Den innebar bl.a. att termen »oäkta» barn ersattes med begreppet »utomäktenskapliga» barn. Barn som föddes inom föräldrarnas äktenskap betraktades som legitima, även om de var avlade före äktenskapet. Däremot borttogs de tidigare legitima kategorierna »trolovningsbarn» och »våldtäktsbarn». (*Se ovan 1.3.4.*)

82 NJA II 1917 s. 366 f.

83 A.a. *Umgängesrätten* med barn födda utom äktenskap motiverades *rättstekniskt* med hänvisning till förälders umgängesrätt med barn efter hemskillnad eller skilsmässa (6:23 lagen (den 12 november 1915) om äktenskaps ingående och upplösning). Prop. 1917:33 s. 66.

ser mot dessa barn uppmuntra till lösa förbindelser i stället för att avhålla därifrån».[84]

b) Lagen (den 11 juni 1920) om barn i äktenskap[85]

LbiÄ utfärdades under en expeditionsregering. Här stadgades att barn födda inom äktenskap stod under bägge föräldrarnas vårdnad till dess de fyllt 21 år eller ingått äktenskap. Rätten att bestämma om barnets personliga angelägenheter skulle tillkomma föräldrarna tillsammans. Domstols beslut om vårdnad krävdes vid hemskillnad mellan föräldrarna och vid äktenskapets upplösning. Vid domstolsavgöranden om vårdnad skulle enligt 9 § LBiÄ föräldrarnas överenskommelse vara avgörande om den inte var uppenbart stridande med barnets bästa. Kunde föräldrarna inte komma överens skulle vårdnadsfrågan avgöras i enlighet med barnets intresse. Som en subsidiär grund anfördes, för de fall att föräldrarna var lika lämpade att ta hand om barnen, att den av föräldrarna som bar skulden till samlevnadens sammanbrott inte skulle få vårdnaden om barnen. I de fall föräldrarna pga. söndring levde åtskilda, utan att hemskillnad ägt rum, markerades att vårdnaden inte lämpligen kunde utövas av båda föräldrarna. I sådana fall var fadern genom sitt målsmanskap över barnet berättigad att utöva vårdnaden.

Jämfört med LBuÄ är de *värdebaserade* motiven mer omfattande i förarbetena till LBiÄ. Det kan bero på att denna lag utgjorde en större förändring i föräldrarnas rättsliga förhållande till sina barn än den tidigare LBuÄ. Förändringen bestod i att gifta mödrar *ipso iure* tillerkändes del i vårdnaden om sina barn i äktenskap. I motiven dryftades hur eventuella konflikter mellan föräldrarna om vårdnadens utövande skulle lösas. Här diskuterades om den yttersta bestämmanderätten över barnets personliga angelägenheter, trots allt, skulle ligga kvar hos fadern. Ett annat förslag var om

84 NJA II 1917 s. 368. Se även 1920 års GB angående män och kvinnors ökade legala jämställdhet. Män och kvinnor blev genom GB jämställda i äktenskapet såtillvida att mannens målsmanskap över hustrun upphörde. Hon erhöll full rättskapacitet och del i vårdnaden om makarnas barn. Däremot förblev fadern ensam förmyndare för barn födda inom äktenskap. Som *rationella* motiv för den gifta kvinnans myndighet enligt GB anfördes t.ex. att hustruns underordnade ställning måhända inte var »utan all skuld till den sjunkande äktenskapsfrekvensen och det ökade antalet konkubinat». *Rättstekniskt* hänvisades till att ogifta kvinnor blev myndiga vid fyllda 21 år. Slutligen anfördes, med referens till kvinnans politiska rösträtt, att: »Förvisso vore det då en uppenbar och skadlig inkonsekvens att inom äktenskapslagstiftningen kvarhålla kvinnan i den rättsligt underordnade ställning som hon nu intager». Här knöts sålunda ett pragmatiska hänsynstagandet samman med en *värdebaserade* målsättning.

85 Prop. 1920:15.

frågor om vårdnadens utövande skulle kunna bli föremål för domstolsavgörande. Detta förslag avslogs med hänvisning till att 1921 års GB byggde på den *värdebaserade* grundsatsen att familjens ideella och personliga angelägenheter inte skulle bli föremål för domstols prövning.[86] Föräldrarnas rätt att utöva vårdnaden i de fall en särskilt förordnad förmyndare utsetts motiverades *värdebaserat*.[87]

En mellanställning mellan *rättstekniska* och *värdebaserade* motiv utgjorde argumentet att 1917 års LBuÄ medfört ett behov av att reglera relationen också mellan föräldrar och barn födda inom äktenskap. Likaså betonades den ökade jämställdhet mellan makar som 1920 års GB inneburit. Här anfördes att: »det av kvinnorna framförda kravet å likställighet mellan makarna knappast i något hänseende är mera starkt och berättigat än i frågan om bestämmanderätten över barnen».[88]

Det är också intressant att se hur företeelser som i dag framstår som huvudsakligen *värdebaserade* i motiven till LBiÄ motiverades *rationellt* och *rättstekniskt* med hänvisning till annan lagstiftning. Så motiverades t.ex. föräldrars tillsynsplikt över barn med hänvisning till förordningen den 4 december 1896 angående förbud för barn att idka viss försäljning samt förordningen den 10 december 1897 angående förbud mot barns användande vid offentliga förevisningar samt till förordningen den 9 juni 1871 angående fattigvård.[89]

Enligt LBiÄ ägde föräldrar rätt att tukta barn. Denna rättighet motiverades *värdebaserat* med »sakens natur». En jämförelse gjordes även med husbondes tuktorätt enligt legostadgan. Den ledde till den *värdebaserade* slutsatsen att: »(f)öräldrars och annan vårdnadshavares tuktorätt är betydelsefullare och mer självfallen».[90] Lagstiftaren avstod dock från att såsom gjordes i tysk, schweizisk och fransk lag, stadga rätt för föräldrar att i svåra fall anlita myndighet för vidtagande av tvångsåtgärd. Som skäl härför åberopades *värdebaserat* »svensk åskådning».[91] Om någon av föräldrarna väsentligen överskred sin rätt att tukta barnet kunde det, i likhet med grovt missbruk och försummelse, leda till att vårdnaden fråntogs föräldern.[92]

86 NJA II 1921 s. 250.
87 NJA II 1921 s. 236.
88 NJA II 1921 s. 234.
89 NJA II 1921 s. 241 f.
90 A.a.
91 A.a.
92 NJA II 1921 s. 242, 251. Nämnas kan *Lag (den 22 februari 1924) om förmyndare*, prop. 1924:53. Enligt denna var fadern ensam förmyndare för barn födda inom äktenskap.

3.2.2.2 EPOK II, 1949–1972

Epoken II 1949–1973 omfattar 1949 års FB,[93] stiftad av en socialdemokratisk regering. Motiven till FB kan sägas fullfölja utvecklingen från epok I eftersom FB i huvudsak utgjorde en systematisering av gällande rätt. Men de förebådar även epok III genom den ökande användningen av *värdebaserade* motiv och genom att principen om barnets bästa ytterligare vinner mark.

a) Proposition 1949:93 Föräldrabalken

Balken kom att omfatta lag om äktenskaplig börd, LBuÄ, LBiÄ, lag om makes underhållsskyldighet mot andra makens barn, lag om adoption och lag om förmynderskap. FB medförde också nya regler enligt vilka bl.a. gift mor blev delaktig i förmynderskapet. Principerna för slitande av vårdnadstvister förblev desamma i FB, som enligt 9 § LBiÄ. Således stadgades att om föräldrarna pga. söndring levde åtskilda, hade rätten att förordna vem av dem som skulle ha vårdnaden om barnet. Var föräldrarna överens skulle rätten besluta i enlighet med deras överenskommelse, om det inte var uppenbart stridande mot barnets bästa. Om den ena av dem huvudsakligen bar skulden till sammanlevnadens upphörande, och de bägge var lika lämpade att ha vårdnaden om barnet, skulle den »oskyldige» föräldern i första hand få vårdnaden. Makars samförmynderskap fick emellertid den konsekvens att faderns företräde som vårdnadshavare när makar pga. splittring levde åtskilda, borttogs. *(Se ovan 1.4.2.)*

Den i detta sammanhang mest betydelsefulla förändring som FB innebar var samförmynderskapet för gifta föräldrar. Argumenten mot samförmynderskap var i stor utsträckning *rationellt* baserade. Det anfördes t.ex. att: »det skulle vara förenat med stora praktiska svårigheter om föräldrarna endast i förening skulle kunna fullgöra med förmynderskapet förknippade funktioner».[94] Lagrådet avvisade tanken på ett samförmynderskap med motiveringen att:

(D)e nu berörda olägenheterna [är] så stora och framträdande att de ingalunda

Dog fadern, omyndigförklarades han eller entledigades han av annan orsak från förmynderskapet blev modern *ipso iure* förmyndare. Att gift moder inte fick del i förmynderskapet motiverades *rättstekniskt* med att frågan hade behandlats i GB. Testamentariska förmynderskap och släktförmynderskap borttogs som legala förmynderskapsformer. Det motiverades *rationellt* med att den omyndiges intressen inte tillräckligt beaktades.

93 Prop. 1949:93. Samt 21 kap. FB om verkställighet. Prop. 1967:138. För upplysningar om tidigare förarbeten och vissa mindre genomgripande lagändringar, se Walin 1979 s. 19 f.

94 NJA II 1950 s. 98.

uppvägas av de skäl som åberopats till stöd för förslaget, skäl som så gott som uteslutande ligga på det principiella och känslomässiga planet.[95]

Argumenten för samförmynderskap var, som lagrådet konstaterat, i stor utsträckning *värdebaserade*. Departementschefen ansåg att starka principiella skäl talade för att båda föräldrarna skulle vara förmyndare, även om olägenheter av praktisk natur var förenade härmed.[96] Dessa olägenheter uppfattades dock inte vara av sådan styrka att de borde få hindra ett gemensamt förmynderskap. Återigen åberopades likställdhetsgrundsatsen. Det betonades även att modern kunde vara lika väl skickad som fadern att tillvarata barnets intressen.[97]

Rättskomparativt anfördes att det hade varit önskvärt om en ändring i frågan om förmynderskap för barn födda inom äktenskap kunnat ske i samarbete med Danmark och Norge. Men lagstiftningens tekniska samband med FB omöjliggjorde det.[98]

Skillnaderna mellan de legala förutsättningar för överflyttning av vårdnad och för skyddsuppfostran markerades. Även frågan om speciella regler för utseende av särskilt förordnad förmyndare borde gälla vid skilsmässa berördes. Som ett *rationellt* skäl för en sådan bestämmelse anfördes att vårdnaden under alla omständigheter skulle fråntas någon av föräldrarna.[99] Av *rättstekniska* skäl ledde förslaget inte till lagstiftning.[100] Också möjligheten att förhindra att föräldrar på olämpligt sätt skilde sina barn från fosterhem, där de frivilligt placerats, diskuterades. Av *rättstekniska* skäl ledde dock inte heller detta förslag till lagstiftning.[101] De sakkunniga hade även föreslagit att barnavårdsman skulle kunna utses för barn i äktenskap när barnets bästa krävde det. Förslaget avslogs med det *värdebaserade* skälet att det, trots att det kunde förefalla principiellt riktigt, fanns en risk för att det skulle leda till mindre lämpliga ingripanden i familjens angelägenheter.[102]

95 NJA II 1950 s. 110.
96 Prop. 1949:93 s. 149.
97 NJA II 1950 s. 112.
98 Prop. 1949:93 s. 151.
99 Prop. 1949:93 s. 111. Se hänvisning till NJA 1947 s. 248.
100 Prop. 1949:93 s. 110 f.
101 Prop. 1949:93 s. 100 f. Se dock 50 § BvL (1960:97).
102 Prop. 1949:93 s. 120 f. Genom *prop. 1967:138 om verkställighet av dom eller beslut rörande vårdnad m.m.* tillkom ett nytt kapitel i FB, kapitel 21. Enligt äldre rätt hade överlämnande av barn reglerats enligt utsökningslagens (den 10 augusti 1877) bestämmelser. I propositionen slogs fast att överlämnandet i första hand borde ske på frivillig väg. Lagstift-

3.2.2.3 EPOK III, 1973–1997[103]

Epok III inleds med 1973 års GB vars förändrade syn på äktenskapet och skilsmässa kraftigt kom att påverka vårdnadsrätten. Utmärkande för epok III är att de *värdebaserade* och *pedagogiska* motiven för lagstiftning ökat markant. Principen om barnets bästa har kommit att alltmer dominera lagstiftningen om vårdnad. *(Se ovan 2.3.)*

a) Proposition 1975/76:170 Faderskap och vårdnad

Propositionen utformades under en socialdemokratisk regering. Förslaget ledde till ny lagstiftning som gav frånskilda och ogifta föräldrar möjlighet att få gemensam vårdnad om sina barn. Termen »förälder» i 6 kap. FB byttes ut mot »vårdnadshavare». Det har fått långtgående konsekvenser för fördelning av ansvar m.m. mellan en förälder som har del av vårdnaden, jämfört med en som inte har del av vårdnaden. *(Se vidare 4.4.3.)*

Gemensam vårdnad efter skilsmässa motiverades inledningsvis *rättstekniskt* med att skilsmässosituationen avdramatiserats genom 1973 års GB. Särskilt framhölls att skuld till skilsmässan inte längre skulle tillmätas betydelse för vårdnadsfrågan.[104] Därmed skulle föräldrarna få bättre möjligheter att ha ett gemensamt *legalt* vårdnadsansvar.[105] Ett *rationellt* skäl för gemensam legal vårdnad var att det kunde vara av betydelse om den ena av föräldern skulle avlida.[106] I övrigt var de flesta motiven för gemensam vårdnad för ogifta *värdebaserade*.

Bland de *värdebaserade* motiven märks att det ansågs vara till fördel för barnen om de efter skilsmässan kunde bevara nära och goda relationer med bägge sina föräldrar. Om gemensam legal vårdnad kunde främja sådana goda förhållanden uppfattades det vara skäl nog att pröva införandet av gemensam vårdnad för frånskilda och ogifta föräldrar. Det anfördes även att det i den allmänna debatten framkommit att många föräldrar upplevde det som viktigt för deras inbördes relation att de bibehöll samma rättsliga ställning i förhållande till sina barn.[107] Ytterligare ett argument var att vårdnadsfrågan vid många skilsmässor vållade de allvarligaste motsätt-

ningen motiverades huvudsakligen med att den tidigare ordningen inte var tillfredsställande, eftersom reglerna i utsökningslagen tillkommit med tanke på egendomsobjekt.

103 Under denna rubrik har beaktats lagändringar till och med 970401.

104 Prop. 1975/79:170 s. 142.

105 A.a.

106 A.a.

107 A.a.

ningarna mellan makarna och att gemensam vårdnad skulle kunna minska sådana motsättningar.[108]

Möjligheten att ge frånskilda föräldrar gemensam legal vårdnad användes sedan som ett *värdebaserat-rättstekniskt* argument för att även ogifta föräldrar skulle kunna få gemensam vårdnad. Också i detta sammanhang betonades att det av psykologiska skäl kunde ha stor betydelse att den legala vårdnaden var gemensam. Angående ogifta föräldrar som inte bodde tillsammans, gjordes gällande att den föräldern som inte levde med barnet skulle få ett större intresse för barnet genom att få del i den legala vårdnaden.[109]

Några remissinstanser var skeptiska till gemensam vårdnad för frånskilda, eftersom den förutsatte livliga kontakter mellan de före detta makarna. Det ifrågasattes om föräldrar vars samliv upphört var kapabla till ett sådant samarbete.[110] Andra remissinstanser avstyrkte förslaget med motiveringen att barnets bästa inte var tillräckligt utrett. Man ansåg det även mindre lämpligt att alltför ofta göra ändringar i FB. Likaså ifrågasatte remissinstanserna hur reglerna om sociala förmåner och skatter skulle anpassas till de nya reglerna.[111] Föredraganden framhöll att föräldrarna måste vara ense om att vårdnaden skulle vara gemensam. Man fick förutsätta, tillade han, att de föräldrar som valde gemensam vårdnad efter en skilsmässa skulle känna ett starkt tryck på sig att verkligen samarbeta. Gemensam rättslig vårdnad ansågs därför inte vara en vårdnadsform som passade alla föräldrapar.[112]

Som ett *rationellt* argument för att förmynderskapet skulle förbli kopplat till vårdnaden anförde föredraganden att funktionerna vårdnad och förmynderskap var starkt beroende av varandra. Det skulle vålla irritation hos föräldrar som hade gemensam vårdnad, om de inte också hade ett gemensamt ansvar för barnens ekonomi.[113]

108 Prop. 1975/79:170 s. 143.

109 Prop. 1975/76:170 s. 145. *(Se ovan 2.4, 3.1.1.)*

110 Prop. 1975/76:170 s. 112 f.

111 Prop. 1975/79:170 s. 145.

112 Prop. 1975/76:170 s. 143 f., 178.

113 Prop. 1975/76:170 s. 154. Lagrådet anförde *rättstekniskt-värdebaserat* att motiven för lagändringen var att tillhandahålla likartade lösningar för samlevnadsförhållanden oberoende av om äktenskap föreligger eller ej. Vägledande var att barnets bästa tillgodosågs. Vidare underströk lagrådet betydelsen av att barnets bästa skulle tillgodoses och att föräldrarnas personliga önskemål inte fick gå ut över barnen. Prop. 1975/76:170 s. 301 f. *Se även proposition 1978/79:12 om underhåll till barn och frånskilda.* Propositionen utarbetades under en borgerlig regering. Förslagen syftade till att mildra underhållsskyldigheten för under-

b) Proposition 1981/82:168 om vårdnad och umgänge

Propositionen tillkom under en borgerlig regering. Den medförde omfattande förändringar. Flera av dessa syftade till att barnets rättsliga ställning skulle stärkas och till att främja en ökad användning av gemensam vårdnad genom att förenkla förfarandet. Makar fick möjlighet att behålla gemensam vårdnad efter en skilsmässa utan att domstol behövde fatta beslut i vårdnadsfrågan. Ogifta sammanboende föräldrar kunde få gemensam vårdnad genom anmälan till pastorsämbetet. Det blev något lättare att frånta föräldrar vårdnaden om de gjort sig skyldiga till missbruk eller försummelse vid utövandet av vårdnaden eller i övrigt brast i omsorg om barnet på ett sätt som medförde risk för bestående fara för dess hälsa och utveckling (6:7 FB). Föräldrarna kunde också i undantagsfall fråntas vårdnaden om ett barn som rotat sig i ett fosterhem om det var uppenbart bäst för barnet att vårdnaden flyttades över till fosterföräldrarna (6:8 FB). Ytterligare en nyhet var att barnets rätt till umgänge med andra än föräldrar lagfästes (6:15 FB). Vidare infördes en möjlighet att vilandeförklara vårdnads- och umgängesmål om samarbetssamtal inletts (6:19 FB). Rättens utredningsansvar slogs fast (6:18 FB). Genom 1983 års lagändring infördes även en erinran om de stödåtgärder samhället erbjuder föräldrar och barn i frågor som rör vårdnad m.m. (6:14 FB). Slutligen infördes kvittningsrätt för rättegångskostnader.

Föredraganden motiverade lagstiftningsförslaget *värdebaserat* med att lagen skulle sätta barnens behov i centrum och markera att förhållandet mellan barn och föräldrar skulle bygga på ömsesidig respekt. Barn skulle fostras till självständiga individer. Som en självklar utgångspunkt framhölls emellertid att vårdnadshavaren hade rätt och skyldighet att bestämma i frågor som rörde barnets personliga angelägenheter. *Pedagogiskt* motiverades de nya lagreglerna med att de skulle medverka till en önskvärd attitydförändring.[114]

Angående gemensam vårdnad anfördes inledningsvis att tillgängligt utredningsmaterial var bristfälligt. Därefter åberopades betänkandet Ensamförälder 1980.[115] Enligt betänkandet var kontakterna mellan barn och föräldrar som inte sammanbodde markant tätare när föräldrarna hade gemensam vårdnad än när de inte hade det. Vidare framhölls att en majoritet

hållsskyldiga med svag ekonomi. Det motiverades *rationellt* av att barns minimistandard var garanterad genom det allmännas försorg. Det framhölls även att samhällsvinster skulle göras tack vare minskad utslagning bland de underhållsskyldiga. Styvföräldrars subsidiära underhållsskyldighet motiverades *värdebaserat*. Bestämmelserna ansågs även ha en *pedagogisk* funktion.

114 Prop. 1981/82:168 s. 19.

115 Ds S 1981:18.

av de tillfrågade som hade gemensam vårdnad var nöjda med vårdnadsformen. Fäderna framhöll som positivt att de fick vara delaktiga i vad som hände barnet och att de hade en tätare och mer otvungen kontakt. Mödrarna angav att det var positivt att ha någon att dela ansvaret för barnet med. Som negativt uppgavs att det var arbetskrävande att upprätthålla fortlöpande och nära kontakter med den tidigare partnern.[116]

Det bör understrykas att betänkandet baserades på 3 038 enkätsvar av vilka fyra procent, ca 120 stycken, var från föräldrar som hade gemensam vårdnad, dvs. 60 föräldrapar. I undersökningen framhölls att gemensam vårdnad var en ny vårdform och att utredningsmaterialet var begränsat. Om sambandet mellan de legala vårdnadsformerna och umgänge påpekades att det »är förhastat att påstå att en vårdform påverkar umgängesfrekvensen. Sannolikt är vårdform i kombination med faktorer hos föräldrar som väljer viss vårdform det som bestämmer graden och kvalitén i umgänget mellan barnet och den andre föräldern».[117] Det saknades utredning om barnets inställning.

Utgångspunkten för ny lagstiftning om umgänge var att barn uppfattades ha ett behov av goda kontakter även med en förälder som inte var vårdnadshavare. Gällande rätt ansågs *värdebaserat* ge uttryck för en alltför ensidig föräldrarätt. Frågan om barnet skulle kunna hänskjuta umgängesfrågan till domstol avslogs med hänvisning till att barnet inte hade talerätt.[118] Departementschefen fann det också, med en *värdebaserad* motivering, naturligt att ansvaret för umgänge lades på vårdnadshavaren. Han konstaterade att det förekom problem runt umgängets utövande pga. att den umgängesberättigade föräldern inte alltid var intresserad av umgänget. Föredraganden delade utredningens uppfattning, att denna fråga inte borde lagregleras utan avgöras genom skönsbedömningar av barnets bästa. Vidare framhölls *pedagogiskt* att parterna vid oenighet borde ta till vara de möjligheter till stöd- och hjälpinsatser som samhället erbjöd.[119]

»Samhällets stöd- och hjäpinsatser» exemplifieras med kontaktperson enligt 10 § SoL och samarbetssamtal. Enligt utredningen skulle kommunerna inte vara skyldiga att erbjuda samarbetssamtal utan det skulle endast rekommenderas. Det motiverades *rationellt* med att en lagreglering skulle innebära en statlig reglering av kommunernas resursanvändning. Det an-

116 Se prop. 1981/82:168 s. 27.
117 Ds S 1981:18 s. 106.
118 Prop. 1981/82:168 s. 42.
119 Prop. 1981/82:168 s. 43 f.

fördes även att kommunerna borde få möjlighet att bygga ut verksamheten i egen takt.[120]

Angående interimistiska beslut föreslog utredningen att domstolen för tiden till dess dom meddelats skulle kunna besluta om hos vilken av föräldrarna barnet skulle bo utan att ta ställning i vårdnadsfrågan. Förslaget avslogs med den *rationella* motiveringen att det fått ett blandat mottagande av remissinstanserna.[121] Ett *värdebaserat* argument var att ingen skulle behöva ha gemensam vårdnad om barn mot sin vilja.[122]

Överflyttning av vårdnaden till familjehemsföräldrar förordades av föredraganden med den *rationella* motiveringen att det utgjorde ett led av samordningen mellan SoLs regler om vård av barn och unga och FBs regler om vårdnaden om barn. *Värdebaserat* anfördes att det skulle ge barn möjlighet till trygga uppväxtförhållanden. Från några remissinstanser hade invänts att en överflyttning av vårdnaden till familjehemsföräldrar skulle innebära en tvångsadoption mot de biologiska föräldrarnas vilja. Detta bemöttes med att en överflyttning av vårdnaden inte borde komma i fråga så länge de biologiska föräldrarna höll god kontakt med barnen samt med att även föräldrar som inte var delaktiga i vårdnaden skulle höras om adoption blev aktuell.[123]

c) *Proposition 1988/89:8 om olovliga bortföranden av barn i internationella sammanhang*

Proposition tillkom även den under en socialdemokratisk regering. Den ledde till att Sverige genom VerkställighetsL anslöt sig till Europarådskonventionen och Haagkonventionen. Anslutningen till Europarådskonventionen innebär att avgöranden om vårdnad m.m. som meddelats i en konventionsstat kan erkännas och verkställas i Sverige. På motsvarande sätt kan svenska avgöranden

120 Prop. 1981/82:168 s. 44 f.

121 Prop. 1981/82:168 s. 33 f.

122 A.a.

123 Prop. 1982/83:165 s. 40. Lagrådet framförde endast i begränsad omfattning synpunkter. Prop. 1982/83:165 s. 87 f. Se även *Proposition 1982/83:165 om verkställighet m.m.* som tillkom under en socialdemokratisk regeringsperiod. Lagförslaget innebar en begränsning av möjligheterna att besluta om polishämtning av barn. Åldersgränsen för verkställighet av vårdnad m.m. mot barnets vilja sänktes från 15 år, till nuvarande 12 år. Straffstadgandet om egenmäktighet med barn ändrades så att 7:4 BrB kom att omfatta även obehörigt skiljande av barn från den som vårdade det med stöd av LVU. Straffsatsen för grovt brott höjdes från böter eller fängelse högst sex månader till fängelse högst två år. Propositionen motiverades *rationellt* med argument av rättsteknisk karaktär och i övrigt *värdebaserat* med barnets bästa.

erkännas och verkställas i de andra konventionsstaterna. Haagkonventionen reglerar återförandet av barn mellan konventionsstaterna om ett barn bortförts eller olovligt kvarhållits i en konventionsstat där det inte hade hemvist.

Lagförslaget motiverades huvudsakligen med *rationellt-rättskomparativa* argument. Inledningsvis framhölls att det ökade antalet fall av olovliga bortföranden av barn i internationella förhållanden tilldragit sig allt större uppmärksamhet.[124] Genom anslutningen till konventionerna skulle Sverige komma med i ett internationellt samarbete i syfte att motverka bortföranden av barn i internationella förhållanden. I den allmänna motiveringen anfördes att den ökade rörligheten över gränserna medfört ett allt större behov av sådan internationell reglering.[125] Det noterades dock att antalet framställningar till utrikesdepartementet av föräldrar vars barn förts ur landet fortlöpande sjunkit, från 35 framställningar år 1982, till åtta år 1987. En anledning till denna utveckling förmodades vara departementets begränsade möjlighet att lämna biträde.[126] Samtliga remissinstanser tillstyrkte att Sverige tillträdde konventionerna. Departementschefen anförde att förutsättningar för ett svenskt tillträde var, dels att konventionerna kunde förväntas få bred uppslutning, dels att de skulle bli effektiva som medel att återföra barn som olagligt förts ur landet.[127] Stor hänsyn togs emellertid till möjligheterna att utifrån barnets bästa kunna vägra verkställighet.[128]

d) Proposition 1990/91:8 om vårdnad och umgänge

Propositionen upprättades under en socialdemokratisk regering. Här slogs bl.a. fast att rätten skall ta särskild hänsyn till barnets behov av kontakt med bägge föräldrarna vid bedömning av barnets bästa i samband med vårdnadstvist (6:6 a FB). Skyldighet för kommunerna att bereda föräldrarna möjlighet till samarbetssamtal infördes, likaså ålades socialtjänsten att ta särskild hänsyn till det behov av stöd och hjälp som kan finnas efter dom om vårdnad eller umgänge

124 Prop. 1988/89:8 s. 9.
125 Prop. 1988/89:8 s. 13 f.
126 A.a.
127 Prop. 1988/89:8 s. 16 f.
128 Prop. 1988/89:8 s. 17 f. De begränsade synpunkter lagrådet framförde rörde bl.a. tillämpningssvårigheter i samband med beslut enligt LVU samt möjligheterna att beakta barnets bästa vid tillämpning av Haagkonventionen. Se även *proposition 1989/90:107 om godkännande av FN-konventionen om barnets rättigheter*, utarbetad under en socialdemokratisk regering. Barnkonventionen avser att tillförsäkra barn grundläggande rättigheter och skydd mot övergrepp och utnyttjande. Godkännandet föranledde inga ändringar i gällande rätt vid ratificeringen. Ratificeringen motiverades huvudsakligen *värdebaserat*.

(12 a § SoL). Reglerna om interimistiska beslut ändrades så att de i vissa fall kunde omfatta endast barnets boende (6:20 FB). Vårdnadshavare ålades upplysningsskyldighet gentemot den andre föräldern (6:15 FB).

Bland de principiellt betydelsefulla förändringarna märks den om rättens möjlighet att låta gemensam vårdnad bestå, trots yrkande om ensam vårdnad, om bägge föräldrarna kunde acceptera gemensam vårdnad (6:5–6 FB). Den nya bestämmelsen kan förefalla rent *pedagogisk*. Även tidigare måste det ha legat nära till hands att dra tillbaks talan om ensam vårdnad, när en av parterna yrkat ensam vårdnad, men efter »förlikning» accepterat gemensam vårdnad.[129] Som motiv anfördes *rationellt* att allt fler vårdnadsmål slutade i en överenskommelse mellan föräldrarna. *Rationellt-rättskomparativt* hävdades att förslaget främjade ett gemensamt föräldraansvar i enlighet med Barnkonventionen.

Motiven var emellertid till största del *värdebaserade* och *pedagogiska*. Lagstiftaren anförde att det rådde »stor enighet inom beteendevetenskapen» om att det var viktigt för barnets utveckling med goda kontakter med föräldern av samma kön.[130] Vidare åberopades en undersökning om skolpojkar med sociala problem av vilken framkom att om de levde med en ensamstående mor hade endast en bråkdel av dem ett fungerande umgänge med fadern.[131] *Pedagogiskt* anfördes att regelsystemet skulle utformas så att det »banade väg» för samförståndslösningar och gav utrymme för beaktande av individuella förhållanden. *Värdebaserat* anfördes att det för allt flera föräldrar framstod som självklart att bägge föräldrarna skulle vara delaktiga i barnets uppfostran och utveckling.[132] »På det hela taget» ansågs det råda »en betydande enighet» om att gemensam vårdnad var att föredra framför ensam. Föredraganden ansåg därför »i likhet med det stora flertalet remissinstanser» att det fanns »anledning att gå vidare på den inslagna vägen . . .».[133]

Argumentet att det stora flertalet remissinstanser var positiva till att gemensam vårdnad skulle kunna beslutas trots att en av föräldrarna motsatte sig det, ger intryck av *rationalitet*. Av de i propositionen redovisade remis-

129 Mot bakgrund av rättens officialansvar och bevisreglerna blir bestämmelsens effekt dock mer långtgående än att enbart vara en erinran om betydelsen av gemensam vårdnad. *(Se vidare 5.2.2, 5.4.1.)*

130 Prop. 1990/91:8 s. 25. Se även SOU 1979:63 s. 69.

131 A.a.

132 Prop. 1990/91:8 s. 26, s. 32.

133 Prop. 1990/91:8 s. 32.

svaren framgår emellertid att majoriteten inte stödde förslaget. Av 31 redovisade remissinstanser hade nio invändningar mot förslaget. Sex av remissinstanserna var direkt negativt inställda. Sju redogjorde inte för någon uppfattning i frågan. Endast nio, dvs. en knapp tredjedel, var positiva till lagförslaget.

Vårdnadshavarens *upplysningsskyldighet* motiverades *rättskomparativt* med en hänvisning till norsk rätt. I övrigt var motiven *värdebaserade.* Det framhölls att det var viktigt att den föräldern som inte var vårdnadshavare fanns med i barnets vardag. *Pedagogiskt* anfördes att lagstiftningen syftade till att påverka normbildning och attityder och att understryka den vikt som samhället tillmätte goda relationer mellan barn och en förälder som inte var vårdnadshavare.[134] Från några remissinstanser framhölls att det var olämpligt att använda lagstiftning i pedagogiskt syfte. Det bemöttes med att det gällde ett område som intimt förknippades med pedagogik.[135]

Angående *umgänge* framhölls vikten av den umgängesberättigades medverkan och av att umgänge inte fastställdes utifrån en schabloniserad bedömning. Lagstiftaren avstod dock från att markera betydelsen härav i lag.[136] Däremot ansågs *umgängessabotage* av vårdnadshavare kräva åtgärder. Att umgängessabotage automatiskt skulle medför förlust av vårdnaden förkastades.[137] Men lagstiftningen skulle markera att en förälders förmåga att tillgodose barnets behov av kontakt med den andre föräldern var ett viktigt rekvisit vid val av vårdnadshavare. Det motiverades *värdebaserat* med att barnets behov av umgänge var så grundläggande att det »förtjänade» en uttrycklig lagreglering. I övrigt motiverades lagändringen *rationellt* med bl.a. hänvisning till att umgänge utdömts i 99 procent av umgängesavgörandena. *Värdebaserat* åberopades, åter, enighet inom beteendevetenskapen om vikten av att barnet hade goda relationer till bägge sina föräldrar.[138]

Lagändringen angående *interimistiska beslut* om boende motiverades *rationellt* med att beslutsunderlaget vid tidpunkten för interimistiska beslut ofta var magert och att besluten enligt gällande ordning hade en alltför styrande verkan på det slutliga avgörandet. *Värdebaserat* motiverades lagförslaget med att det ansågs »värdefullt» att det gemensamma föräldraansva-

134 A.a.
135 Prop. 1990/91:8 s. 42 f.
136 Prop. 1990/91:8 s. 38.
137 Prop. 1990/91:8 s. 38 f.
138 Prop. 1990/91:8 s. 37 med hänvisning till Socialstyrelsen redovisar 1988:11.

ret bestod till dess att vårdnadsfrågan slutligen avgjorts. Majoriteten av remissinstanserna stödde förslaget. Några ifrågasatte dock om förslagets syfte att minska det interimistiska beslutets styrande verkan skulle uppfyllas. Detta bemöttes med den *pedagogiska* motiveringen att reformen hade ett påtagligt värde som »ett led i samhällets markering av den gemensamma vårdnaden som huvudregel».[139]

Reglerna om socialtjänstens *vårdnadsutredning* ändrades på så sätt att utredaren själv skulle svara för utredningen. Ändringen motiverades *rationellt* med att det skulle påskynda utredningen och reducera de tidigare rättegångsliknande momenten i vårdnadsutredningar.[140] Kommunernas skyldighet att tillhandahålla *samarbetssamtal* motiverades *värdebaserat* med att betydelsen och värdet av samarbetssamtal inte torde ifrågasättas av någon. I övrigt åberopade departementschefen *rationellt* statistik från Socialstyrelsen enligt vilken föräldrarna enades i en stor del av ärendena när samarbetssamtal inletts före ett domstolsförfarande.[141] *Stöd enligt SoL* motiverades med argument som kan ges såväl en *värdebaserad* som en *rationell* tolkning. Lagstiftaren konstaterade här att tvister om vårdnad av barn bottnade i konflikter mellan föräldrarna. Sådana konflikter uppfattades som sociala problem som inte kunde lösas genom familjerättslig lagstiftning. I stället krävdes att föräldrarna fick hjälp att bearbeta sina konflikter också när frågan civilrättsligt avgjorts.[142] *Pedagogiskt* anfördes att förslaget utgjorde ett led i strävan att framhålla betydelsen av goda relationer mellan barn och föräldrar.[143]

e) Proposition 1992/93:139 om olovligt bortförande och andra övergrepp mot barn

Propositionen tillkom under en borgerlig regering. Propositionen behandlade verkställighetsfrågor vid tillämpning av VerkställighetsL. Vidare föreslogs ett tillägg till 6:15 FB om beaktande av risk för att barnet for illa vid umgänge.

Rationellt-rättstekniskt motiverades förslagen rörande VerkställighetsL med att de skulle effektivisera förfarandet och att syftena med Europarådsoch Haagkonventionerna därmed bättre kunde uppnås. Vissa avvikelser

139 Prop. 1990/91:8 s. 46 f.
140 Prop. 1990/91:8 s. 43 f.
141 Prop. 1990/91:8 s. 28.
142 Prop. 1990/91:8 s. 52 f.
143 A.a. Lagrådet anförde huvudsakligen synpunkter rörande lagtextens utformning i 6:5–6 FB samt 6:10 FB. Prop. 1990/91:8 s. 210 f.

från reglerna om verkställighet av umgänge i FB, motiverades *rationellt-rättstekniskt* med hänvisning till de folkrättsliga åtaganden Sverige påtagit sig i samband med ratificeringen av konventionerna.[144] Lagändringarna i 6:15 FB om umgänge motiverades *rationellt* med ett resonemang som delvis utgör en kommentar till proposition 1990/91:8. Föredraganden anförde att den nya bestämmelsen i 6:6 a FB ibland hade uppfattats som att vårdnadshavaren var skyldig att medverka till umgänge också när det kunde skada barnet. Föredraganden betonade att så inte var fallet. Den föreslagna lagändringen syftade till att i vissa avseenden precisera när umgänge inte borde komma till stånd.[145]

f) Proposition 1993/94:57 om vårdnadshavares skadeståndsansvar

Förslaget tillkom under en borgerlig regering. I propositionen föreslogs att vårdnadshavares tillsynsansvar skulle skärpas och preciseras i skadeförebyggande syfte. Förslaget innebar att vårdnadshavare kunde bli skadeståndsskyldig enligt 2:1 SkL, om han eller hon uppsåtligt eller av oaktsamhet brustit i sin skyldighet att tillse att barnet stod under tillsyn.

Lagförslaget motiverades delvis *rationellt-rättskomparativt* med en hänvisning till norsk rätt. Skärpningen av vårdnadshavares tillsynsansvar motiverades emellertid huvudsakligen *pedagogiskt* med att den betydelse samhället tillskrev föräldrarnas brottsförebyggande roll skulle markeras. Det tillades, att om »vårdnadshavaren ges ett utvidgat skadeståndsansvar för barnets handlingar, kan det också tjäna som ett stöd för vårdnadshavaren när denne skall uppfostra barnet till en ansvarskännande person».[146] Det påpekades att ett utvidgat skadeståndsansvar endast var ett av flera medel för att begränsa barns brottslighet. Förslaget i övrigt tog syfte på tredjemansskyddet.[147]

144 Prop. 1992/93:139 s. 22.

145 Prop. 1992/93:139 s. 28 f. Lagrådet lämnade förslaget utan erinran. Prop. 1992/93:139 s. 54.

146 Prop. 1993/94:57 s. 11.

147 Prop. 1993/94:57 s. 20. Lagrådet godtog förslaget men ifrågasatte om dess syfte skulle uppfyllas. Det framhölls att förslaget främst tog sikte på tillsynsansvar över äldre barn, vilket inte består av direkt uppsyn utan av förhållningsorder o.dy.l. Svårigheterna för en skadelidande att påvisa adekvat samband mellan t.ex. en utebliven förmaning och en inträffad skada framhölls. Lagrådet noterade även att tonåringar som vållade skada ofta kom från hem med betydande sociala och ekonomiska problem och att lagförslaget i sådana fall knappast skulle få märkbar betydelse. Trots det ansåg lagrådet förslaget ha ett informationsvärde. Prop. 1993/94:57 s. 33 f. Se även *Proposition 1993/94:251, Förmynderskapslagstiftningen* som tillkom under en borgerlig regering. Här föreslogs bl.a. att vårdnads- och förmynder-

g) Proposition 1994/95:224 Barns rätt att komma till tals

Propositionen härrör från en socialdemokratisk regeringsperiod. Genom denna infördes uttryckliga bestämmelser om barns rätt att komma till tals i mål och ärenden om vårdnad och umgänge, liksom i adoptions- och namnärenden (6:10 d FB, 6:15 4 st. FB). Enligt dessa bestämmelser skall domstol vid bedömning av barnets bästa ta hänsyn till barnets vilja, med beaktande av dess ålder och mognad. Det infördes även en regel om särskilda ställföreträdare för barnet enligt LVU. Däremot infördes ingen formell talerätt för barnet i mål och ärenden enligt 6 kap. FB.

Såväl syftet med som skälet för lagstiftningen är svårtolkat men förefaller ha liten rationell grund. De konkreta svårigheterna runt en bedömning av barnets vilja rönte viss uppmärksamhet. Föredraganden framhöll t.ex. att barnet inte fick utsättas för obehörig påverkan eller pressas att ta ställning. I enlighet med lagrådets förslag ändrades därför lagförslagets utformning till att domstol skulle »*ta hänsyn* till barnets vilja», istället för att »fästa *särskilt* avseende vid barnets vilja».[148]

h) SOU 1995:79 Vårdnad, boende och umgänge

Här kan även noteras de omfattande förslag som lagts av Vårdnadstvistutredningen i SOU 1995:79.[149] I SOU 1995:79 har inarbetats delar av Pappagruppens slutrapport (Ds 1995:2). Utredningen har behandlat frågor om samarbetssamtal, handläggning av vårdnadstvister, gemensam vårdnad, barnets boende och barnets umgänge med den förälder som barnet inte bor med.[150] Här

skapsbegreppen skulle renodlas. Det skulle bl.a. medföra att, om vårdnaden och förmynderskapet måste frântas ett barns föräldrar, så skulle vårdnaden anförtros åt en eller två särskilt förordnade vårdnadshavare, som också blev förmyndare för barnet. Förändringen motiverades *rationellt-rättstekniskt*. Föredraganden anförde att den gällande betoningen av förmynderskapet illa överensstämde med uppbyggnaden av vårdnads- och förmynderskapsreglerna i övrigt.

148 Prop. 1994/95:224 s. 34, s. 87 f. Denna tilltro till betydelsen av lagtextens exakta utformning kan förefalla udda med tanke på att bestämmelserna om vårdnadsöverföring i 6 kap. FB i övrigt bygger på allmänt formulerade principer som »efter vad som är bäst för barnet». Å andra sidan är den mindre exakta utformningen av lagtexten i linje med det öppna rekvisit som barnets bästa utgör. Som ett »trendbrott» framstår slutligen *proposition 1995/96:208 om underhållsstöd till barn till särlevande föräldrar*, upprättad under en socialdemokratisk regering. Detta av två skäl. För det första slås, återigen, fast att det i första hand är föräldrarna som är ansvariga för sina barns försörjning, och att det offentligas ansvar endast är subsidiärt. Det andra skälet är att *rationella* grunder för lagstiftningen, såsom statsfinanserna och föräldrarnas ekonomi, åberopas i stor omfattning.

149 Som framkommit förväntas en proposition till hösten 1997.

150 SOU 1995:79 s. 7 f.

föreslås att det i 6 kap. FB införs en bestämmelse som på liknande sätt påminner om möjligheten till att samarbetssamtal. Utredningen föreslår även att 6 kap. FB skall kompletteras med en erinran om att umgänge är en skyldighet för bägge föräldrarna. Som en ny handläggningsform skall socialnämnd kunna godkänna föräldrars avtal om vårdnad m.m. Ett sålunda godkänt avtal skall ges samma legala konsekvenser som ett domstolsavgörande.

Enligt Vårdnadstvistutredningen bör gemensam vårdnad göras obligatorisk på så sätt att domstol skall kunna besluta om gemensam vårdnad mot föräldrarnas önskan. Utredningen motiverar det bl.a. med att flexibiliteten i systemet då skulle öka. Det föreslås vidare att den vårdnadshavare som vid gemensam vårdnad bor med barnet skall få bestämma i frågor som rör den dagliga omsorgen. Domstol föreslås även kunna bestämma var barnet skall bo vid gemensam vårdnad. Vid ensam vårdnad föreslås att vårdnadshavarens rättigheter begränsas så att denne inte får resa utomlands under längre tid med barnet utan godkännande av den andre föräldern.

Utredningen redovisar endast ett begränsat självständigt underlag för att belägga fördelarna med gemensam vårdnad. De flesta uppgifter utredningen lägger fram torde av formuleringarna att döma kunna härledas till Ds S 1980:18.[151]

Sammantaget har en förskjutning i motiven för lagstiftning om vårdnad skett under den senaste epoken. Motiven är nu till stor del värdebaserade och pedagogiska.

Bland de farhågor som uttalats rörande lag som huvudsakligen motiverats av mindre rationella skäl märks att det förmodats finnas en risk för att sådan lag skulle bli mindre förenlig med rättssystemet i stort. Lagen skulle t.ex. inte utgör ett adekvat verktyg för att lösa de frågor som den praktiska rättstillämpningen ställs inför.

I det följande görs en översikt över rättstillämpningen i syfte att diskutera detta. Översikten görs på två nivåer. Inledningsvis presenteras HDs rättstillämpning. Därefter diskuteras sambandet mellan lagstiftning och rättstillämpning på underrättsnivå och i förhållande till svenska levnadsförhållanden såsom de kan utläsas ur visst statistiskt material.

3.3 Rättstillämpning

Här redogörs inledningsvis för HDs rättstillämpning i publicerade avgöranden (3.3.1). Därefter diskuteras visst empiriskt material rörande utvecklingen under senare år (3.3.2). Det empiriska materialet omfattar bl.a.

151 T.ex. SOU 1995:79 s. 80.

statistik över underrättsdomar och andra statistiska sammanställningar från i första hand SCB. Redogörelsen i denna del avser att komplettera presentationen av lagstiftningen och HDs praxis med en bild av gällande rätt på underrättsnivå. Av särskilt intresse är som sagt överenstämmelsen, eller eventuellt bristen på överensstämmelse, mellan motiven för lagstiftningen, HDs rättstillämpning, TRs rättstillämpning och medborgarnas val av lösningar i samband med legala och faktiska vårdnadsfrågor.

Redan här kan några empiriska data ges som bakgrund. Noteras kan således att skilsmässor har ökat kraftigt under 1900-talet. Vid 1900-talets början var antalet skilsmässor per år cirka 400. Nu, i slutet av 1900-talet, är antalet cirka 22 000 per år. Den största ökningen av skilsmässor, i absoluta tal, skedde under 1960-talet och första delen av 1970-talet. Under åren därefter har antalet skilsmässor i snitt legat runt 20 000 per år. En viss nedgång kunde konstateras under senare delen av 1980-talet, men från 1989 ökar åter skilsmässorna.[152] Sammanboende under äktenskapsliknande former har fått allt större genomslag sedan slutet av 1960-talet. År 1990 var cirka 1,7 miljoner par i Sverige gifta, medan 400 000 var sambon. Separationsrisken är betydligt större bland sambos än bland gifta och antalet separationer uppgick år 1991 till närmare 30 000.[153] Det ökande antalet skilsmässor och separationer implicerar ett ökat antal vårdnadstvister. *(Se vidare 3.3.2.)*

3.3.1 HDs praxis

I likhet med presentationen av lagstiftningsmotiv begränsas genomgången till att främst avse avgöranden om vårdnad och umgänge enligt (motsvarande) 6 kap. FB. För närliggande rättsområden redogörs i begränsad omfattning. Här märks verkställighet och utseende av särskilt förordnad förmyndare. Framställningen syftar som sagts till att presentera HDs publicerade praxis samt undersöka hur den harmonierar med lagstiftarens intentioner.[154]

Redogörelsen av HDs praxis under epok III begränsas i huvudsak till en översiktlig presentation. Begränsningen motiveras av att rättspraxis från denna epok behandlas systematiskt i kapitel 4 och 5. Där diskuteras också

152 SCB 1995:1 s. 27.

153 SCB 1995:1 s. 27 f. Se även Hoem & Hoem 1992.

154 Notisfall behandlas endast i undantagsfall. För en vidare presentation hänvisas till Beckman 1954, 1965 och Beckman & Höglund.

avgöranden från HovR och TR samt från förvaltningsdomstolarna för att belysa enskilda frågeställningar.

3.3.1.1 EPOK I, 1917–1949.

Relevant HD-praxis från epok I är inte särskilt omfattande. Det förklaras åtminstone delvis av att antalet vårdnadstvister under perioden inte var stort. De avgöranden som finns från epoken rör bl.a. relationen mellan det offentligas ansvar och föräldrars rättigheter. Här märks avgöranden om utseende av särskilt förordnad förmyndare. Även tvist om vårdnad mellan föräldrar var föremål för HDs prövning. I några avgöranden betonades vårdnadstvistens indispositiva moment. Noteras kan även betoningen av legal vårdnad som grund för underhållsskyldighet.

Ett antal avgörande under epok I rörde således tillsättande av särskilt förordnade förmyndare, pga. att föräldrarna bedömts som olämpliga. Så skedde i NJA 1929 s. 468 och NJA 1947 s. 248.

> I NJA 1929 s. 468 överfördes vårdnaden till särskilt förordnad förmyndare. Fadern hade, efter äktenskapsskillnad, bedömts som olämplig att utöva vårdnaden. Modern var i USA och var därför förhindrad att utöva vårdnaden. I NJA 1947 s. 248 utsågs särskilt förordnad förmyndare i samband med äktenskapsskillnad då ingen av föräldrarna ansågs lämplig som vårdnadshavare. Målet rörde en treåring vars morfar förordnats till förmyndare då föräldrarna skilde sig. I HovR tillerkändes fadern vårdnaden, varefter han placerade ut barnet för adoption. HD fann det angeläget att en representant för barnet prövade om det med hänsyn till barnets bästa var lämpligt att samtycke lämnades till adoption eller om barnet skulle skötas av morföräldrarna. Vårdnaden överlämnades därför till särskilt förordnad förmyndare.[155]

HDs avgörande i det senare rättsfallet kan ses som en utvidgning av möjligheten att utse särskilt förordnad förmyndare i en skilsmässosituation.[156] Därmed ökade även det offentligas inflytande när frågan om vårdnad kom inför domstol, vilket regelmässigt skedde i samband med skilsmässa. Det kan relateras till förhållandena för ogifta mödrar. Enligt LBuÄ skulle barnavårdsman utses för deras barn (13–19 §§ LBuÄ). Rättsläget kan tolkas som att avvikelser från kärnfamiljsformen, av både lagstiftare och HD ansågs motivera ett ökat samhällsinflytande över familjen. Det offentligas inflytande i frågor om vårdnad av barn underströks även genom en beto-

155 Se vidare NJA 1949 s. 49. Adoption medgavs.

156 Se prop. 1948:93 s. 11. *(Se ovan 3.2.1.)*

ning av vårdnadsrättens indispositiva natur. Så skedde i NJA 1948 s. 442, NJA 1929 s. 456 och NJA 1949 s. 32. Dessa avgöranden kan också ses som en markering av betydelsen av barns behov av stabilitet.

> NJA 1948 s. 442 rörde avtal om vårdnaden. Ett kontrakt ingicks mellan ett trolovningsbarns föräldrar och farföräldrar enligt vilket föräldrarna avstod från alla anspråk på vårdnaden om barnet. Fyra år senare yrkade modern att avtalet skulle ogiltigförklaras och att hon skulle få barnet. Häradsrätten, vars dom fastställdes, fann att fosterföräldrarna inte kunde åberopa avtalet, men utsåg fosterfadern till förmyndare. I NJA 1929 s. 456 underkändes avtal om medförmyndare till en mor som efter äktenskapsskillnad var ensam förmyndare och vårdnadshavare. I NJA 1949 s. 32 gavs ett avtal emellertid viss relevans. En ogift mor hade lämnat bort sitt barn till fosterföräldrar. När flickan var 11 år begärde modern handräckning för att återfå barnet. Fosterföräldrarna bestred begäran och åberopade att de enligt avtal skulle fostra flickan till dess hon fyllt 16 år. Med hänvisning bl.a. till avtalet medgavs ej handräckning.

För barn födda utom äktenskap var modern ensam vårdnadshavare. Under vissa omständigheter kunde dock fadern tillerkännas vårdnaden. Så skedde i NJA 1940 s. 613. Avgörandet markerade betydelsen av det biologiska föräldraskapet framför det sociala.

> Bakgrunden var att modern, som gift sig med annan än barnafadern, hade placerat barnet i en fosterfamilj. I praktiken var således fråga om barnet skulle vårdas av sin biologiske far eller fosterföräldrar.

Frågan om vårdnadens omfattning har belysts i relation till föräldrars rätt att aga barn.

> I NJA 1918 s. 508 var fråga om en far som under tre och en halv timmar hade slagit sina bakbundna söner i åldrarna åtta till tolv år. Fadern bedömdes ej ha överskridit sin tuktorätt och friades från straffansvar. Däremot ålades en lärare i NJA 1935 s. 486 skadeståndsskyldighet, för att ha skadat trumhinnan på en elev vid bestraffning för att denne hade kastat en papperstuss under en lektion.

Vårdnadens omfattning i förhållande till barnets processuella rättigheter behandlades i NJA 1944 s. 3. Enligt avgörandet hade vårdnadshavaren rätt att föra barnets talan i mål om personliga angelägenheter. Vidare behandlades umgängesfrågor i några avgöranden.

> I NJA 1923 s. 426 hade underrätterna avvisat talan om umgänge med hänvisning till att frågan tidigare prövats. HD återförvisade talan för prövning. NJA

1923 s. 564 rörde frånskild fars rätt till umgänge. Det medgavs och bestämdes till en dag var fjortonde dag samt två sommarveckor. I NJA 1949 s. 466 tillerkändes en fembarnsmor, som begått äktenskapsbrott, omfattande umgänge.[157]

Verkställighet gällande överflyttning av barn från annan biologisk förälder eller fosterförälder var föremål för prövning.

I NJA 1926 s. 523 var fråga om överlämnande av en fjortonårig flicka till modern för umgänge. Fadern åberopade flickans vilja som skäl för att överlämnande inte skedde. Fadern ålades vid vite att lämna flickan till modern för umgänge. Se även NJA 1945 s. 314 om verkställighet av vårdnadsdom om barn efter äktenskapsskillnad. I NJA 1949 s. 229 hade en utom äktenskap född flicka så gott som hela sitt liv bott hos sina morföräldrar. Föräldrarnas begäran om verkställighet avslogs. Det motiverades huvudsakligen med att den femtonårig flickan motsatte sig att flytta.

Underhåll faller egentligen utanför ramen för denna presentation. Emellertid kan noteras att legal vårdnad var en förutsättning för rätt till underhåll för barn. Vem av föräldrarna som utövade den faktiska vårdnaden, och därmed bar de faktiska kostnaderna för barnet, tillmättes inte betydelse (15 § LBiÄ).[158] Det förhållandet att frågan prövades av HD i jämförelsevis många fall kan ses som ett tecken på att bestämmelserna kanske inte var helt tillfredsställande.

Enligt NJA 1927 s. 230 var den underhållsförpliktade föräldern skyldig att utge underhåll från dagen för det rättsliga avgörandet, oaktat att den legale vårdnadshavaren inte utövade den faktiska vårdnaden. Av NJA 1927 s. 257 framgick att domstols slutliga beslut i vårdnadsfrågan var en förutsättning för att förälder skulle kunna förpliktas att utge underhåll. Också i NJA 1932 s. 174 fann HD att underhåll skulle utgå trots att barnet flyttat till den underhållsförpliktade föräldern. Anmärkas kan även NJA 1930 s. 99 om underhållsskyldighet för frånskild fader efter det att dotter gift sig och vårdnaden och tillika underhållsskyldigheten förfallit. Se också NJA 1927 s. 302 rörande underhåll under tid då makar levat åtskilda pga. söndring. Se tillika NJA 1920 s. 560 om underhåll för barn som moder hämtat från allmänt barnhus där det på faderns bekostnad inlösts.

157 Se även NJA 1948 s. 265.
158 NJA II 1921 s. 260. *(Se ovan 3.2.1.)*

3.3.1.2 EPOK II, 1950–1972

De materiella förändringarna av lagstiftningen under epok II var begränsade. Mot bakgrund härav är det rimligt om rättspraxis får en mer självständig rättsskapande funktion. En sådan tendens kan också utläsas ur HDs avgörandena om tvist om vårdnad mellan föräldrar.[159]

> I NJA 1956 s. 527 var tre faktorer avgörande för HDs bedömning. För det första åberopade fadern, som inte var vårdnadshavare, att hans ekonomiska ställning genomgripande förbättrats. För det andra åberopades ett avtal mellan parterna av innebörden att fadern skulle få vårdnaden »när så kunnat ske». Den tredje och avgörande faktorn var att barnet bott hos fadern under långa perioder.

Avgörandet betonar barns behov av stabilitet och invand miljö. Betydelsen av barnets vilja, och i viss mån behov av kontinuitet, berörs i NJA 1957 s. 551, om verkställighet.

> Modern, som flyttat till USA, fick inte barnet exekutivt överflyttat till sig från fadern. Avgörande var att det trettonåriga barnet motsatte sig verkställighet. Barnet hade även vistats hos fadern i sju år och dessförinnan 20 månader i olika fosterhem.

Under såväl epok I som under epok II skulle vid överföring av vårdnad mellan föräldrar under vissa förhållanden beaktas vem av makarna som vållat skilsmässa (9 § LBuÄ, 6:7 FB). Enligt praxis ansågs modern ha ett naturligt företräde i fråga om vårdnad, särskilt av små barn. *(Se ovan 2.2.1, 2.2.2.)*

> I NJA 1955 s. 63 fann HD att det inte fanns belägg för att modern pga. homosexuell läggning skulle vara olämplig att ta hand om sin sjuåriga dotter. Med beaktande av flickans ålder och flickors behov av moderns personliga omvårdnad fick modern vårdnaden. I NJA 1951 s. 612 tilllerkändes fadern vårdnaden om en späd dotter. Avgörande var att modern var medlem i Jehovas vittnen.

Flertalet relevanta avgöranden publicerades som notisfall och omfattas därmed inte av denna undersökning. Två sådana fall kan dock refereras som exempel. I NJA 1953 C 60 medförde moderns äktenskapsbrott inte

159 Se även NJA 1955 s. 37, där mål om vårdnad m.m. avgjordes utan huvudförhandling, samt NJA 1961 s. 521 om resning i mål om äktenskapsskillnad men inte i vårdnads- och underhållsdelarna och NJA 1961 s. 631 om kvittning av rättegångskostnader.

att hon frånerkändes vårdnaden om barnen. Så skedde dock i t.ex. NJA 1951 A 72. I NJA 1956 C 325 återfick modern vårdnaden när hon gift om sig.[160]

I NJA 1956 C 325 bedömdes modern ha orsakat äktenskapsskillnaden genom äktenskapsbrott med makens bror. Barnen fick särskilt förordnad förmyndare som placerade dem i olika fosterhem. När modern sedermera gift sig med den f.d. svågern fick hon vårdnaden med motiveringen att syskonen därmed skulle kunna återförenas hos en av föräldrarna.

En viss tveksamhet rådde under epok II om umgänge var förenligt med barns bästa. Det anfördes t.ex. från barnavårds- och läkarhåll att barnen skulle fara illa av att slitas mellan föräldrarna. Domstolarna höll dock fast vid uppfattningen att umgänge normalt var i barnets intresse.[161] Ett undantag utgör därmed utgången i NJA 1955 s. 519.

I NJA 1955 s. 519 tillerkändes en far inte umgängesrätt. Som grund för bedömningen anfördes att fadern företedde vad som beskrevs som »psykiska särdrag av s.k. ixoid karaktär, såsom benägenhet för kvervulans och rättshaveri, benägenhet att skylla ifrån sig på andra och svårmottaglighet för skäl ävensom en entonighet i hela sitt väsen».

Om biologiska föräldrar eller fosterföräldrar skulle ha vårdnaden prövades i några avgöranden. Så gjordes i NJA 1951 s. 181.

Vid äktenskapsskillnad hade fadern fått vårdnaden om ett knappt ettårigt barn och utackorderat det. Modern yrkade fem år senare vårdnaden. Fadern hemställde att vårdnaden skulle anförtros åt särskilt förordnad förmyndare. HDs majoritet tillerkände modern vårdnaden med motiveringen att det med hänsyn till barnets bästa inte kunde anses uppenbart att ingendera av föräldrarna borde utöva vårdnaden.

I NJA 1951 s. 181 betonade HD betydelsen av att en biologisk frånskild förälder, och inte en särskilt förordnad förmyndare, fick vårdnaden när det inte var uppenbart att ingendera förälder var olämplig. Avgörandet kan jämföras med utgången i NJA 1947 s. 248. I det äldre avgörandet ansågs

160 Se även NJA 1950 A 50, NJA 1951 A 20, NJA 1952 A 3, A 49, A 55, NJA 1954 A 27, 1956 A 34, A 63, NJA 1959 A 3, NJA 1960 A 21, 27, 56, NJA 1962 A 56, C 289, NJA 1963 A 36.

161 Beckman 1965 s. 144. Se även Malmström 1956 s. 135 f.

dock ingen av föräldrarna vara lämplig som vårdnadshavare. Av betydelse för utgången i NJA 1951 s. 181 torde också ha varit att modern var omgift och etablerad i en ny kärnfamilj. Däremot tillmättes barnets behov av kontinuitet mindre relevans. Utgången i NJA 1962 s. 440 följde samma linje.

Här hade vårdnaden om ett utomäktenskapligt barn överflyttats på särskilt förordnad förmyndare och barnet utackorderats som fosterbarn. Fosterföräldrarna fick efter tre år tillstånd att adoptera barnet. Modern yrkade innan adoptionen fullbordats att vårdnaden skulle återgå till henne. HDs majoritet fann att den biologiska föräldern hade företräde när omständigheterna var sådana att någon bestämd slutsats inte kunde dras om barnets bästa.

Däremot är bedömningen i NJA 1960 s. 323 mindre förenlig med uppfattningen att biologisk förälder skulle prioriteras vid en bedömning av barnets bästa. Här betonades i stället barns behov av stabilitet.

I NJA 1960 s. 323 fick änkan efter fadern som varit vårdnadshavare, vårdnaden om en elvaåring med hänvisning till barnets behov av stabilitet. Detta oberoende av att barnet hade syskon hos modern och regelbunden kontakt med henne.

Under epok II behandlade flera avgöranden biologiska föräldrars begäran om handräckning för utfående av barn från fosterhem. Rättsfrågorna var ofta betydelsen av barnets vilja och risken för att barnet skulle ta skada av ett uppbrott från en invand miljö. Avgörandena överensstämmer väl med principen om barnets vilja som den kom att formuleras vid lagstiftning 1967 om verkställighet och under epok III som materiell grund för avgörande av vårdnadstvister. *(Se ovan 3.2.2.2.)*

Handräckning beviljades i NJA 1950 s. 219 för överförande av en elvaårig pojke, som sedan fem års ålder vistats hos fosterföräldrar till pojkens mor. I NJA 1951 s. 184 beviljades begäran av norska makar om handräckning för överflyttning av en sjuårig dotter, som varit fosterbarn sedan tre års ålder. NJA 1956 s. 395 gällde åläggande för fosterföräldrar att lämna en trettonåring till modern som var vårdnadshavare. Talan avslogs mot bakgrund av att barnet vistats elva år i fosterhemmet, motsatte sig överflyttning och var rädd för styvfadern. Också i NJA 1951 s. 177 och NJA 1953 s. 262, rörande handräckning för överflyttning av finska krigsbarn, 12, 13 och 14 år gamla, från svenska fosterföräldrar till finska vårdnadshavare, ogillades talan. Barnen hade vistats i hos fosterföräldrarna sedan späd ålder och motsatte sig överflyttning. I ingetdera fallet kunde det riktas några anmärkningar mot förhållandena i de biologiska föräldrarnas

hem. Men en tvångsvis överföring ansågs medföra fara för barnens psykiska hälsa.

3.3.1.3 EPOK III, 1973–1996[162]

Under epok III har praxis varit mer omfattande än tidigare och mer mångfacetterad. En anledning till detta är den kvantitativa ökningen av skilsmässor och separationer. Men det är sannolikt också ett resultat av den ökade uppmärksamhet som barn och barns förhållanden generellt rönt. Kanske är det därtill en konsekvens av att lagstiftaren åtminstone indirekt hänvisar till rättspraxis för den närmare utformningen av rättens innehåll. Till skillnad från de tidigare perioderna tillkommer under epok III även ny lagstiftning frekvent. Erinras kan om att tolkningen av barnets bästa i lagstiftningen förändrats i förhållande till äldre rätt. Det gäller t.ex. bedömningen av vårdnadshavares lämplighet, inklusive betydelsen av föräldrarnas kön. Även betydelsen av barns behov av stabilitet och umgänge, liksom betydelsen av barns vilja och föräldrars överenskommelser har förskjutits.

Rekvisiten för en lämplig vårdnadshavare hör således till de områden där förändringar skett under epok III. Det kan förklaras dels av införandet av gemensam vårdnad för ogifta och frånskilda, dels av den betydelse barns behov av kontakt med bägge sina föräldrar numera skall tillmätas. Frågan om vårdnadshavares lämplighet har berörts i ett antal av HDs avgöranden under epok III.[163] I samband med införandet av gemensam vårdnad tog lagstiftaren även avstånd från den »försiktiga» moderspresumtion som tidigare tillämpats. Frågan har behandlats av HD i NJA 1989 s. 335.

> Här väckte HovR i sitt avgörande liv i moderspresumtionen. Det föranledde HD att slå fast att en förälder inte enbart pga. av sitt kön är mer lämplig som vårdnadshavare än föräldern av det motsatta könet. *(Se vidare 5.2.1.)*

De av HDs domar där barnets vilja har varit av avgörande betydelse belyser de svårigheter som är förknippade med barnets vilja som rekvisit för avgörande av vårdnadstvister.[164]

162 Som framkommit behandlas praxis, inklusive underrätts och förvaltningsrätts avgörande, från epok III systematiskt i kapitel 4–5. *(Se ovan 3.3).* En hänvisning kan dock även göras till *Widströms* sammanställning över RegRs avgöranden i mål om omhändertaganden av barn 1981–85. FT 1987 s. 94 f.

163 Se t.ex. även NJA 1986 s. 336, NJA 1989 s. 335, NJA 1992 s. 666.

164 Frågan om överföring av vårdnad till särskilt förordnad förmyndare prövades i NJA 1993 s. 666. Överföring skedde. *(Se vidare 5.3.5.)*

I NJA 1988 s. 448 prövades betydelsen av yttranden som en snart trettonårig pojke gjort i vårdnadsfrågan. HD konstaterade att en trettonårings synpunkter i princip borde tillmätas stor vikt, men att pojken inte gett uttryck för någon entydig uppfattning. Därför lades han vilja inte till grund för avgörandet. I NJA 1992 s. 93 gavs en trettonårings vilja betydelse för bedömningen. Och i NJA 1995 s. 398 tillmättes en trettonårig flickas vilja avgörande betydelse för utgången av vårdnadstvisten. *(Se vidare 5.2.3.)*

Betydelsen av föräldrars överenskommelser i vårdnadsfrågor har som sagt förskjutits under epok III. Så länge föräldrarna är överens kan de i stor omfattning själva fatta beslut i vårdnadsfrågor utan domstolsinblandning. Är de inte överens utan frågan om vårdnad skall prövas av domstol tillmäts deras brist på överenskommelse begränsad materiell betydelse. I stället eftersträvas en uppgörelse.[165] *(Se vidare 5.2.2, 5.4.1.3.)*

I NJA 1981 s. 1263 hade ogifta föräldrar ansökt om gemensam vårdnad, men vårdnadshavaren frånföll ansökan innan TRs dom vunnit laga kraft. Ansökan lämnades därför utan bifall.

Barns behov av kontakt med bägge sina föräldrar framhålls under epok III som centralt för barnets bästa. Här märks även en strävan att stävja umgängessabotage genom att göra främjandet av barnets kontakt med den andre föräldern till ett centralt rekvisit vid avgörande av vårdnadstvister enligt 6:6 a FB. Bestämmelsen utgör för övrigt en av de fåtaliga definitioner av barnets bästa som ges i lagstiftning. Umgängesfrågor har under epok III behandlas i flera avgöranden från HD.

I NJA 1981 s. 753 ansågs det vara förenligt med barnets bästa att tillerkänna en icke-vårdnadshavande förälder umgänge med en tolvårig flicka, trots att umgänge inte ägt rum sedan hon var sex månader och flickan motsatte sig umgänge. Enligt NJA 1990 s. 219 kan domstol ge närmare föreskrifter angående umgänge, bl.a. rörande transport av barnet och fördelning av kostnader i samband med umgänge. Av NJA 1994 s. 128 framgår att vårdnadshavare, och inte endast den umgängesberättigade, kan påkalla ändring i vad domstol beslutat om umgängesrätt med barn. I NJA 1992 s. 93 medgavs ej umgänge pga. av risk för bortförande av barnet. Och i NJA 1995 s. 727 begränsades umgängesrätten pga. vårdnadshavares oro för att barnet skulle bortföras.

Också frågan om umgängessabotage som grund för överföring av vårdnad

165 SFS 1990:1526. Se även SOU 1995:79.

har bedömts av HD. Härav följer att umgängessabotage, delvis i motsättning till vad som förutskickats i lagens förarbeten, sällan kan läggas till grund för vårdnadsöverföring. *(Se ovan 3.2.1.3, vidare 5.2.4.)*

I NJA 1986 s. 338 hade modern, efter att ha fått interimistisk ensam vårdnad, fört den sexåriga dottern till Ungern. Vid tiden för HDs avgörande två år senare uppgavs barnet ha funnit sig tillrätta i Ungern. Fadern hade endast fått träffa barnet i närvaro av andra personer. Modern tillerkändes vårdnaden. I NJA 1989 s. 335 förlorade modern däremot vårdnaden, efter att ha hindrat fadern från att utöva umgänge och vårdnad. Men i NJA 1992 s. 93 tilldömdes fadern vårdnaden om sin trettonårige son efter att egenmäktigt ha skilt pojken från modern tio år tidigare, fört honom utomlands, lämnat honom där och därefter förhindrat moderns umgänge. I NJA 1992 s. 666 skedde däremot ingen vårdnadsövergång, trots omfattande umgängessabotage. Det beaktades därvid att barnet och den umgängesberättigade fadern endast haft synnerligen sporadisk kontakt. En överföring av vårdnaden skulle innebära en alltför stor omställning för barnet.

Ett, jämfört med tidigare perioder, stort antal avgöranden rör egenmäktighet med barn. Likaså har antalet vårdnadsavgöranden med internationell anknytning ökat. *(Se vidare 5.7, 5.8.)*

NJA 1993 s. 128 behandlade invändning om nöd pga. misstanke om incest. En mor hade vägrat överlämna barnet till fadern, som tillerkänts ensam vårdnad. HD konstaterade att utrymmet för tillämpning av nödbestämmelserna efter det att allmän domstol avgjort en vårdnadstvist var mycket litet. En nödsituation ansågs inte ha förelegat. I NJA 1991 s. 241 bedömdes en far, efter avtjänat fängelsestraff för egenmäktighet med barn, oberoende av invändning om rättegångshinder, på nytt kunna åtalas då han inte medverkat till att barnen återförts till vårdnadshavaren. I NJA 1992 s. 566 och NJA 1993 s. 277 behandlades frågan om förälder som tidigare dömts för egenmäktighet med barn ånyo kunde dömas när barnet inte återförenats med den legale vårdnadshavaren. Här slog HD fast att den som tidigare dömts för egenmäktighet på nytt kan dömas om han fortsätter att undanhålla barnet. En förutsättning är dock att gärningsmannen har kontroll över barnets förhållanden. I NJA 1993 s. 277 ansågs, som en följd av att gärningsmannen avtjänade fängelsestraff, så inte vara fallet. NJA 1995 s. 269 behandlade skadestånd till modern pga. att fadern egenmäktigt fört bort deras tio månader gamle son. Med hänsyn till omständigheterna ansågs handlandet i hög grad vara riktat mot modern och hon tillerkändes skadestånd. I NJA 1995 s. 727 var fråga om hänsynstagande till risk för bortförande i sam-

band med fastställande av umgängesrätt. I NJA 1992 s. 93 berördes egenmäktighet indirekt i samband med vårdnadsfrågan och faderns lämplighet.

Sammantaget har HDs praxis haft en rättsutvecklande funktion i överensstämmelse med lagstiftarens intentioner. I vissa fall framstår lagstiftningen som mer radikal, och rättstillämpningen som modifierande. Men i andra fall kan förhållandena vara de motsatta. Presentationen av rättstillämpningen syftar som sagt till att diskutera effekterna av en lagstiftning som huvudsakligen motiverats av värdebaserade skäl. En förmodan är att sådan lagstiftning riskerar att bli mindre förenlig med de frågor rättstillämpning, och enskilda, ställs inför. HDs praxis är inte tillräckligt omfattande för att besvara denna fråga. Därför skisseras i det följande en bild av »verkligheten» såsom den kan utläsas ur visst empiriskt material.

3.3.2 Empiriskt material

Som ett komplement till beskrivningen av rättsutvecklingen enligt lagstiftning, lagförarbeten och HDs prejudikat presenteras här visst statistiskt material från epok III. Det statistiska materialet tydliggör vilka förändringar lagstiftningen medfört, t.ex. hur olika vårdnadsformer utnyttjats. Framställningen syftar i denna del till att ge en presentation av aktuella levnadsförhållanden och relatera dessa till lagstiftningens motiv och överrättspraxis.

Inledningsvis presenteras statistik om barns levnadsförhållanden – om de lever med bägge sina föräldrar eller den ena av dem och i så fall hur mycket kontakt med den andre föräldern de har. Därefter belyses i vilken omfattning ogifta föräldrar utnyttjar möjligheten att få gemensam legal vårdnad genom anmälan. Likaså diskuteras fördelning av faktisk vårdnad mellan föräldrar samt vissa socioekonomiska aspekter som kan läggas på vårdnad (3.3.2.1). I det andra avsnittet behandlas statistik över underrättsdomar i vårdnadsmål (3.3.2.2). Redogörelsen baseras på svensk offentlig statistik framtagen eller beställd av SCB, Socialstyrelsen och RFV.

3.3.2.1 BARN, FÖRÄLDRAR OCH LEVNADSFÖRHÅLLANDEN

Tidigare har konstateras att antalet skilsmässor och separationer har ökat markant under 1990-talet. *(Se ovan 3.3.)* I detta avsnitt fokuseras på hur det har påverkat barnets situation med avseende på legal och faktisk vårdnad. Erinras kan om att lagstiftningen under epok III motiverats av att

barns kontakt med bägge föräldrarna skall främjas efter en skilsmässa eller separation. Gemensam legal vårdnad ses som ett medel härför.

Ungefär 400 000 barn i åldrarna 1–17 år i Sverige lever med endast en av sina föräldrar.[166] År 1992 var 21 615 barn, vars föräldrar tidigare hade varit gifta med varandra, föremål för TRs dom eller beslut om vårdnad. Motsvarande siffra för barn med ogifta föräldrar var 1 202.[167] Den *legala vårdnaden* var 1992–93 gemensam för 40 procent av barnen, som inte levde med bägge sina föräldrar, att jämföra med 25 procent 1984–85.[168] Rörande den *faktiska vårdnaden* framgår av SCBs material att i mitten av 1980-talet levde 81 procent av barnen tillsammans med bägge sina föräldrar, 16 procent med modern, knappt 3 procent med fadern och 2,4 procent bodde växelvis lika mycket hos båda. År 1992–93 levde 79 procent av alla barn med bägge sina föräldrar, 13 procent med sin mor, 2 procent med sin far och 4,3 procent bodde växelvis lika mycket hos båda.[169]

Ökningen av den gemensamma *legala* vårdnaden för icke-sammanboende föräldrar är således markant. Förändringarna i de *faktiska* förhållandena är däremot små. Det kan emellertid konstateras att andelen barn som enbart bor med sina fäder efter en skilsmässa eller separation har minskat, men att det växelvisa boendet ökat något. Barn som helt eller delvis bor med sin far har därmed ökat med en knapp procent till drygt 6 procent av barn med icke-sammanboende föräldrar. Av dessa bor dock den stora majoriteten växelvis hos bägge föräldrarna.

Uppfattningen att mödrar i större utsträckning än fäder ansvarar för den *faktiska vården* av barn, också under äktenskap och samboende, stöds av uppgifter enligt vilka mödrar i större omfattning än fäder utnyttjar rätt till föräldraledighet. I praktiken är fädernas uttag cirka 8 procent. Drygt hälften av fäderna tar inte ut någon föräldraledighet alls.[170] Mäns uttag av tillfällig föräldrapenning för vård av sjukt barn var år 1995 en knapp tredjedel av samtliga ersatta dagar.[171] Noteras kan att gifta och sammanboende

166 SCB Rapport 89 s. 24.

167 SCB 1992 s. 6, 14, 30. *(Se vidare 3.3.2.2.)*

168 SCB Rapport 89 s. 53. Tyvärr framgår inte fördelningen av legal vårdnadsform för de resterande 60 procenten av barnen.

169 SCB Rapport 89 s. 16 f., 38, 53. Siffrorna ger en differens på 1,7 %. Troligen förklaras det av att redogörelsen endast omfattar barn som lever med sina föräldrar.

170 RFV 1996:5. Se FLL, angående äldre rätt se lagen (1978:410) om rätt till ledighet för vård av barn m.m.

171 RFV Is-I 1996:14 s. 2, tabell 2.

mödrar utför nästan lika mycket obetalt hushållsarbete som ensamstående mödrar.[172]

Som framkommit är en strävan i lagstiftningen att gemensam legal vårdnad bör vara den vanligaste vårdnadsformen för såväl gifta som ogifta föräldrar. Därför infördes år 1983 möjlighet för ogifta föräldrar att få gemensam vårdnad genom anmälan till pastorsexpeditionen. För att ytterligare förenkla formaliteterna fick år 1991 ogifta föräldrar möjlighet att anmäla gemensam vårdnad i samband med att faderskapet bekräftades. Enligt tillgänglig statistik har gemensam vårdnad också anmälts i relativt hög omfattning av ogifta *sammanboende* föräldrar. Gemensam vårdnad anmäldes för 90 procent av barnen födda år 1995. I betydligt mindre omfattning anmäldes gemensam vårdnad när föräldrarna inte sammanbodde. Det skedde för 45 procent av barnen födda år 1995.[173]

Angående *umgänge* och *kontakt* kan noteras att umgänge totalt har ökat sedan mitten av 1980-talet. Det kan också konstateras att barn vars föräldrar har gemensam vårdnad har tätare kontakt med den frånvarande föräldern än barn vars föräldrar inte har gemensam vårdnad. Men jämfört med förhållandena under mitten av 1980-talet har denna önskvärda effekt av den gemensamma vårdnaden avklingat.

Cirka 60 procent av de barn som 1992–93 levde med endast en av sina föräldrar träffade den andre föräldern minst en gång varannan vecka. Men 15 procent av dem träffade den »frånvarande» föräldern någon gång i månaden, 25 procent mer sällan. 10 procent hade helt förlorat kontakten med den »frånvarande» föräldern. Vid gemensam vårdnad var kontakten något tätare. Då träffade cirka 75 procent av barnen den »frånvarande» vårdnadshavaren minst en gång varannan vecka. Men så mycket som 25 procent av barnen träffade den frånvarande legale vårdnadshavaren mindre än en gång varannan vecka. Det var en försämring med 10 procentenheter jämfört med mitten av 1980-talet.[174] 13 procent träffade den frånvarande vårdnadshavaren mindre än en gång i månaden. Kontakten med modern upprätthölls generellt bättre i de fåtal fall barnet levde med fadern, än kontakten med fadern när barnet levde med modern.[175]

172 Hobson & Takahashi 1997. Ensamstående mödrar utför 26 timmar obetalt arbete i veckan jämfört med 24 timmar för gifta/sammanboende mödrar, dvs. en skillnad på 17 minuter per dag. Ensamstående mödrar förvärvsarbetar i snitt 28 timmar/vecka att jämföra med 27 timmar för gifta/sammanboende mödrar.

173 Socialtjänst 1996:2.

174 SCB Rapport 89 s. 24 f. Se även SCB 1995:1 s. 92 f.

175 SCB Rapport 71 s. 29.

Det kan även konstateras att ett barns *socioekonomiska* bakgrund är av betydelse i sammanhanget. Barn vars mödrar har arbetaryrken lever oftare än andra barn med endast en förälder. Det är fler separationer bland kvinnor med arbetaryrken än bland genomsnittet och fler kvinnor ur denna grupp lever ensamma vid barnets födelse.[176] Också beträffande *umgänge* är de socioekonomiska skillnaderna markanta. Barn i arbetarfamiljer träffar den frånvarande föräldern mindre än barn i s.k. tjänstemannafamiljer. Dubbelt så många barn i arbetarfamiljer har helt förlorat kontakten med den föräldern de inte bor med jämfört med barn i tjänstemannafamiljer.[177]

3.3.2.2 UNDERRÄTTSDOMAR

SCB publicerade år 1989 och 1992 statistiska sammanställningar avseende vårdnad och underhåll. SCBs undersökningar baserades på samtliga svenska tingsrättsdomar och beslut rörande vårdnad av barn år 1989 och 1992 (en icke heltäckande undersökning gjordes även 1983). Materialet omfattar såväl gifta som ogifta föräldrar som sökt domstolsavgörande beträffande vårdnad om gemensamma barn.[178]

Gemensam *legal* vårdnad var den vanligaste utgången av TRs prövning år 1992. För 82 procent av barn till tidigare gifta föräldrar kvarstod den gemensamma vårdnaden efter vårdnadsdom eller dom om äktenskapsskillnad. Modern fick ensam vårdnad i 17 procent av avgörandena, fadern i 1 procent.[179] Angående den *faktiska* vårdnaden bekräftas här att den inte har förändrats i samma omfattning som den legala. Inte heller har förändringar skett på så sätt att fäder i större utsträckning än tidigare har den faktiska vårdnaden om barnen efter en skilsmässa. Tvärtom. Parallellt med att den gemensamma vårdnaden som utgång av TRs avgörande procentuellt nästan har fördubblats, har antalet barn som efter föräldrarnas skilsmässa faktiskt bor hos sina fäder (dvs. fäderna var mottagare av underhåll eller bidragsförskott) minskat med drygt en tredjedel. År 1992 bodde således 9 procent av barnen med sina pappor efter TRs avgörande i samband med äktenskapsskillnad jämfört med 10 procent år 1989 och 15 procent år 1983.[180] Det kan noteras att fäder i dessa fall utövar den faktiska vårdnaden om barn i något större utsträckning än annars. *(Se ovan 3.3.2.1.)*

176 SCB Rapport 89 s. 21 f.

177 SCB Rapport 89 s. 54.

178 I vilken omfattning de ogifta föräldrarna har sammanbott framgår inte. Inte heller framgår vilken tidigare vårdnadsform de haft.

179 SCB 1992 s. 6, 14, 30.

180 SCB 1992 s. 6.

Dessvärre framgår inte i vilken utsträckning föräldrarna var ense om vårdnadsform. I de fall vårdnadsfrågan anhängiggjorts på nytt kan man emellertid förutsätta att det oftast skett pga. oenighet i vårdnadsfrågan. Av samtliga TRs vårdnadsavgöranden mellan tidigare gifta föräldrar år 1992 rörde 6 procent sådana fall. Också då bestod den gemensamma vårdnaden i 35 procent av fallen, modern fick vårdnaden i 46 procent av fallen och fadern i 19 procent.[181] Följande sammanställning av legal och faktisk vårdnadsform bland tidigare gifta föräldrar kan göras.

År	Gemensam v.	Moder ensam v.	Fader ensam v.	Fader faktisk v.
1983	44 procent	44 procent	8 procent	15 procent
1989	76 procent	22 procent	2 procent	10 procent
1992[182]	82 procent	17 procent	1 procent	9 procent
omprövning[183]	35 procent	46 procent	19 procent	–

I enlighet med lagstiftarens intention använder ogifta föräldrar i allt mindre utsträckning TR som konfliktlösningsforum. Antalet domar och beslut rörande vårdnad mellan föräldrar som inte varit gifta med varandra minskade med 21 procent mellan år 1989 och 1992. Vid sidan av detta var den mest markanta skillnaden att gemensam vårdnad som utgång av TRs avgörande minskat och att andelen mödrar som fått ensam vårdnad ökat något i förhållande till antalet fäder som fick ensam vårdnad.[184] Det är rimligt att förmoda att de fall som prövats av TR är de där konflikterna var allvarliga.

Föräldrar som inte varit gifta med varandra fick gemensam vårdnad i 41 procent av de fall *som reglerats av domstol* år 1992. Modern fick ensam vårdnad om 37 procent av barnen och fadern om 22 procent i mål avgjorda av domstol. Utvecklingen kan sammanfattas i följande sammanställning.

År	Gemensam v.	Moder ensam v.	Fader ensam v.
1983		11 procent	36 procent
1989	52 procent	28 procent	20 procent
1992	41 procent	37 procent	22 procent

Umgängesrätt reglerades endast i liten omfattning när tidigare beslut i vårdnadsfrågan saknades. När det dömts till ensam vårdnad reglerades

181 SCB 1992 s. 22.
182 Numerärt rörde avgörandena 20 354 barn.
183 Numerärt rörde avgörandena 1 261 barn.
184 SCB 1992 s. 30 f.

umgängesfrågan för 16 procent av barnen. Umgänget reglerades för 26 procent av barnen när fadern var umgängesförälder och för 15 procent av barnen då modern var umgängesberättigad. Vid ändring av tidigare dom eller beslut reglerades umgängesfrågan för 25 procent av barnen. I 26 procent av fallen när fadern var umgängesberättigad och i 21 procent när modern var umgängesberättigad.[185]

3.4 Sammanfattande kommentar

I detta kapitel har motiv för rättsutvecklingen om vårdnad behandlats. Sådana skäl kan betecknas som värdebaserade eller rationellt baserade. Det är svårt att göra en mer exakt sammanställning av omfattningen av värdebaserade, respektive rationellt baserade motiv för lagstiftning rörande vårdnad. Några av anledningarna till det är att motiven kan vara dunkelt formulerade och att familjerätten är ett område där det är svårt att frigöra sig från egna värderingar. Huvuddragen i utvecklingen kan dock urskiljas. Grafiskt kan de sammanfattas i följande figur.

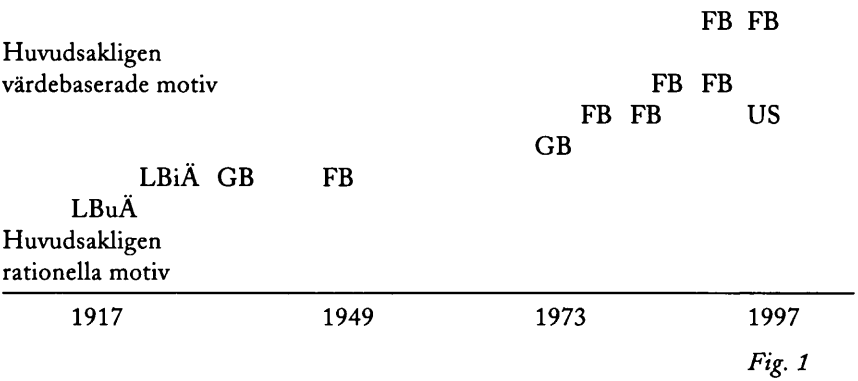

Fig. 1

Som sammanställningen visar är ingen period under 1900-talet helt fri från värderingar i lagstiftningsarbetet. Värderingarna har emellertid förskjutits och de rationella grunderna för lagstiftning om vårdnad m.m. minskat under 1900-talets senare del. Motiven består ofta av en allmän hänvisning till barnets bästa. Denna utveckling kan relateras till två faktorer som framhålls som legitimerande i samband med lagstiftning. Den ena av dessa är att rätten överenstämmer med grundläggande sociala och kul-

185 SCB 1992 s. 23.

turella värderingar hos rättssubjekten. Den andra är att rätten är rationellt uppbyggd. Det förhållande att lagstiftningen numera i mindre utsträckning är rationellt motiverad, medför således ett ökat krav på att den bör vara i överensstämmelse med rättssubjektens grundläggande värderingar. Svaret på vad som är rättssubjektens grundläggande värderingar kan svårligen utläsas ur det material som ligger till grund för denna framställning. Det innebär att svaret inte heller står att finna i de motiv som legat till grund för lagstiftningen.

De värdebaserade och i synnerhet de pedagogiska motiven inom vårdnadsrätten har alltså ökat markant. En effekt av det är att uppfattningen om vad som är lagens uppgift har förändrats. Civilrätten anses traditionellt fungera som konfliktlösningsverktyg och handlingsdirektiv. Men i samband med vårdnad betonas nu lagens pedagogiska funktion. Sådan pedagogisk lagstiftning riktar sig till rättssubjekten och saknar, till skillnad från den handlingsdirigerande, koppling till rättstillämpningen.

Under epok III förutsätts, om ett barns föräldrar inte lever tillsammans, barnets bästa vara att föräldrarna har gemensam legal vårdnad. Den gemensamma legala vårdnaden skall syfta till att förändra de faktiska förhållandena på så sätt att barnets kontakt med bägge föräldrarna ökar. Vanligen bor barnen med modern, om inte föräldrarna lever tillsammans. Det betyder att gemensam vårdnad normalt skall syfta till att främja barnets kontakt med fadern.

Av det statistiska materialet framkommer att gemensam *legal* vårdnad ökat markant under det senaste årtiondet, men att förändringarna i de *faktiska* förhållandena är mer blygsamma. Kontakten mellan barn och den förälder som barnet inte bor med har ökat något. Andelen fäder som ensamma utövar den faktiska vårdnaden har däremot minskat. Statistiken visar också att barn som är födda utom äktenskap står under ensam vårdnad i större utsträckning än barn födda i äktenskap, oavsett om föräldrarna sammanbor eller har separerat eller skilt sig. Det är således diskutabelt om syftet bakom den gemensamma legala vårdnaden i praktiken uppfyllts.

Avslutningsvis kan konstateras att som de principiellt mer betydelsefulla förändringar inom vårdnadsrätten under de senaste decennierna framstår införandet av gemensam vårdnad för ogifta och frånskilda föräldrar och införandet av preferensen för gemensam vårdnad år 1991. Leder förslagen i SOU 1995:79 om bl.a. obligatorisk gemensam vårdnad till lagstiftning kommer det givetvis att utgöra en genomgripande förändring.

Lagstiftningen om vårdnad har med några undantag, t.ex. införandet av portalparagrafen 6:1 FB om barnets bästa och förbudet mot att aga barn,

fokuserat på regler om överföring av vårdnad. Vårdnadens omfattning och innebörd har däremot endast i begränsad utsträckning uppmärksammats. Hit hör frågor om vem som har ansvar för barnet, vem som har rätt att bestämma över barnet och hur föräldrarnas samarbete om barnet inom ramen för gemensam legal vårdnad, respektive vid ensam vårdnad, skall utformas. Sådana frågor har enligt min mening inte utvecklats tillräckligt av lagstiftaren. Det kan vara en effekt av att de rationella grunderna för lagstiftning underordnats de värdebaserade. Oklarheten i den legala vårdnadens utformning är kanske en av orsakerna till att gemensam legal vårdnad inte väljs fullt ut av ogifta föräldrar.

4 Den legala vårdnadens omfattning

4.1 Inledning

Vårdnad om barn kan beskrivas ur ett antal perspektiv. Vårdnad kan t.ex. sägas bestå av en legal och en moralisk del. Här fokuseras på den legala delen. Men denna varken kan eller bör helt renodlas, utan gränserna mellan de moraliska och de legala aspekterna på vårdnad är diffusa och begreppen överlappar varandra. Rättssystemet har införlivat ett antal av de moraliska momenten i behandlingen av vårdnad. Det moraliska perspektivet har i övrigt betydelse som motbild och komplement till det legala. De moraliska momenten är ofta relaterade till vad som här betecknas pedagogisk lagstiftning, men saknar anknytning till konkret konfliktlösning. *(Se ovan 2.1.1, 3.1.2.)*

Vid sidan av de teoretiska aspekterna på vårdnad finns självklart även de praktiska. Hur väljer rättssubjekten att konkret lösa vårdnadsfrågor? Hur enhetliga är dessa lösningar och hur harmonierar de med rättsordningen i övrigt? Sådan frågor hör till stor del till rättssociologin. Här diskuteras de endast översiktligt. *(Se ovan 1.2, 3.3.2.)*

Den legala vårdnadens objekt är barnet. Som dess subjekt behandlas här föräldrar och under vissa förutsättningar barnet samt det allmänna, ofta representerat av en socialnämnd. Med subjekt avser jag den som självständigt kan påverka den legala vårdnadens omfattning i konkreta fall. Bland sådana konkreta fall kan särskiljas två typer. Till den första gruppen hör tvister enligt främst 6 kap. FB. Till den andra gruppen hör offentligrättsliga ingripanden.

Begreppet »barn» har behandlats tidigare. *(Se ovan 2.1.)* Angående »föräldrar» kan noteras att svensk rätt behandlar legalt föräldraskap med utgångspunkt i det biologiska föräldraskapet. För uppkomsten av legalt föräldraskap godtar svensk rätt, i överensstämmelse med principen *mater semper certa est*, i allmänhet det biologiska moderskapet som skapande av legala band mellan mor och barn.[1] Är modern gift skall mannen i äktenskapet

1 Se dock NJA 1949 s. 144. JO 1989/90 s. 223 f.

anses vara far till barnet om inte omständigheterna talar emot det, *pater est quem nuptiae demonstrant* (1:1–2 FB). Är modern inte gift skall faderskapet bekräftas skriftligen och godkännas av socialnämnd eller fastställas genom dom (1:3–4 FB). Legalt faderskap kan även uppstå genom makes eller sambos skriftliga samtycke till insemination (1:6 FB). Däremot medför inte enbart spermagivarens biologiskt-genetiska faderskap att ett legalt faderskap uppkommer.[2]

Barn-föräldrarelationer kan i vissa fall också uppstå när biologiska band inte finns mellan barn och vuxna. Det enda av dessa fall där de legala effekterna är jämförbara med det som det biologiska föräldraskapet medför är adoption (4 kap. FB).*(Se ovan 1.3.4.)*

Även begreppet »psykologisk förälder» förekommer, framförallt i samband med samhällsvård av barn. Med psykologisk förälder förstås någon som barnet knutit an till, oavsett biologiska eller legala band. I debatten om omhändertaganden av barn kan urskiljas två huvudskolor om barn och deras relationer till föräldrar m.fl. Den ena, den *relationsorienterade skolan*, anser att biologiska föräldrar, i egenskap av just biologiska föräldrar, har en unik och oersättbar funktion i barns liv. De skall därför prioriteras vid val av vårdare för barnet. Denna uppfattning står i ett motsatsförhållande till den *behovsorienterade skolan*. Enligt den kan de biologiska föräldrarna inte prioriteras enbart därför att de är biologiska föräldrar, utan är utbytbara mot andra vuxna som kan överta det psykologiska föräldraskapet för barnet.[3] Som något av en motsats till en psykologisk förälder kan en »frånvarande förälder» uppfattas. Med det avses en förälder som, oavsett om han har del i den legala vårdnaden eller ej, endast har begränsad eller ingen faktisk kontakt med sina barn.

För att kunna påverka den legala vårdnadens omfattning vid en civilrättslig tvist om vårdnad m.m. krävs i princip talerätt. Det skulle betyda att det icke-taleberättigade barnet inte vore att betrakta som ett av vårdnadens subjekt utan enbart dess objekt.[4] Vårdnadens subjekt skulle därmed endast vara de taleberättigade föräldrarna och den likaledes taleberättigade socialnämnden. Men utanför den civilrättsliga tvisten har barnet, främst genom offentligrättslig lagstiftning, getts rättigheter i sådan omfattning att det ändock kan behandlas som ett av vårdnadens subjekt. Barnet blir därmed såväl den legala vårdnadens objekt som ett av dess subjekt.

2 Se dock Singer JT 1995–96 s. 1073 f.

3 Prop. 1989/90:28 s. 48–50. Se även Goldstein m.fl. s. 19 f.

4 En annan sak är att barnets intressen *ex officio* skall bevakas av rätten. *(Se vidare 5.4.1.)*

Det ligger dock i omyndighetsbegreppets natur att barnet endast i begränsad omfattning själv kan tillvarata sin rätt.[5] Inte heller kan, åtminstone inte det yngre, barnet själv tillgodose sina behov. I första hand företräds och vårdas därför barnet av legal eller förordnad vårdnadshavare eller förmyndare. I det allra flesta samhällen har även det offentliga, åtminstone en moralisk skyldighet, och oftast legala befogenheter, att träda in när föräldrar eller annan vårdnadshavare inte kan tillgodose barnets primära behov. Sådana skyldigheter föreligger också när det är oklart vem av föräldrarna som ska utöva vårdnaden.

Trots ambitionen att stärka barnets ställning är vårdnadshavaren fortfarande vårdnadsinstitutets huvudsubjekt i den bemärkelsen att det är vårdnadshavaren som har de flesta lagstadgade rättigheter och skyldigheter inom vårdnadsinstitutet. Vårdnadshavaren är även den som har den mest omfattande processbehörigheten. Samhällets ansvar utgör dock en gräns för den civilrättsliga vårdnadshavarens befogenheter.

Min utgångspunkt är att de rättigheter och skyldigheter som vårdnadens olika subjekt har står i ett motsatsförhållande till varandra. Det innebär att barnets rättigheter begränsas av vårdnadshavarens bestämmanderätt. Vårdnadshavarens befogenheter inskränks i sin tur av barnets rättigheter. Vårdnadshavarens och barnets rättigheter är också begränsade av det offentligas befogenheter. Det offentliga skall slutligen respektera barnets och vårdnadshavarens rättigheter. Samspelet mellan dessa rättigheter och skyldigheter utgör vårdnadens innehåll. I centrum för vårdnadens omfattning står vårdnadshavarens rättigheter och skyldigheter.

Erinras kan om att vårdnadshavarens lagstadgade rättigheter i förhållande till barnet normalt utövas i en privatsfär över vilken rättssystemet endast har litet inflytande. I de fall det offentliga, ofta representerat av en socialnämnd, väljer att stödja barnet förs det privata delvist över till den offentligrättsliga arenan. Den civila vårdnadens omfattning påverkas således av förvaltningsmyndigheters beslut. *De lege lata* är däremot möjligheterna att driva en tvist vid allmän domstol angående räckvidden av vårdnadshavarens rättigheter och skyldigheter visavi barnet enligt 6 kap. FB obefintliga. *(Se ovan 1.2, 1.6.)*

Kapitel 4 *disponeras* enligt följande. Inledningsvis diskuteras rättigheter, skyldigheter och ansvar (4.1.1). Därefter behandlas den civila vårdnaden och det offentligas ansvar (4.1.2). I det följande avsnittet analyseras vårdnadens omfattning i relation till relevanta internationella konventioner

5 Se SOU 1996:111 *(Se vidare 4.4.1.)*

(4.2). I nästa avsnitt (4.3) behandlas vårdnadens omfång i förhållande till svensk offentlig rätt. Här diskuteras bl.a. grundläggande fri- och rättigheter samt vårdnadens omfattning vid åtgärder enligt SoL och LVU. Därefter diskuteras vårdnadens omfattning i betydelsen föräldrars och barns inbördes legala relationer (4.4). Vårdnadens omfattning behandlas först i förhållande till förmynderskapet och därefter i relation till barnets rättigheter. Slutligen behandlas föräldrarnas rättigheter och skyldigheter vid gemensam och ensam vårdnad. Avslutningsvis diskuteras vårdnad, umgänge och kontakt (4.5).

4.1.1 Något om rättigheter, skyldigheter och ansvar

Vårdnad har beskrivits som en rättighet av ett säreget slag.[6] *Ross* har förordat att vårdnad hålls utanför rättighetsbegreppet, eftersom det inte är en typisk rättighet. Han föredrar att se vårdnaden som en »myndighed».[7] Men trots att vårdnadens legala natur kan diskuteras hänförs familjerättsliga rättigheter, inklusive vårdnad och umgänge, till civila rättigheter. Det framgår av Europadomstolens avgöranden.[8]

Som framkommit utgör vårdnadsinstitutet ett statusförhållande åtminstone vad avser relationen barn-förälder. Vårdnadens omfattning i förhållande till barnet kan därför svårligen beskrivas *enbart* i termer av rättigheter och skyldigheter. *(Se ovan 1.4, vidare 4.4.2.2.)* Det hindrar emellertid inte att vissa moment väl låter sig analyseras med hjälp av dessa begrepp. Så är t.ex. fallet när vårdnadens omfattning diskuteras i förhållande till Europakonventionen. *(Se vidare 4.2.)*

Inom ramen för den legala vårdnaden har vårdnadshavaren således såväl rättigheter som skyldigheter i förhållande till barnet. I ett civilrättsligt perspektiv är det inte ovanligt att en rättsinnehavare också har skyldigheter. Vad som gör det legala institutet vårdnad om barn särpräglat är att gränserna mellan rättigheter och skyldigheter är flytande och att vårdnad omfattar så mycket mer än enbart rättigheter och skyldigheter. Det är t.ex. oklart om skyldighetsaspekten är över- eller underordnad rättighetsaspekten. Terminologiändringar i lagstiftningen, såsom ersättandet av begreppet »rätt» med »ansvar» har dock medfört att vårdnadens skyldighetssida betonats.

6 Se Winroth 1898 s. 1.

7 Ross 1953 s. 215.

8 Danelius 1991 s. 287 med hänvisning till ERD 120 (1987, O). Se även Christensen 1988 s. 64.

Denna betoning av vårdnadshavarens skyldigheter gentemot barnet betraktas ofta som ett relativt modernt fenomen som under de senaste årtiondena har kommit till allt tydligare uttryck. Det har t.ex. skett genom att vårdnadshavarens ansvar framhålls i såväl Barnkonventionen som i ett antal nationella rättssystem.

Ur ett historiskt perspektiv har *Smith* emellertid framhållit skyldighetsaspekten även i äldre rätt. Hon hävdar att både det germanska begreppet *mund* och det romerska *patria potestas* innebar en viss begränsning av faderns rättigheter visavi barnet och en plikt att beskydda det. Likaså framhåller hon att *foreldremyndigheten* i norsk rätt alltid omfattat både rättigheter och skyldigheter i förhållande till barnet.[9] Rimligen är de skyldigheter *Smith* hänvisar till av fundamental natur. Med hänvisning till äldre svensk rätt har andra författare framhållit att fadern troligen haft så gott som fullständig rådighet över sina barn.[10] Först i samband med 1920-talets svenska familjelagstiftning framhölls uttryckligen att vårdnaden är både en rättighet och en förpliktelse att ha omsorg om barnets person.[11] *(Se ovan 1.3.)*

Bland de nationella rättssystem där ansvarsterminologin införts under de senaste decenniet kan det engelska särskilt uppmärksammas. Här har begreppet *parental rights and duties* ersatts med *parental responsibility*. I *The Children Act 1989* stadgas att detta föräldraansvar omfattar »all the rights, duties, powers, responsibility and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property». Här har således termen »ansvar» getts ett innehåll som är betydligt vidare än vad som är vanligt i gängse juridiska sammanhang. Här förekommer ansvarsbegreppet främst i skadestånds- och straffrättsliga sammanhang. Förutom föräldrar kan »fosterföräldrar», förordnade vårdnadshavare och *local authorities* åläggas föräldraansvar. *Parental responsibility* i *the Children Act 1989* kan, enligt *Eekelaar*, sägas omfatta två principer.[12]

Den första av dessa är att föräldrar skall uppträda ansvarsfullt mot sina barn. Föräldraansvaret kan ses som en utveckling av äldre rätts betoning av *parental rights and duties* och *parental powers and duties*. Den andra principen som begreppet föräldraansvar förmedlar är att det är föräldrarna och inte staten som har ansvaret för barnet. Tanken kommer i engelsk rätt

9 Smith 1980 s. 105–6.
10 Ewerlöf & Sverne s. 7.
11 NJA II 1921 s. 235.
12 Eekelaar 1991 s. 37 f.

främst till uttryck genom den s.k. icke-interventions principen. Denna princip tolkas som att domstol inte skall meddela något beslut rörande barnet annat än när domstolen uppfattar att det är till det bättre för barnet.[13] Principen omfattar även familjer där föräldrabanden upplösts genom skilsmässa eller separation. *(Se vidare 4.4.3.1.)*

Även i norsk rätt har begreppen *foreldremyndighet* och *foreldremakt* ersatts med termen *foreldreansvar*.[14] Termen valdes för att understryka barnets rättigheter och föräldrarnas ansvar.[15]

Under 1970-talet rekommenderades att termen *föräldraansvar* skulle ersätta termen *vårdnad* också i svensk rätt.[16] Syftet med förslaget var som så ofta inom svensk vårdnadsrätt att åstadkomma en attitydförändring. Det anfördes att »föräldraansvar» på ett bättre sätt än »vårdnad» uttrycker att förälder, eller den som ersätter förälder, har ett ansvar för barnet i den omfattning som lagen anger.[17] Lagstiftaren avstod dock från att införa begreppet med motiveringen att det av psykologiska skäl kunde framstå som olämpligt att en förälder som inte anförtroddes det rättsliga ansvaret för sitt barn också skulle förlorar sitt »föräldraansvar».[18] Termen uppfattades även som inadekvat för det fallet att det juridiska ansvaret över ett barn anförtroddes en person som inte var biologisk förälder.

4.1.2 Den civila vårdnadens omfattning och det offentligas ansvar

Det legala institutet vårdnad om barn befinner sig i skärningspunkten mellan medborgarnas rätt till privatsfär och samhällets ansvar för barn.[19] Det medför som framkommit att både civil- och offentlig rätt aktualiseras när vårdnad om barn diskuteras. Den civilrättsliga lag som reglerar vårdnaden är FB. Bland de offentligrättsliga lagarna märks SoL och LVU. Det offentligas ansvar framgår emellertid även av FB som inkluderar bestäm-

13 Se Bromley & Lowe s. 345.

14 Barneloven – lov 8. april 1981 nr. 71 om barn og foreldre.

15 Backer s. 139. De kan noteras att motsvarande terminologiändring inte gjorts i dansk eller finsk rätt.

16 Se SOU 1979:63.

17 SOU 1979:63 s. 13.

18 Prop. 1981/82:168 s. 21. I fransk rätt infördes tvärtom termen »responsibilités parantales» med motiveringen att det skulle främja ansvarskänslan hos den av föräldrarna som inte hade den faktiska vårdnaden. Ganghofer s. 407 f. Noteras kan att termen »parental responsibility» används i 1996 års Haagkonvention. *(Se vidare 5.8.)*

19 Se Smith 1980 s. 23. Bainhamn 1988 s. 1.

melser om domstols officialansvar och socialnämnds talerätt. Samhällets ansvar kommer vidare till uttryck i annan lagstiftning, främst inom den särskilda förvaltningsrätten, såsom i skolL, arbetsrättslig skyddslagstiftning m.m.[20]

Som vårdnadens subjekt behandlas i denna framställning som sagt föräldrar eller annan vårdnadshavare, barn och samhälle. En ytterligare uppdelning kan göras mellan föräldrar som är vårdnadshavare och föräldrar som inte har del i den legala vårdnaden. En åtskillnad bör även göras mellan äldre och yngre barn, liksom mellan olika representanter för det allmänna. Socialnämnden ges här en nyckelroll som ansvarig för barn inom kommunen. Enligt SoL skall socialnämnden ta initiativ till och bevaka att åtgärder vidtas för att skapa goda förhållanden för barn och ungdom (12 § SoL).

Förhållandet mellan föräldrar och barn kan beskrivas som en trekant. Linjerna 1, 2, 3 illustrerar de legala relationerna mellan pappa-mamma, pappa-barn och mamma-barn. Dessa relationer kan vara mer eller mindre omfattande och är inte avhängiga av varandra. Det betyder att den legala relationen mellan t.ex. barn och far existerar oberoende av barnets legala relation med modern och oavsett vilka legala band som existerar mellan föräldrarna. Är en förälder inte vårdnadshavare är de legala banden emellertid svagare.

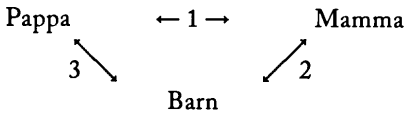

Fig. 2

Vid sidan av triangeln mamma-pappa-barn spelar samhället en aktiv roll. Det offentligas plats i en beskrivningen av vårdnaden kan illustreras med två figurer. Å ena sidan är det offentliga den yttersta makten i samhället och begränsar därmed både föräldrarnas eller annan vårdnadshavare och barnets rättigheter. Det kan illustreras med en triangel.

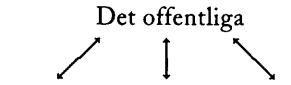

Fig. 3

20 Se om lagstiftning om barn SOU 1996:111. *(Se ovan 2.1.)*

Å andra sidan legitimerar det offentliga sitt speciella inflytande över barn med att samhället skall vara en garant för barnets bästa, dvs. helt stå på barnets sida. Det kan illustreras med en triangel där det offentligas intressen är lika med barnets men står i viss motsättning till föräldrarnas/vårdnadshavarnas.

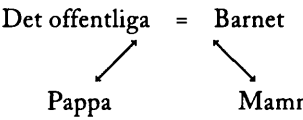

Fig. 4

Så länge det rör sig om en fungerande barn-föräldrarelation är såväl det offentligas ansvar för barnets välfärd som barnets bestämmanderätt begränsat i förhållande till föräldrarnas. För det fallet barn-föräldrarelationen fungerar mindre väl ökar det offentligas inflytande. Eller som *Smith* uttrycker det:[21]

> De direkte begrensninger som lovgivningen setter for foreldrenes bestemmelserett, som f.eks. regler om skolplikt og arbeidervern, vil selvsagt sette skranker for hva foreldrene kan bestemme for barna. Men den generelle begrensning som ligger i at foreldrene alltid skal ta hensyn til barnets interesser, får normalt ikke praktisk betydning så lenge det ikke skjer grove eller synlige misgrep overfor barna. Bare hvis det skjer noe ekstraordinaert i familien, vil det offentlige gripe inn. Da vill det bli klart at foreldrenes interesser må vaere underlagt det overordnede prinsipp om barnets velferd. I slike tilfelle viser det seg hvor begrenset foreldrenes juridiske rettigheter egentlig er.

Samhällets ansvar är således underordnat föräldrarnas i den bemärkelsen att det aktualiseras först om det föreligger en påtaglig risk för att föräldrarna skall brista i ansvar för barnet i sådan omfattning att barnet far illa eller, under vissa omständigheter, om familjegemenskapen upphör eller annars vid konflikt mellan föräldrarna. Däremot är det inte subsidiärt i så måtto att samhället då skulle ha en mindre omfattande bestämmanderätt än föräldrar. Tvärtom kan samhällets bestämmanderätt i sådana fall sägas vara mer långtgående än föräldrarnas.

Sammantaget är det offentliga således betydelsefullt för definitionen av vårdnadens omfattning. Vid sidan av förordnanden om vårdnad m.m. i en civilrättslig tvist gör det offentligas inflytande sig gällande på åtminstone två sätt. Det första av dessa är det offentligas allmänna roll som normgiva-

21 Smith 1980 s. 109.

re. Det andra sättet är genom det särskilda ansvar för barns välfärd som det offentliga påtagit sig. Ett sådant ansvar ger även det offentliga möjlighet att begränsa framförallt föräldrarnas, men också barnets rättigheter. Dessa begränsningar kan ses som intrång i vårdnadshavarens rättigheter. Däremot är det svårare att se dem som uttryck för barnets rätt, oaktat att de syftar till att främja barnets bästa. De offentligas möjlighet att begränsa den civilrättsliga vårdnaden manifesteras i omhändertaganden av barn utan föräldrarnas godkännande. *(Se vidare 4.3.)*

4.2 Internationella konventioner till skydd för vårdnad

Vårdnadens omfattning berörs mer eller mindre direkt av ett antal internationella konventioner som Sverige ratificerat eller inkorporerat. Enligt flera av konventionerna sker det genom att enskilda tillerkänns skydd gentemot det allmänna mot godtyckliga ingripanden i privat- och familjeliv. Hur vårdnadens omfattning närmare påverkas av dessa internationella konventioner behandlas i detta avsnitt. De aspekter som särskilt uppmärksammas är följande: föräldrars rättigheter respektive barns rättigheter enligt konventionerna samt förhållandena vid offentligrättsliga omhändertaganden. De konventioner som diskuteras är Europakonventionen, Barnkonventionen och EuroparådS- och Haagkonventionerna. Konventionerna skiljer sig åt sinsemellan.

Europakonventionen intar en särställning eftersom den är inkorporerad i svensk rätt sedan den 1 januari 1995 och den autentiska konventionstexten är gällande som svensk lag.[22] Europakonventionen uppfattas som en av de effektivaste konventionerna till skydd för mänskliga rättigheter. Den främsta anledningen till detta är att Europakonventionens kontrollsystem är betydligt mer effektivt än de övriga konventionernas. Europakonventionen tillåter under vissa förutsättningar klagomål av enskilda angående kränkningar av staten. Klagomålen behandlas av den Europeiska kommissionen och den Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna som prövar om nationell rätt är förenlig med Europakonventionen och om konventionens krav upprätthålls vid tillämpningen. Staterna är, under för-

22 SFS 1994:1219. Prop. 1993/94 :117. SOU 1993:40. Prop. 1951:165. Prop. 1966:33. Se även Strömberg 1993 s. 225. Sundberg & Sundberg, Sundberg-Weitman. Avgöranden från Europadomstolen behandlas även under nationell rätt.

utsättning av att de erkänt domstolens kompetens, skyldiga att rätta sig efter domstolens avgöranden. Härigenom har utvecklats en praxis som närmare belyser de mänskliga rättigheternas och de grundläggande friheternas faktiska räckvidd.[23]

För analysen av gränserna för den legala vårdnadens omfattning är främst prövning av rätten till respekt för privat- och familjeliv, hem och korrespondens (artikel 8) och rätt till respekt för föräldrarnas religiösa och filosofiska övertygelse vid undervisning och uppfostran av barn (artikel 2 Tilläggsprotokollet) av intresse. Viss betydelse har även prövning av brott mot rätten att inte utsättas för tortyr m.m. (artikel 3), rätten till domstolsprövning (artikel 6), rätten till samvets- och religionsfrihet (artikel 9), rätten att gifta sig och bilda familj (artikel 12) och rätten att inte utsättas för diskriminering (artikel 14).

Barnkonventionen, som ratificerades av Sverige den 29 juni 1990 och trädde i kraft den 2 september 1990, tar till stor del sikte på barnets rättigheter i förhållande till det offentliga. Någon särskild svensk lagstiftning har inte ansetts behöva införas till följd av ratificeringen.[24] Barnombudsmannen tillsattes dock som ny myndighet med uppgift att tillse att lagar och andra författningar överensstämmer med Barnkonventionen.[25] Tillämpningen av Barnkonventionen i övrigt sker inom ramen för konventionskonform nationell lagstiftning. Konventionsstaterna åtar sig även att rapportera till FN om vilka åtgärder som vidtagits för att genomföra de rättigheter som erkänns i konventionen (artiklarna 43–44). I den mån nationell rätt, eller för staten gällande internationell rätt, tillerkänner barn mer omfattande rättigheter, än vad som tillerkänns dem enligt Barnkonventionen, skall Barnkonventionen inte inskränka dessa rättigheter (artikel 41).

Vårdnadsinstitutet berörs även av ett antal internationella privaträttsliga konventioner. Två av dessa, som huvudsakligen behandlar civilrättsliga aspekter på överföring av vårdnad i internationella sammanhang, skall här uppmärksammas. De är *1980 års Europarådskonvention* och *1980 års Haagkonvention* införlivade i svensk rätt genom VerkställighetsL.[26] Europarådskonventionen syftar till att avgöranden om vårdnad m.m. skall er-

23 Danelius 1989 s. 47 f., van Dijk & van Hoof s. 37 f., Sundberg-Weitman 1984 s. 249.

24 Prop. 1989/90:107. SFS 1993:335. Se dock kritik i t.ex. SOU 1996:115. Se även FN nr HRI/COR/I/ADD. 4 1 June 1992.

25 Se lag (1993:335) om Barnombudsman.

26 I kraft 1 juni och 1 juli 1989. Prop. 1988/89:8, prop. 1992/93:139. SFS 1989:14 och 1993:212.

kännas och verkställas i andra konventionsstater. Haagkonventionen syftar till att barn som egenmäktigt bortförts skall återföras till det land där det före bortförandet hade hemvist. *(Se vidare 5.8.2.)*

I det följande uppmärksammas som sagt särskilt föräldrars och barns inbördes rättigheter och skyldigheter samt vårdnadens omfattning under ett omhändertagande av barnet för samhällsvård enligt konventionerna. Här diskuteras även om konventionerna främst syftar till att tillvarata den legala eller faktiska vårdnaden.

Angående relationen mellan barn och föräldrar ger folkrättsligt traktat självfallet inte mycket ledning.[27] Några undantag finns dock. De rättigheter som tillerkänns föräldrar, vanligen i form av skydd för familjen, i förhållande till konventionsstaterna ger i vissa fall även en grund för rättigheter gentemot barnet. På motsvarande sätt kan tyckas att de rättigheter som barnet tillerkänns gentemot konventionsstaterna också skulle kunna åberopas gentemot föräldrarna. En sådan slutsats motsägs dock av de faktiska förhållandena och den traditionella maktstrukturen inom familjen. Därav följer att skydd för familjen i praktiken oftast utgör ett skydd för föräldrarnas rättigheter.[28] Det hindrar inte att skydd för den fungerande familjen medför att barnet kan tillgodogöras sådana delar av statusrelationen vårdnad som inte kan uttryckas i termer av rättigheter och skyldigheter, såsom omvårdnad och tillsyn. *(Se vidare 4.2.2.)*

Här bör även anmärkas att internationella konventioners betydelse för svensk och annan nationell rätt kan diskuteras.[29] När en nation ratificerar eller inkorporerar en internationell konvention, innebär det ett åtagande att anpassa den nationella rätten efter konventionens innehåll.[30] De vårdnadsrelaterade konventionerna har emellertid främst tillkommit för att åstadkomma en internationell harmonisering med utgångspunkt i vissa minimikriterier. I många fall anses svensk rätt ha passerat dessa nivåer och någon anpassning av den svenska rätten därför inte behövas.[31] Men det finns en rad undantag där internationella konventioner konkret påverkat svensk rätt.[32]

Så har till exempel Europadomstolens avgöranden varit en direkt anled-

27 Se dock Danelius 1991 s. 283.
28 Se Smith 1993 s. 450 f.
29 T.ex. Sundberg & Sundberg.
30 Sundberg-Weitman 1986 s. 136. Danelius 1988 s. 66, 70. Rehof & Trier 1990 s. 31.
31 Se t.ex. prop. 1989/90:107 s. 28 f.
32 Se Danelius 1989 s. 71 f.

ning till lagstiftning inom LVU.[33] Den löpande rättstillämpningen påverkas även av Europaråds- och Haagkonventionerna. Det kan tillskrivas konventionernas karaktär av konkreta handlingsregler för rättstillämpningen. Betydelsen av ratificeringen av Barnkonventionen för svensk rättsutveckling är än så länge oklar. I praktiken kan Barnkonventionens betydelse för svensk rätt kanske enklast sammanfattas i termer av att den har stimulerat till diskussion.[34]

4.2.1 Föräldrars rättigheter

Enligt de konventioner som behandlas här är det i första hand föräldrarnas, eller annan vårdnadshavares, rätt att utöva vårdnaden som skyddas. Med vårdnad förstås då rätten att bestämma över sina barn utan inblandning av det offentliga. Det kan exemplifieras med rätt att ha barnet hos sig och rätt att bestämma över dess uppfostran. För de fall föräldrarna inte anses lämpade att handha vården om barnet ges det offentliga dock befogenhet att omhänderta barnet i syfte att skydda det. De rättigheter som föräldrar tillerkänns vid ett omhändertagande är i allmänhet rätt till umgänge, återförening och rätt till rättsenlig prövning av omhändertagandet och därmed sammanhängande frågor. *(Se vidare 4.2.3.)*

Som antytts behandlas barn och föräldrars inbördes rättigheter endast indirekt. Föräldrar och barn förutsätts tillsammans utgöra en familjegemenskap, präglad av gemensamma intressen. Utrymmet för att tillerkänna barnet självständiga rättigheter gentemot föräldrarna blir därmed begränsat. *(Se vidare 4.2.2.)*

4.2.1.1 EUROPAKONVENTIONEN

Föräldrars rättigheter skyddas främst genom rätten till respekt för privat- och familjeliv enligt artikel 8 i Europakonventionen samt rätt till respekt för föräldrarnas religiösa och filosofiska övertygelse vid undervisning och uppfostran av barn (artikel 2 Tilläggsprotokollet). I första hand skall den enskilde ges ett skydd mot myndighetsingripanden utan godtagbar grund. Men staten kan också åläggas att vidta positiva åtgärder för att skapa och vidmakthålla respekten för de i Europkonventionen behandlade rättigheterna.[35]

Artikel 8 omfattar ett vitt spektrum av rättigheter, såsom rätt till privat-,

33 Prop. 1989/90:28 s. 84.
34 Saldeen 1995 s. 17. Se dock SOU 1996:115 s. 23.
35 Danelius 1989 s. 186. van Dijk & van Hoof s. 377. Rehof & Trier s. 199 f.

familje- och hemliv, liksom fysisk och moralisk integritet, skydd mot förtal m.m.[36] Här skall uppmärksammas två aspekter av de rättigheter som artikel 8 tillerkänner den enskilde. Den första av dessa är rätten att *etablera en familj* (se även artikel 12 angående rätt att ingå äktenskap och bilda familj). Den andra är rätten att inte utsättas *för att familjen splittras*. Termen »familjeliv» enligt Europakonventionen implicerar, i viss motsättning till annan svensk rätt, *de facto* och inte *de jure* familjeliv.[37] Det innebär att en förälder som inte har del av den legala vårdnaden kan åberopa rätt till skydd för familjeliv med barnet, under förutsättning att barn och föräldrar har en faktisk kontakt.[38]

Som exempel på fall där artikel 8 med framgång har åberopats av enskild till stöd för att etablera en familjebildning kan nämnas *Marckx mot Belgien*[39] rörande en ogift mors legala relation till sitt barn. I detta och andra fall har slagits fast att barn födda utom äktenskap, såvitt avser rättigheter enligt artikel 8, skall jämställas med barn födda inom äktenskap. Eftersom svensk rätt i princip jämställer barn födda inom och utom äktenskap får Europadomstolens rättstillämpning på denna punkt mindre betydelse för svensk rätt.[40]

Relevanta för svensk rättsutveckling är däremot de fall när artikel 8 åberopats till skydd mot splittring av familjen. En familj kan splittras antingen genom att en förälder förhindras från att förenas med sin familj eller genom att ett barn skiljs från föräldrarna mot deras vilja.[41] *(Se vidare 4.2.3.)*

Vårdnadsfrågor efter en familjeseparation regleras inte av artikel 8. Sådana frågor förväntas bli lösta på nationell nivå under korrekta rättsliga former.[42] Kommissionen har emellertid konstaterat att ensam vårdnad för en förälder utgör en godtagbar grund för den inskränkning i rätten till familjeliv som tillfogas den andre föräldern. Inte heller moders företräde till

36 Se vidare van Dijk & van Hoof s. 368 f. Rehof & Trier s. 130.

37 van Dijk & van Hoof s. 378 f.

38 van Dijk & van Hoof s. 383. Rehof & Trier

39 ERD 31 (1979, Marckx). Se även ERD 112 (1986, Johnston m.fl.).

40 Mer aktuella för svensk rättsutveckling är avgöranden m.m. rörande assisterad befruktning. Europakommissionen har funnit att en man som donerat sperma inte hade en sådan relation till barnet som omfattades av rätten till familjeliv enligt artikel 8. G v. Netherlands. App. 16944/90. Se vidare Schiratzki 1995, Singer 1995.

41 Danelius 1996 s. 371. Se t.ex om familjeåterförening ERD 94 (Balkandi och Abdulaziz, Cabelas, 1985), ERD 138 (1988, Berrehab), ERD 193 (1991, Moustaquim), ERD 201 (1991, Cruz Varas m.fl.), ERD 234-A (1992, Beljoudi).

42 van Dijck & van Hoof 1990 s. 382 f. Jacobs & White s. 186 f.

vårdnad om utom äktenskap födda barn har ansetts strida mot artikel 8.[43] Betydelsen av att en förälder, som inte tillerkänns vårdnaden, inte fråntas rätten att upprätthålla kontakt med sitt barn har dock framhållits.[44] Avgörande för förälders rätt att företräda sina barn enligt Europakonventionen förefaller vara att föräldrarna har del i den legala vårdnaden om barnet. Det är inte tillräckligt att de har del av förmynderskapet.[45]

I samband med civilrättsliga vårdnadsavgöranden har artikel 14 om förbud mot *diskriminering* åberopats.

> Så skedde i *Hoffman mot Österrike*.[46] Här hade som skäl för att ge pappan vårdnaden om två barn särskilt angetts moderns religionstillhörighet. Hon tillhörde Jehovas vittnen. Europadomstolen fann att det inte var en objektiv och skälig grund för avgörandet i vårdnadsfrågan. Det förelåg därmed en kränkning av artikel 8 och artikel 14.

Föräldrars rätt att välja *skolform* och bestämma över barnets *religiösa och moraliska uppfostran* skyddas enligt artikel 2 i Tilläggsprotokollet.[47] Tilläggsprotokollet ratificerades av Sverige redan den 22 juni 1953, men med förbehåll mot föräldrars rätt att erhålla befrielse för sina barn från viss skolundervisning pga. filosofisk övertygelse. Förbehållet upphävdes vid inkorporeringen av Europakonventionen den 1 januari 1995.[48] Föräldrars rättigheter enligt artikel 2 har av domstolen uppfattats stå i ett visst motsatsförhållande till barnets rätt till undervisning enligt samma artikel.[49] *(Se vidare 4.2.2.1.)*

Vårdnadshavarens bestämmanderätt i förhållande till barn har prövats av Europadomstolen. Så skedde i fallet *Nielsen mot Danmark*, rörande sjukhusinternering av en tolvåring på vårdnadshavarens begäran men i strid mot barnets vilja.[50]

43 Danelius 1989 s. 180.

44 van Dijck & van Hoof 1990 s. 383. Se även prövning av artikel 6 angående rätt till domstolsprövning.

45 Se ERD 156 (1989, Eriksson), ERD 299-A (1994, Hokkanen). *(Se vidare 4.2.2.1, 4.2.3.1.)*

46 ERD 255-C (1993, Hoffmann). Se för motsatt utgång enligt äldre svensk rätt, NJA 1951 s. 612. *(Se ovan 3.3.1.2.)*

47 Se t.ex. ERD (1996, Valsamis) i Danelius 1997 s. 63.

48 SOU 1993:40 s. 10. Även artikel 13 i FN-konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, ratificerad av Sverige 1971 och Unescokonventionen, ratificerad av Sverige 1967, skyddar, bl.a. föräldrars rätt att välja skolform för sina barn.

49 Danelius 1991 s. 335.

50 ERD 144 (1988, Nielsen).

> Här hävdades att en tolvåring utsatts för frihetsberövande i strid mot artikel 5.1 i Europakonventionen. Pojken hade under en längre tid levt »under jorden» med sin far som inte var legal vårdnadshavare. Under vistelsen hos fadern hade pojken ingen kontakt med sin mor som hade den legala vårdnaden. Så småningom återfördes pojken till modern. Han bedömdes då behöva professionell psykiatrisk vård. På begäran av vårdnadshavaren togs han in på en delvist låst psykiatrisk sjukhusavdelning.

Sjukhusinterneringen ansågs av Europadomstolen inte vara fråga om ett frihetsberövande, utan om utövande av föräldramakt. Vårdnadshavaren gavs därmed rätt att i betydande utsträckning begränsa barnets rörelsefrihet, mot dess vilja. I relation till svensk rätt kan noteras att barnet nått en sådan ålder att hans vilja, med reservation för domstols bedömning av barnets bästa, skulle gett honom en »vetorätt» i samband med verkställighet av dom eller beslut om vårdnad eller umgänge (21:5 FB). *(Se vidare 4.2.2, 4.2.3.)*

De rättigheter som föräldrar tillerkänns enligt Europakonventionen utgör sammanfattningsvis rätt att etablera en legal och faktisk familjegemenskap med sina biologiska barn och skydd mot att få den godtyckligt splittrad genom myndighetsingripanden. Om myndighetsingripanden i familjesfären sker har föräldrar rätt till lagenlig prövning av denna. Vidare har föräldrar en långtgående rätt att bestämma över barnets skolform och religiösa uppfostran.

4.2.1.2 BARNKONVENTIONEN

Barnkonventionens föräldrabegrepp är brett definierat och omfattar föräldrar och andra personer som har en »föräldraliknande» roll i förhållande till barnet. Med föräldrar jämställs medlemmar av den utvidgade familjen eller gemenskapen enligt lokal sedvänja, vårdnadshavare eller andra personer som har ett lagligt ansvar för barnet. I likhet med Europakonventionen framhålls således de faktiska förhållandena, inte de legala.

Barnkonventionen betonar betydelsen av familjeliv och föräldrars rättigheter. Särskilt framhålls att barnet, för att kunna uppnå en fullständig och harmonisk utveckling av sin personlighet »bör växa upp i en familjemiljö, i en omgivning av lycka, kärlek och förståelse». Konventionsstaterna åtar sig därför att ge lämpligt bistånd till föräldrar och vårdnadshavare då de fullgör sitt ansvar för barnets uppfostran (artikel 18 p. 2). Artikeln anknyter till den civila vårdnadens utformning genom att betona att föräld-

rarna, eller i förekommande fall vårdnadshavarna, har ett gemensamt ansvar för barnets uppfostran och utveckling. *(Se vidare 4.4.)*

Artikel 5 tar direkt sikte på föräldrars rättigheter. Här stadgas att konventionsstaterna skall respektera föräldrarnas rättigheter och skyldigheter att ge barnet lämplig ledning och råd, då barnet utövar de rättigheter som det tillerkänns i konventionen. Också artikel 9 är utformad som en rättighet för föräldrarna. Här stadgas att konventionsstaterna skall säkerställa att ett barn inte skiljs från sina föräldrar mot föräldrarnas vilja. Undantag görs emellertid för det fallet att behörig myndighet, underställd rättslig överprövning och i enlighet med tillämplig lag och tillämpliga förfaranden, finner att ett åtskiljande är nödvändigt för barnets bästa. *(Se vidare 4.2.3.)* Ytterligare ett undantag görs för det fallet att föräldrarna lever åtskilda och ett beslut måste fattas om barnets vistelseort. Situationen motsvarar normalt den vid en civilrättslig vårdnadstvist.

De rättigheter som föräldrar och andra vårdnadshavare tillerkänns gentemot konventionsstaterna omfattar således, förutom en allmän respekt för familjen, rätten att ge lämplig ledning och råd vid barnets uppfostran och rätten att inte skiljas från barnet samt rätt till bistånd i rollen som uppfostrare. Rättigheterna som tillerkänns föräldrar i förhållande till konventionsstaterna torde även ge föräldrarna vissa rättigheter gentemot barnet. *(Se ovan 4.2, nedan 4.2.2.)*

4.2.1.3 EUROPARÅDS- OCH HAAGKONVENTIONERNA

Europaråds- och Haagkonventionen utgör handlingsdirektiv i samband med internationella vårdnadstvister. Det ger dem en annan karaktär än Europa- och Barnkonventionerna. Europarådskonventionen syftar som sagt till att avgöranden om vårdnad m.m. skall erkännas och verkställas i andra konventionsstater och Haagkonventionen till att barn som egenmäktigt bortförts skall återföras till det land där de hade hemvist före bortförandet. De bägge konventionerna tillgodoser därmed i första hand de taleberättigade föräldrarnas, eller annan vårdnadshavares, legala rättigheter. *(Se ovan 4.2.)*

I likhet med Europa- och Barnkonventionerna beaktar Haagkonventionen vårdnadens två sidor, den legala och den faktiska. Den rättsliga aspekten av vårdnad består i att det finns en rättslig grund för vårdnaden. Hit räknas i första hand lagstiftning, judiciella eller administrativa avgöranden liksom avtal som får legal verkan i ursprungslandet (artikel 3). Som rättslig grund för vårdnad har också räknats det fallet att en förälder som inte är

vårdnadshavare *ipso iure* eller genom dom har rätt att motsätta sig att barnet förs ut ur landet.

Den faktiska aspekten av vårdnaden innebär att vårdnaden konkret utövas. Vid fastställande av faktisk grund för vårdnad har man i internationell praxis vid tillämpning av konventionen, med några undantag, varit liberal i bedömningen. Det har t.ex. inte krävts att en förälder som åberopar Haagkonventionen har haft barnet hos sig i någon större utsträckning. I praxis har det t.ex. ansetts irrelevant hur ofta en far utövat den faktiska vårdnaden så länge han överhuvudtaget deltog i vårdnaden.[51]

I artikel 5.a Haagkonventionen definieras vårdnad (rights of custody) enligt följande: »'rights of custody' shall include rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child's place of residence». I VerkställighetsL används lokutionen »rätt att ta vård om barnet» (11 § 2 st. VerkställighetsL). Vid en jämförelse framstår VerkställighetsLs definition av vad som egentligen skyddas enligt Haagkonventionen som vagare än konventionstexten. Den svenska texten definierar inte närmare vad »rätt att ta vård om barnet» omfattar. Istället fokuseras på vem som är innehavare av den legala vårdnaden.

Det får till följd att de rättigheter som skyddas enligt VerkställighetsL är de som tillkommer den legala vårdnadshavaren. Detta kan förefalla udda med tanke på att Haagkonventionens syfte är att skydda en faktisk situation, inte det formella avgörandet.[52] Bland de frågetecken som här uppstår märks särskilt frågan om föräldrars rättigheter vid gemensam vårdnad enligt svensk rätt. *(Se vidare 4.4.3.2.1, 5.8.2.)*

4.2.2 Barns rättigheter

Barn skyddas i likhet med vuxna av konventionerna till skydd för mänskliga rättigheter. Men barns speciella behov anses inte fullt ut tillgodosedda genom dessa.[53] Därför har också utarbetats särskilda konventioner såsom Barnkonventionen till skydd för barn. De rättigheter ett barn tillerkänns kan diskuteras ur ett antal infallsvinklar. Här uppmärksammas som sagt barns rättigheter i förhållande till föräldrar och i förhållande till det offentliga.

51 Bruch 1992 s. 353 ff. AG Nürnberg, Beschluss vom 25. Feb. 1992–8 F 186/92. Anmärkt i Kvisberg s. 105.

52 Schuz s. 775.

53 Erikson 1988 s. 446. Smith & Löderup s. 24.

4.2.2.1 EUROPAKONVENTIONEN

Barnets rätt till skydd mot godtyckliga ingripanden i sitt familjeliv är i princip skyddad enligt Europakonventionen. Bland de rättigheter som barnet tillerkänns märks rätt att ingå i en familj och rätt att inte få denna familjegemenskap splittrad. Rätten att etablera en familj har särskilt prövats i relation till barn födda utom äktenskap.[54] Europadomstolen har även slagit fast att minderåriga syskon har rätt till umgänge med varandra.[55]

Ett problem vid diskussionen om barnets rätt till skydd för sitt familjeliv är att Europakonventionen syftar till att skydda barnet mot myndighetsingripande i familjelivet. Men samtidigt är myndighetsingripanden ytterst barnets skydd mot ett »olämpligt» familjeliv och en vårdnadshavare som inte kan tillgodose dess behov och rättigheter.

Barns rätt till respekt för familjeliv har prövats i bl.a. *Eriksson mot Sverige*.[56] Europadomstolen fann här att kränkningarna av moderns rätt under ett omhändertagande, särskilt med avseende på osäkerheten rörande barnets framtid inneburit att även *barnets rätt* till respekt för familjeliv enligt artikel 8 kränkts. Avgörandet går dock inte så lång att det tillerkänner barnet rätt till umgänge och kontakt med t.ex. förälder.[57] *(Se vidare 4.2.3.1.)*

Barns rätt enligt artikel 3 att inte utsättas för tortyr, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning har prövats bl.a. i förhållande till skolaga i *Campbell och Cosans mot Storbritannien*[58] och *Costello-Roberts mot Storbritannien*.[59] Domstolen fann här att enbart det förhållandet att klagandens barn riskerade att utsättas för aga vid den privatskola där de var inskrivna inte utgjorde brott mot artikel 3. I det andra fallet hade barnet utsatts för viss aga på skolan. Agan ansågs dock inte vara så omfattande att den utgjorde brott mot artikel 3. Däremot fälldes Storbritannien för brott mot artikel 3 i fallet *Tyrer mot Storbritannien*.[60] Fråga var här om kroppsbestraffning, piskning på bar stjärt, av unga lagöverträdare på Isle of Man.

54 van Dijk & van Hoof s. 381. ERD 31 (1979, Marckx). ERD 112 (1986, Johnston m.fl.). *(Se ovan 4.2.1.1.)*

55 Rehof & Trier s. 202. ERD 130 (1988, Olsson).

56 ERD 156 (1989, Eriksson). Se t.ex. Sundberg & Sundberg s. 132 f., 145 f. Se även ERD 139 (1988, Olsson).

57 Se Smith 1993 s. 453.

58 ERD 48 (1982, Campbell och Cosans).

59 ERD 247-C (1993, Costello-Roberts).

60 ERD 26 (1978 Tyrer).

Enligt domstolen var elementen av förödmjukelse så omfattande att det var fråga om förnedrande bestraffning i strid med artikel 3.

Artikel 2 i Tilläggsprotokollet tillerkänner barn rätt till undervisning. Som antytts kan denna rätt komma att stå i ett visst motsatsförhållande till föräldrars rätt att tillförsäkra sina barn en uppfostran i överensstämmelse med föräldrarnas religiösa och filosofiska övertygelse enligt samma artikel. Domstolen har funnit att för de fall föräldrarna hyser en uppfattning som innebär att barnet förvägras undervisning skall barnets rätt till undervisning prioriteras.[61]

Europadomstolen har prövat om det förelåg brott mot föräldrars rätt att tillförsäkra sina barn en uppfostran i överensstämmelse med sin religiösa och filosofiska övertygelse enligt artikel 2 i Tilläggsprotokollet respektive barnets rätt till samvets- och religionsfrihet enligt artikel 9.

> Så skedde i *Valsamis mot Grekland*.[62] Fråga var om en skolflicka som ålagts att delta i en parad till minne av krigsutbrottet mellan Grekland och Italien 1940. Med hänvisning till sin rätt till samvets- och religionsfrihet och föräldrarnas rätt till respekt för sin religiösa och filosofiska övertygelse vägrade hon att delta. Som straff avstängdes hon från skolundervisningen under en dag. Europadomstolen fann inte att demonstrationen i sådan utsträckning sårat klagandenas pacifistiska övertygelse att deras rättigheter enligt artikel 9 respektive artikel 2 i Tilläggsprotokollet kränkts.

Trots att Europakonventionen i princip behandlar enskildas rättigheter i förhållanden till det offentliga har Europadomstolen indirekt berört barnets rättigheter i förhållande till vårdnadshavarens. Det skedde som framkommit i fallet *Nielsen mot Danmark*.[63] Avgörandet bekräftar att vårdnadshavaren har långtgående rättigheter att bestämma över barnets vistelse mot dess vilja. *(Se vidare 4.4.2.)* En försiktig vidgning av barnets rättigheter till att omfatta även rättigheter i förhållande till privatpersoner och privata institutioner kan skönjas i Europadomstolens praxis.[64] Mot bakgrund av privatiseringen av t.ex. barnomsorg är en sådan tolkning av Europakonventionen av intresse för svenska förhållanden.

61 Danelius 1991 s. 334. ERD 48 (1982, Campbell och Cosans).
62 ERD (1996, Valsamis). Se även ERD (1996, Efstratiou). *(Se vidare 4.3.2.)*
63 ERD 144 (1988, Nielsen).
64 Smith 1993 s. 458 f. Jacobs & White s. 174.

4.2.2.2 BARNKONVENTIONEN

Barnkonventionen föregicks av 1924 års Genèvedeklaration om barnets rättigheter och 1959 års FN-proklamation därom.[65] Kritik har riktats mot bägge dessa konventioner för att de inte i tillräcklig grad behandlade barnets rätt i förhållande till föräldrarna, utan istället fokuserade på barnets rättigheter i förhållande till det offentliga.[66] Den kritiken torde även kunna omfatta 1989 års Barnkonvention. Icke förty uppfattas den som ett viktigt instrument för att förbättra villkoren för de många barn i världen som lider nöd.[67]

Barnperspektivet skall utgöra det centrala i Barnkonventionen. Barnkonventionen utgår från att barn har fullt och lika människovärde och att barn är sårbara och i särskilt behov av skydd. En ledande princip i konventionen är barnets bästa, som dock inte definierats närmare. Vidare framhålls vikten av att lyssna till barnet, barnets rätt till liv och utveckling och varje barns rätt att utan diskriminering få del av sina rättigheter.[68]

Barn tillerkänns enligt Barnkonventionen således omfattande grundläggande rättigheter i förhållande till konventionsstaterna. Dessa rättigheter kan lämpligen delas in i tre kategorier.

För det första är det rättigheter av innebörden att barn inte skall vara diskriminerat vid en jämförelse med vuxna. Sådana rättigheter anknyter till de rättigheter som människor generellt tillerkänts genom bl.a. FNs konvention om mänskliga rättigheter. Ett exempel utgör artikel 2.1 Barnkonventionen. Enligt denna skall konventionens rättigheter garanteras varje barn inom respektive konventionsstat utan åtskillnad pga. barnets, föräldrarnas eller annan vårdnadshavares ras, hudfärg, kön, språk, religion, politisk åskådning, ursprung, egendom, handikapp, börd, etc. Ytterligare exempel utgör artikel 6.1 om rätt till liv och artikel 37 om tortyr och frihetsberövande. Enligt artiklarna 12–15 Barnkonventionen tillerkänns barnet rätt att uttrycka sina egna åsikter i frågor rörande sig själv, rätt till yttrandefrihet, respekt för tankefrihet, samvetsfrihet, och religionsfrihet.

För det andra rymmer Barnkonventionen artiklar enligt vilka barnets rättigheter är integrerade i föräldrarnas. Alternativt uttryckt beskyddar dessa rättigheter den fungerande familjen. De flesta av de rättigheter som behandlas i Barnkonventionen faller inom denna kategori. Här märks arti-

65 GA Res. 1386 (XIV), UN Doc. A 4354, s. 20. Se vidare Eriksson s. 442 f.
66 Smith 1980 s. 163.
67 Smith & Löderup s. 24.
68 SOU 1996:115.

kel 9 om barns rätt att inte bli skilda från sina föräldrar, etc. Hit hör också artiklarna 10–11 om familjeåterförening och bekämpandet av olovliga bortföranden i ett internationellt perspektiv. Enligt artikel 10.2 skall ett barn, vars föräldrar är bosatta i olika stater, normalt ha rätt att regelbundet upprätthålla ett personligt förhållande till och ha direkt kontakt med båda föräldrarna. Enligt artikel 16 skall barn ha rätt till lagens skydd mot godtyckliga eller olagliga ingripanden i sitt privat- och familjeliv.

För det tredje tillerkänner Barnkonventionen barn rättigheter *sui generis*.[69] Sådana rättigheter är rättigheter som barn tillerkänns och som generellt inte tillerkänns vuxna i samma omfattning och där barns rätt inte heller är direkt avhängig föräldrarnas. Gränsen mellan rättigheter *sui generis* och andra rättigheter kan vara flytande.

Bland rättigheter *sui generis* märks artikel 3.1 om barnets bästa i förhållande till det offentliga, liksom artiklarna 7–8 om rätt till namn, medborgarskap, identitet och vetskap om föräldrar. I artikel 17 behandlas information och massmedia. Enligt artikel 20 skall ett barn som inte vistas i sin familjemiljö ha rätt till särskilt skydd och bistånd från statens sida. Nämnas bör även artikel 22 om barn som söker eller har flyktingstatus, artikel 21 om adoption, artikel 25 om barns rättigheter under ett omhändertagande, artiklarna 37–38 om frihetsberövande och om väpnade konflikter. Här kan emellertid noteras Sveriges förbehåll mot artikel 37 c Barnkonventionen om åtskillnad av barn och vuxna vid frihetsberövande.[70] Rättssäkerheten för barn i samband med brottsligt handlande diskuteras i artikel 40. Även rätten till fritid och lek enligt artikel 31 kan betraktas som en rättighet som mer specifikt tar hänsyn till barns behov.[71]

Barnkonventionen kan således sägas tillerkänna barnet grundläggande rättigheter i förhållande till konventionsstaterna. Barns rättigheter i förhållande till föräldrarna berörs så till vida att föräldrarna är underkastade eventuell konventionskonform nationell lagstiftning. I övrigt betonas betydelsen av en familjegemenskap. Litet tillspetsat kan sägas att Barnkonventionen tillerkänner barn rätt till föräldrar som har rätt att bestämma över dem.

69 Se även Smith 1993 s. 458.

70 Prop. 1989/90:107 s. 81 f.

71 Se dock Europeiska sociala stadgan den 18 oktober 1961, artikel 2.

4.2.2.3 EUROPARÅDS- OCH HAAGKONVENTIONERNA

Barnets rättigheter enligt Europaråds- och Haagkonventionerna är begränsade. Konventionerna kan istället sägas syfta till att tillvarata barnets bästa tolkat som barns behov av stabilitet och kontakt med bägge sina föräldrar. Konventionerna begränsas, till skillnad från de svenska verkställighetsreglerna, till att avse barn under 16 år.

I inledningen till *Europarådskonventionen* slås fast att barnets bästa är av allra största betydelse vid avgöranden om vårdnad. Genom att säkerställa att avgöranden om vårdnad blir mer allmänt erkända anses barn skyddas bättre. Det stadgas även att åtgärder skall vidtas för att undvika att barns intressen lider förfång (artikel 5). Barn har även en begränsad rätt att framföra sina synpunkter på vårdnadssituationen (artikel 15).

Haagkonventionen syftar bl.a. till att säkerställa ett skydd av barns rätt till umgänge. Principen om barnets bästa omfattas inte uttryckligen av Haagkonventionen. Det har därför diskuterats om barnets rätt till skydd mot olovliga bortföranden är förenligt med barnets bästa enligt familjerättsliga principer. Haagkonventionen bygger emellertid på huvudtolkningarna av barnets bästa – barns behov av stabilitet och umgänge med bägge sina föräldrar. Därför uppfattas konventionen som förenlig med barnets bästa.[72]

4.2.3 Offentligrättsliga ingripanden

I detta avsnitt diskuteras de internationella konventionerna och offentligrättsliga ingripanden i vårdnaden i form av omhändertaganden av barn för samhällsvård. Sådana ingripanden betraktas som en inskränkning i föräldrarnas rättigheter, men motiveras av att det offentliga har ett ansvar för barnets bästa.

4.2.3.1 EUROPAKONVENTIONEN

Artikel 8 Europakonventionen skall ge ett skydd mot godtyckliga myndighetsingripanden i privat- och familjelivet. Under vissa förhållanden godtas emellertid att ingripanden görs. Det är fallet när ett ingripande är lagreglerat och nödvändigt i ett demokratiskt samhälle med hänsyn till bl.a. skyddet av hälsa, moral eller andra personers fri- och rättigheter (artikel 8.2).[73]

Omhändertaganden av barn mot föräldrarnas vilja innebär alltid ett in-

72 Schuz s. 770 f.

73 Rehof & Trier s. 124. Sundberg & Sundberg s. 186 f.

grepp i föräldrarnas och barnets rätt till respekt för sitt familjelivet. Eller som det har formulerats av Europadomstolen; »the mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life, which is interfered with if a child is taken into public care».[74] Rättsfrågan inför Europadomstolen blir därmed i första hand om nationell lagstiftning och det aktuella omhändertagandet varit försvarligt med hänsyn till reglerna i artikel 8.2.[75]

I *Olsson mot Sverige (I)*,[76] rörande tre syskons fosterhemsplaceringar, var bl.a. fråga om BvL var tillräckligt detaljerad för att uppfylla kravet på rimlig förutsägbarhet. Enligt Europadomstolen var svensk lag löst hållen, men man fann skäl för varför den inte kunde vara mer precis och godtog den därmed.[77] Vidare framhöll domstolen betydelsen av att det förelåg goda och vägande skäl för ett omhändertagandet, t.ex. var det inte tillräckligt att barnet skulle få en bättre tillvaro i fosterhemmet än i föräldrahemmet. Sådana skäl förelåg. Däremot fälldes Sverige för brott mot artikel 8 på en punkt, nämligen placeringen av de tre barnen i olika fosterhem långt från varandra och långt från föräldrarnas bostadsort. Detta försvårade kontakten mellan såväl föräldrar och barn som mellan syskonen. *(Se ovan 4.2.2.1)*.

I *Margareta och Roger Andersson mot Sverige*,[78] hade modern till en omhändertagen pojke nästan helt förbjudits att träffa eller kommunicera med sonen. Europadomstolen fann att inskränkningarna i umgänget överensstämde med svensk rätt och att de tillgodosåg det legitima syftet att skydda hälsa och moral och barnets rättigheter. Det var dock fråga om mycket långtgående inskränkningar och i fallet var det inte visat att de stod i proportion till anledningen. Domstolen ifrågasatte även om de var förenliga med målsättningen att återförena mor och barn. En kränkning av artikel 8 förelåg.

Vid sidan av att bedöma grunderna för omhändertaganden har domstolen, såsom i fallen ovan, även tagit ställning till vilka rättigheter föräldrar har i förhållande till omhändertagna barn. Också frågan om föräldrarnas rätt till respekt för sin religiösa och filosofiska övertygelse vid uppfostran och undervisning av omhändertagna barn har berörts. Ett omhändertagande in-

74 ERD 226 (1992, M. och R. Andersson).
75 Sundberg-Weitman 1984 s. 249 f.
76 ERD 130 (1988, Olsson).
77 Se dock Sundberg-Weitman 1984 s. 255 f.
78 ERD 226 (1992, M. och R. Andersson).

nebär inte att föräldrarna förlorar alla sådana rättigheter.[79] *(Se ovan 4.2.1.1.)*

Vikten av, och rätten till, kontakt mellan de ursprungliga familjemedlemmarna under ett omhändertagande betonades ytterligare i *Olsson mot Sverige (II)*.[80]

> Här prövades förhållandena efter domstols beslut att upphäva omhändertagandet av syskonen. Flyttningsförbud och inskränkningar i umgängesrätten hade utfärdats. Europadomstolen fann att brott mot artikel 8 förelegat, eftersom det inte funnits lagstöd för inskränkningen i umgängesrätten under tiden flyttningsförbudet förelegat.

Ytterligare två avgöranden behandlar flyttningsförbud, dvs. förbud för vårdnadshavare att ta hem barnet trots att vård enligt LVU upphört (24–31 §§ LVU). I det ena av avgörandena fälldes Sverige för kränkning av artikel 8 samt artikel 6 om rätt till domstolsprövning. I det andra ansågs åtgärderna godtagbara.

> I *Eriksson mot Sverige*[81] hade ett omhändertagande hävts, men flyttningsförbud enligt dåvarande 28 § SoL utfärdats på obestämd tid. Flyttningsförbudet som sådant var överklagbart, men inte socialnämnds beslut om umgänge under tiden som flyttningsförbud meddelats. Inskränkningar i moderns umgängesrätt kombinerat med flyttningsförbudets långa varaktighet ansågs omfatta en inskränkning i rätten till familjeliv enligt artikel 8 som inte stod i proportion till ändamålet. Det förhållandet att domstolsprövning inte kunde ske angående umgängesfrågan under flyttningsförbudet utgjorde en kränkning av artikel 6.
>
> I *Reime mot Sverige*[82] ansågs däremot en kränkning av artikel 8 inte föreligga. En flicka hade varit omhändertagen i sju år, varefter omhändertagandet upphävts av domstol, men ersatts av flyttningsförbud. Det medförde att flickan förblev i fosterhemmet och inte flyttade till sin far. Europadomstolen fann att flyttningsförbudet var en åtgärd som inkräktade på rätten till familjeliv, men att det främjade det legitima ändamålet att skydda barnets hälsa och utveckling. Flyttningsförbudet hade varit motiverat för en tid under vilken umgänge mellan barnet och fadern ägt rum. De inskränkningar i skyddet för familjelivet som förekommit hade därför varit proportionerliga.

79 Danelius 1991 s. 335. Se även Sundberg-Weitman 1984 s. 260 med referens till *Blom m.fl. mot Sverige* App. 8811/79.

80 ERD 250 (1992, Olsson II).

81 ERD 156 (1989, Eriksson).

82 ERD 226 B (1992, Reime).

Europadomstolens kritik i fallen *Olsson I* och *Eriksson* har åberopats som stöd för att här i landet skapa möjlighet till domstolsprövning av umgänge under flyttningsförbud (31 § LVU).[83] Fallet *Eriksson* är intressant därför att Europadomstolen fann att också *barnets rätt* till respekt för familjeliv enligt artikel 8 och rättigheter enligt artikel 6 kränkts. *(Se ovan 4.2.2.1.)*

Även vid andra tillfällen har Europadomstolen påtalat vikten av att föräldrar får tillfälle att komma till tals och i rimlig mån framföra sina synpunkter vid omhändertagande av barn. Saknas sådana möjligheter kan det utgöra en kränkning av konventionens artikel 6. Också om det rättsliga förfarandet blir alltför långdraget kan det tyda på bristande respekt för familjelivet. Möjlighet till återförening mellan föräldrar och barn försämras normalt om barnen hunnit rota sig i den nya miljön.[84]

Sociala myndigheters skyldighet att aktivt verka för umgänge mellan barn och biologiska föräldrar när barnet är placerat hos andra än föräldrar framgår av fallet *Hokkanen mot Finland.*[85]

> En ettårig flicka hade placerats hos sina morföräldrar när mamman dött. Efter ett år begärde pappan, som var vårdnadshavare, verkställighet för att dottern skulle överlämnas till honom. Det medgavs inte med hänvisning till barnets bästa. Därefter beslöt de sociala myndigheterna att barnet tillsvidare skulle bo hos sina morföräldrar och medgav pappan umgänge. Umgänget kom inte till stånd pga. kraftiga motsättningar mellan pappan och morföräldrarna. När barnet vistats hos morföräldrarna i sex år överfördes vårdnaden, men inte förmynderskapet, från pappan till morföräldrarna. I samband härmed fastställdes pappans umgängesrätt.

Europadomstolen konstaterade att artikel 8 omfattar rätt för en förälder att återförenas med ett barn som omhändertagits och en positiv plikt för staten att medverka till att respekten för familjeliv upprätthålls. De åtgärder som vidtagits av finska myndigheter, och som huvudsakligen bestod i att planera några möten, ansågs inte tillräckliga. I fallet beaktades även barnets vilja. Med hänsyn till barnets ålder, hon var 11 år vid tiden för Europadomstolens avgörande, och det faktum att hon inte träffat sin pappa sedan hon var fyra år tillmättes hennes vilja dock inte betydelse.

I de redovisade avgörandena har Europadomstolen ofta funnit att omhändertaganden som sådana varit försvarliga med hänsyn till artikel 8.

83 Prop. 1989/90:28 s. 84 f.
84 van Dijk & van Hoof s. 383 f.
85 ERD 299 A (1994, Hokkanen).

Däremot har domstolen poängterat vikten av återförening med föräldrarna samt betydelsen av umgänge och kontakt. Domstolen har även markerat föräldrars rätt att utöva inflytande över barnets uppfostran under ett bestående omhändertagande.[86]

4.2.3.2 BARNKONVENTIONEN

Kriterium för omhändertaganden av barn mot föräldrarnas vilja enligt Barnkonventionen är, i likhet med Europakonventionens kriterium, barnets bästa och lagenlighet. Barnkonventionens utgångspunkt är som sagt att familjen som en grundläggande enhet i samhället och den naturliga miljön för barnet att växa upp i, bör ges ett särskilt skydd. Därför skall barn inte skiljas från sina föräldrar, annat än när behöriga myndigheter funnit det vara nödvändigt för barnets bästa. Så kan vara fallet om föräldrarna utsätter barnet för övergrepp eller vanvård. Konventionsstaterna åtar sig att tillförsäkra barnet sådant skydd och sådan omvårdnad som behövs för dess välfärd med hänsyn tagen till de rättigheter och skyldigheter som tillkommer dess föräldrar, vårdnadshavare eller andra personer som har lagligt ansvar för barnet. Konventionsstaterna är även skyldiga att ha institutioner som ansvarar för vård och skydd av barn.

Det framhålls särskilt att om ett barn skiljs från sina föräldrar mot deras vilja, skall alla berörda parter beredas möjlighet att delta i förfarandet och framlägga sina synpunkter. Konventionsstaterna skall även respektera rätten för ett barn som är skilt från den ena eller bägge föräldrarna att upprätthålla en regelbunden personlig kontakt med föräldrarna, om det inte strider mot barnets bästa (artikel 9). Även andra av Barnkonventionens artiklar berör omhändertaganden av barn. Artikel 25 stadgar att en regelbunden översyn skall göras av den behandling som omhändertagna barn får. Av artikel 16 framkommer att inget barn får utsättas för godtyckliga eller olagliga ingripanden i sitt privat- och familjeliv etc.

Barnkonventionen kan rimligen sägas begränsa möjligheterna till offentligrättsliga ingripanden i vårdnaden. Som konstaterats ovan gör konventionen ingen direkt åtskillnad mellan barnets och föräldrarnas intressen på denna punkt. Tvärtom förefaller föräldrarnas intressen poängteras i samband med omhändertaganden. Skyddet för den fungerande familjen framträder tydligt.

86 ERD 130 (1988, Olsson). ERD 156 (1989, Eriksson). Danelius 1991 s. 334.

4.2.3.3 EUROPARÅDS- OCH HAAGKONVENTIONERNA

Det är främst Haagkonventionen som anknyter till offentligrättsliga ingripanden. Det sker genom att utövare av vårdnad enligt Haagkonventionen kan vara såväl personer som institutioner (artikel 3.a). Vårdnad utövas av institutioner främst när barn omhändertagits för samhällsvård.

> I det engelska rättsfallet *In re: J*[87] bedömdes domstol ha vårdnaden enligt Haagkonventionens mening om ett barn som enligt engelsk rätt var »ward of court». Rätten fann att »wardship» innebar att domstolen övertog föräldrarnas befogenheter och att föräldrarna inte kunde fatta några viktigare avgöranden för barnets räkning utan domstolens samtycke. Det ledde till att föräldrarnas bortförande av barnet bedömdes strida mot domstolens rätt enligt Haagkonventionen.

Haagkonventionen möjliggör således att ett barn som är omhändertaget för samhällsvård mot vårdnadshavarens vilja kan återföras till den institution eller det familjehem där det vistades. Däremot är det osäkert i vilken omfattning ett beslut om omhändertagande av barn kan erkännas och verkställas enligt Europarådskonventionen. Denna osäkerhet beror till viss del på att offentligrättsliga omhändertaganden är mer territoriellt begränsade än civilrättslig vårdnad. *(Se vidare 4.3.5.)*

Sammantaget kan konstateras att tillämpliga internationella konventioner till stor del syftar till att skydda föräldrarnas rätt att utöva vårdnaden om sina barn. Vårdnadens omfattning påverkas endast marginellt av de självständiga rättigheter som barnet har enligt dessa konventioner. Fokus ligger istället på att skydda familjen genom att tillerkänna vårdnadshavaren rätt och skyldighet att ta hand om barnet. I den mån vårdnadshavaren brister i förmåga att tillgodose barnets grundläggande behov skall ett offentligrättsligt omhändertagande ske. Har ett sådant omhändertagande skett skall föräldrars rätt till bl.a. umgänge och återförening med barnet respekteras.

87 In re: J (a Minor) (Abduction: Ward of Court), High Court of Justice (Family Division), London 19. June 1989. [1989] Family 85, [1989] 3 All ER 590, [1989] 3 WLR 825, [1990] 1 FLR 276, [1990] Family Law 177. Anmärkt i Kvisberg s. 95.

4.3 Vårdnadens omfattning i förhållande till offentlig rätt

Samhället påtar sig ett ansvar för barn som den svagare parten i familjen och samhället. Detta ansvar påverkar relationen mellan föräldrarna och barnet, liksom mellan familjen och staten. *(Se ovan 4.1.2.)*

Här studeras hur svensk offentlig rätt påverkar vårdnaden. Inledningsvis diskuteras hur vårdnadens omfattning påverkas av vårdnadshavares och barns grundläggande fri- och rättigheter (4.3.1, 4.3.2). Därefter diskuteras vårdnadens omfattning i förhållande till vissa andra författningar (4.3.3). I synnerhet uppmärksammas vårdnadens omfattning i förhållande till SoL och LVU (4.3.4, 4.3.5).

4.3.1 Vårdnadshavarens grundläggande fri- och rättigheter

Vårdnadshavarens liv med sitt barn och utövande av de rättigheter och skyldigheter som omfattas av det rättsligt reglerade vårdnadsinstitutet ingår i den enskildes privat- och familjeliv. Av 1:2 3 st. RF framgår att det allmänna skall värna om den enskildes privat- och familjeliv. Bestämmelsen i fråga har emellertid inte karaktär av en rättsligt bindande föreskrift utan anger ett mål för den samhälleliga verksamheten. Vid dess tillkomst var det framförallt den enskildes integritetsskydd som var i blickfånget.[88] Också artikel 8 Europakonventionen omfattar rätt till privat- och familjeliv. Som framkommit kan den enskildes rätt till privat- och familjeliv prövas av Europadomstolens organ. Sådana avgöranden har bl.a. behandlat omhändertaganden av barn mot vårdnadshavarens vilja. *(Se ovan 4.2.)*

Den enskilde tillerkänns således genom 1:2 RF och artikel 8 Europakonventionen en zon fredad från offentlig inblandning. Inom denna zon skall den enskilde kunna leva sitt liv efter eget skön. Den enskildes rätt till privat- och familjeliv begränsas emellertid av en rad olika faktorer. En enskild kan t.ex. inte åberopa sin rätt till privat- och familjeliv på ett sådant sätt att det inskränker någon annans rätt till privat- och familjeliv. Inte heller kan de grundläggande fri- och rättigheterna åberopas i förhållande till andra enskilda utan endast i förhållande till de allmänna. Emellertid kan den positiva handlingsplikt som åligger stater enligt Europakonventionen påverka relationen mellan enskilda. *(Se ovan 4.2.2.1.)*

Skyddet av privat- och familjeliv omfattar såväl barn som vårdnadshava-

88 Petrén & Ragnemalm s. 20. SOU 1993:40 del B s. 60.

re men i likhet med vad som framkommit vid genomgången av internationella konventioner, är förhållandet mellan vårdnadshavares och barns rättigheter motsägelsefullt. Ofta uppfattas vårdnadshavarens rättigheter omfatta även barnets, men i vissa fall anses barnets rättigheter vara självständiga och tillvaratas av det offentliga.

4.3.2 Barns grundläggande fri- och rättigheter

Barns rättigheter enligt RF och Europakonventionen tar som sagt sikte på barns förhållande till det allmänna och inte till föräldrarna.[89] De påverkar dock vårdnadens omfattning i så måtto att de förtydligar och exemplifierar barnets rättigheter enligt 6:1 FB och 6:11 FB.

De rättigheter barnet har enligt 6 kap. FB är rätt till omvårdnad, trygghet och en god fostran och rätt att behandlas med aktning för sin person och egenart samt rätt att inte utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling (6:1 FB). I 6:11 FB stadgas att vårdnadshavaren i takt med barnets stigande ålder skall ta allt större hänsyn till dess synpunkter och önskemål. *(Se vidare 4.4.2.)*

Det är något oklart hur barnets grundläggande fri- och rättigheter enligt RF och Europakonventionen relaterar till vårdnadshavarens rättigheter enligt RF, Europakonventionen och FB. Det framgår emellertid av lagförarbetena till 2:1 RF att 2 kap. RF omfattar alla fysiska personer, inklusive barn och ungdom. Omyndiga företräds ofta av vårdnadshavare. Men om den underåriges omdömesförmåga, sakens beskaffenhet eller omständigheterna i övrigt medger det, skall den underårige enligt vanliga föräldrarättsliga principer svara för sig själv.[90] De flesta av de *positiva fri- och rättigheterna* som enskilda garanteras i relation till det allmänna enligt 2:1 RF, såsom yttrande-, informations-, mötes-, demonstrations-, religions och föreningsfrihet, kräver en viss ålder och mognad för att kunna utövas aktivt. De berör därmed främst vuxna och äldre barn. För att barnet skall kunna utöva rättigheterna krävs ett visst mått av fysisk rörelsefrihet för den unge. En sådan rörelsefrihet kan komma att stå i ett motsatsförhållande till vårdnadshavarens rätt att bestämma över var barnet skall befinna sig och över barnets boende.[91] *(Se vidare 4.4.2.)*

Barn omfattas även av RFs *negativa fri- och rättigheter*. Enligt 2:2 RF är

89 Se Jacobsson s. 40 f.

90 SOU 1975:75 s. 185. Se även Jacobsson s. 27 f. Smith 1980 s. 33 f.

91 NJA II 1920 s. 243. Prop. 1981/82:168 s. 23. ERD 144 (1988, Nielsen).

varje medborgare, inklusive barn, gentemot det allmänna skyddad mot tvång att delta i sammankomster för opinionsbildning och att tillhöra politiska och religiösa sammanslutningar och samfund. Barn omfattas självfallet även av de »kroppsliga» fri- och rättigheterna och är skyddade mot dödsstraff, kroppsstraff, tortyr och andra påtvingade kroppsliga ingrepp samt tillerkänns rätt till medborgarskap och rörelsefrihet (2:4–8 RF).[92] Frågan om grundlagsstridigt tvång mot barn har varit föremål för RegRs prövning i RÅ 1984 2:52.

> Barn på kommunala daghem och fritidshem hade, inom ramen för den kommunala barnomsorgens aktiviteter, deltagit i en fredsdemonstration. RegRs majoritet uppfattade beslutet som grundlagsenligt då barnens föräldrar samtyckt till att barnen demonstrerat.

Domen har ifrågasatt, eftersom barnens grundlagsenliga fri- och rättigheter gjordes beroende av föräldrarnas godkännande.[93] Kritiken till trots, inskränks enligt gällande rätt barns grundlagsenliga rättigheter av vårdnadshavarens bestämmanderätt. Barn kan även vara beroende av vårdnadshavarens samtycke för att utöva sina grundläggande fri- och rättigheter. Ett exempel utgör följande beslut av JO om barns rätt till yttrandefrihet (2:1 RF).

> Anmälan rörde en skola som krävde vårdnadshavares samtycke för att låta tioåriga elever uttala sig inför journalister. JO fann att skolan hade att värna barnens integritet och att vårdnadshavarnas inflytande på tioåringars förhållanden var dominerande. Därför kritiserades inte skolledningen.[94]

Bland de rättigheter som direkt berör barn märks rätten till utbildning som behandlas i följande avsnitt. Därefter diskuteras barn och religionsfrihet.

4.3.2.1 UNDERVISNING

Barnets rätt till utbildning följer av 2:21 RF och artikel 2 Tilläggsprotokollet.[95] Bestämmelserna om rätt till undervisning kompletteras av bestämmelser om skolplikt enligt 3:1 SkolL. Barns rätt till undervisning kan uppfattas som en inskränkning i vårdnadshavarens bestämmanderätt, eftersom vårdnadshavaren är skyldig att tillse att barnet fullgör sin skolplikt

92 Strömberg 1983 s. 64 f.
93 T.ex. Warnling-Nerep 1995 s. 92.
94 JO 1996/97 s. 381.
95 SFS 1994:1468.

(3:15 SkolL).[96] Det förklarar delvis det inflytande över barns skolgång som föräldrar tillerkänns genom artikel 2 Tilläggsprotokollet. Föräldrarnas rätt till inflytande över sina barns skolgång har också prövats av Europadomstolen i några fall. Bland avgörandena märks *Kjeldsen, Busk Madsen och Pedersen mot Danmark* samt *Campbell och Cosans mot Storbritannien.*[97]

> I *Kjeldsen, Busk Madsen och Pedersen mot Danmark* gjorde de klagande gällande att den obligatoriska sexualundervisningen i danska skolor skulle strida mot föräldrarnas religiösa och filosofiska övertygelse och utgöra en kränkning av föräldrarnas rättigheter enligt artikel 2 Tillägsprotokollet. Europadomstolen fann inte att den danska sexualundervisningen kränkte föräldrarnas rätt.

Domstolen framhöll att respekten för föräldrarnas övertygelse inte fick hindra att information och kunskap om religiösa och filosofiska ämnen förmedlades i undervisningen. En förutsättning var att det gjordes på ett objektivt, kritiskt och pluralistiskt sätt och inte innehöll indoktrinerande moment.

> I målet *Campbell och Cosans mot Storbritannien*, prövade domstolen om skolaga var förenligt med artikel 2 tillägsprotokollet. Europadomstolen fann att föräldrarnas uppfattning, att skolaga var en förkastlig uppfostringsmetod, var en sådan filosofisk uppfattning som omfattades av artikel 2. Brott mot artikeln förelåg. *(Se ovan 4.2.2.1.)*

Sverige reserverade sig tidigare mot artikel 2 i Tilläggsprotokollet. Den svenska reservation har numera återkallats. Genom inkorporeringen av Europakonventionen och återkallandet av reservationen kommer således föräldrarätten till positivt uttryck i svensk rätt.[98] Föräldrars rätt att bestämma över sina barns utbildning diskuterades av Fri- och rättighetskommittén. Den konstaterade bl.a. att föräldrars rätt att fritt få bestämma över sina barns utbildning och uppfostran i enlighet med sin religiösa, moraliska

96 Jacobsson 1978 s. 19. Se även Karnell och Hardt mot Sverige, Appl. 4733/71, 14 ECHR YB 676.

97 ERD 23 (1976, Kjeldsen, Busk Madsen och Pedersen). ERD 165 (1982, Campbell och Cosans). Se även ERD (1996, Valsamis). Se även Smith 1993 s. 457 f.

98 SOU 1993:40 del A s. 194 f. I utredningen är skrivet »art. 2 stycke 2 om föräldrarätten i konventionen». Det torde dock avse andra meningen i artikel 2 i Tillägsprotokollet som, till skillnad från artikel 2.2 i konventionen, behandlar föräldrarätt och utbildning.

och filosofiska övertygelse har varit central i diskussionen kring föräldrarätten i Sverige.[99] Ofta har diskussionen rört religionsundervisning

Frågan om religionsundervisning är sammankopplad med föräldrars rätt att i förhållande till det allmänna bestämma i vilken religion barnet skall undervisas och om barnet skall få befrielse från religionsundervisning. Sådan befrielse har tidigare medgivits endast om barnet tillhört ett trossamfund som haft regeringens tillstånd att i skolans ställe ombesörja religionsundervisning och eleven visat att han deltagit i sådan (3:12 2 st. SkolL).[100] Däremot har befrielse från all religionsundervisning med hänvisning till en ateistisk livsåskådning inte medgivits. Frågan om en ateistisk livsåskådning som grund för befrielse från all religionsundervisning var föremål för en anmälan mot Sverige för brott mot Europakonventionen i *Angeleni mot Sverige*.[101]

> Anmälan avvisades av den Europeiska kommissionen för mänskliga rättigheter i december 1986. I avslagsbeslutet konstaterades bl.a. att den svenska reservationen mot artikel 2 i tilläggsprotokollet den 20 mars 1950 gav den svenska regeringen nästan total frihet att bestämma över utformningen av religionsundervisning, oavsett föräldrarnas religiösa och filosofiska övertygelse.

Frågan har inte prövats efter det att den svenska reservationen hävts. Mot bakgrund av Europadomstolens ställningstagande i *Kjeldsen, Busk Madsen och Pedersen mot Danmark* samt *Valsamis mot Grekland* förefaller det inte troligt att återkallandet i praktiken kommer att medföra någon markant förändring. Däremot har vårdnadshavarnas inflytande över barns skolgång ökat något genom möjligheter till val av s.k. friskola.[102]

99 SOU 1993:40 del A s. 194.

100 I anmälan mot Sverige för brott mot Europakonventionen, *Karnell och Hardt mot Sverige*, App. 4733/71, 14 ECHR YB 676, var frågan om privat religionsundervisning. Parterna förliktes. Klagandenas krav på befrielse från religionsundervisning medgavs. Jacobs & White s. 264 ff. Sundberg 1983 s. 104,

101 App. No. 10491/83. Se nr. 10 E.H.R.R., s. 123.

102 Se SFS 1996:1206 om fristående skolor. Prop. 1995/96:200. Se även Lag (1995:1249) om försöksverksamhet med ökat föräldrainflytande över utvecklingsstörda barns skolgång. Som kuriosum kan noteras att det i skolorna blivit vanligare att tillfråga åtminstone lågstadieelevers föräldrar om de har synpunkter på att barnen meddelas religionsundervisning.

4.3.2.2 RELIGIONSFRIHET

Bland barnets positiva fri- och rättigheter skall här rätten till religionsfrihet i förhållande till annan svensk lagstiftning uppmärksammas.

Religionsfriheten innefattar såväl positiva som negativa rättigheter. Varje medborgare är enligt 2:2 RF gentemot det allmänna skyddad mot tvång att tillhöra trossamfund. Enligt 2:1 p. 6 RF och artikel 9 Europakonventionen tillerkänns envar rätt att ensam eller tillsammans med andra utöva sin religion. Religionsfriheten omfattar bl.a. rätt att lämna ett trossamfund. Av Europakonventionen framkommer att rätten till religionsfrihet endast får underkastas sådana inskränkningar som är angivna i lag och som är nödvändiga i ett demokratiskt samhälle med hänsyn bl.a. till andra personers fri- och rättigheter (artikel 9.2). Som framkommit skall staten respektera föräldrarnas rätt att tillförsäkra sina barn en uppfostran i överensstämmelse med föräldrarnas religiösa och filosofiska övertygelse.[103] *(Se ovan 4.3.2.1.)*

Också av artikel 14.1 i Barnkonventionens framgår att konventionsstaterna skall respektera barnets rätt till bl.a. religionsfrihet. Enligt Barnkonventionen artikel 14.2 skall konventionsstaterna även respektera föräldrars, och i förekommande fall andra vårdnadshavares, rätt och skyldighet att på ett sätt som är förenligt med barnets utveckling ge barnet ledning då det utövar sin rätt till religionsfrihet.

Hur långt föräldrars rätt att ge sina barn ledning i religiösa och filosofiska frågor sträcker sig är svårt att exakt fastställa.[104] Bland oklarheterna märks omfattningen av begreppet »religiös och filosofisk övertygelse», liksom gränsdragningen mellan föräldrars och barns rättigheter. Angående omfattningen av religiösa och filosofiska frågor torde sådana dock omfatta mer än traditionella trosfrågor, såsom t.ex. pacifism.[105]

Rörande gränsdragningen mellan föräldrars och barns rättigheter ger den svenska KyrkoL barn »vetorätt» i vissa frågor. Enligt 5 § KyrkoL skall ansökan om utträde ur svenska kyrkan för den som är under 18 år göras av vårdnadshavare, men om barnet är över 15 år krävs även samtycke från barnet. Att ansökan om utträde skall göras av vårdnadshavaren medför att barnet inte mot vårdnadshavarens vilja kan lämna svenska kyrkan. På mot-

103 SOU 1993:40 del A s. 191 f.

104 Danelius 1991 s. 334. ERD 48 (1982, Campbell och Cosan). *(Se ovan 3.2.2.1.)* Se Gradwerk FT 1985 s. 74 f. angående straffansvar för misshandel alternativt ofredande i samband med otillåten religiös påverkan av barn.

105 Se ERD 165 (1982, Campbell och Cosans). ERD (1996, Valsamis). *(Se ovan 4.2.2.1).*

svarande sätt skall vårdnadshavaren meddela svenska kyrkan om barnet skall inträda i kyrkan. Är barnet över 15 år krävs dess samtycke till inträde i svenska kyrkan (3 § KyrkoL). Även här förutsätts att vårdnadshavaren godkänner och medverkar till barnets inträde i kyrkan.[106]

Det medför t.ex. att om ett barn inte längre vill vara medlem i svenska kyrkan, men vårdnadshavaren inte vill medverka till ett utträde, är barnets möjligheter att lämna kyrkan synnerligen begränsade. Inte heller det offentliga tycks effektivt kunna stötta barnet i dess beslut. Ett verkningsfullt stöd för ett barn, som inte vill vara medlem i svenska kyrkan, förefaller endast kunna uppnås om vårdnadshavarens rättigheter inskränks genom att barnet omhändertas enligt LVU. Emellertid är det tveksamt om ett sådant beslut kan meddelas. Förutsättningar för att ett omhändertagande skall kunna göras är enligt 2 § LVU att det finns en påtaglig risk för den unges hälsa och utveckling. I praxis har visserligen förekommit att omhändertaganden motiveras av vårdnadshavarens bristande insikt i barnets behov och liknande.[107] Men det torde krävas relativt stor kyrksamhet för att en sådan risk skulle kunna utgör grund för ett omhändertagande. I praktiken är det knappast troligt att enbart konflikt runt utträde ur trossamfund skulle kunna motivera ett omhändertagande. Till det kommer ett vårdnadshavare kan utöva ett fortsatt inflytande över barnets religiösa och filosofiska uppfostran under ett omhändertagande för samhällsvård.[108] *(Se vidare 4.3.4.)*

I lagförarbetena till KyrkoL betonas att barnets vetorätt inte träder föräldrars eller annan vårdnadshavares rätt för när.[109] Det är en uppfattning som det är lätt att instämma i. Snarare är det frågan om inte vårdnadshavarens rättigheter äventyrar barnets.[110] *(Se vidare 6.3.1.)*

106 En sänkning av åldersgränsen till tolv år har aviserats. Prop. 1994/95:226 s. 17 f. Se även Westerhäll FT 1992 s. 329 ff.

107 Se t.ex. RÅ 85 2:26. Se även NJA 1951 s. 612.

108 Se ERD 130 (1988, Olsson). ERD 156 (1989, Eriksson). *(Se ovan 4.2.3.1.)*

109 Prop. 1994/95:226 s. 18.

110 Liknande synpunkter framförs i *Barnens och de ungas fri- och rättigheter* (Rättsfondens skriftserie). Det kan diskuteras om det svenska rättssystemet förhåller sig annorlunda till traditioner som anses omfattas av andra religioner än kristendom. Se t.ex. Lag (1982:316) med förbud mot omskärelse av kvinnor. Min uppfattning är att det sekulära Sverige normalt visar stor respekt för argument av religiös natur. Se Schiratzki 1994 s. 34 f. Ett exempel är LRs i Stockholms läns dom 1996–07–04. Mål nr Ö18900–95. Enligt avgörandet befriades två flickor från musikundervisning huvudsakligen pga. att det ansågs strida mot islam.

4.3.3 Vårdnadens omfattning vid åtgärder enligt SoL

Bestämmelserna om samhällets ansvar för barn regleras i första hand i den socialrättsliga lagstiftningen, SoL, kompletterad av LVU. Såväl vid åtgärder enligt SoL som vid vård enligt LVU representeras samhället av socialnämnd under tillsyn av Socialstyrelsen och länsstyrelserna. Även granskning av JO och JK utgör en del av tillsynen över verksamheten.

All den verksamhet socialtjänsten bedriver i syfte att stödja enskilda skall bygga på den enskildes integritet, självbestämmande och självständighet (1 § SoL). Vägledande för arbetet inom socialtjänsten är vidare principerna om helhetssyn, frivillighet och valfrihet samt kontinuitets-, normaliserings- och närhetsprincipen. Härtill kommer vikten av flexibilitet och anpassning till den enskilde. Socialtjänsten skall i sitt arbete beakta hela människan och sträva efter att hitta en samlad lösning på den hjälpsökandes problem.[111] Som så ofta framhållits är SoL en målinriktad ramlag, vilket kan medföra stora skillnader vid tillämpningen av lagen i olika kommuner.[112]

De allmänna bestämmelserna om socialnämnds omsorger om barn och ungdom framgår av 12 § SoL.[113] Enligt detta lagrum skall socialnämnd verka för att barn och ungdom växer upp under trygga och goda förhållanden. I nära samarbete med hemmen skall nämnden främja en allsidig personlighetsutveckling och gynnsam fysisk och social utveckling hos barn och ungdom. Socialnämnden skall också med särskild uppmärksamhet följa utvecklingen hos barn och ungdom som har visat tecken till en ogynnsam utveckling. I sådana fall skall nämnden, även här i nära samarbete med hemmen, sörja för att barn och ungdom får det skydd och det stöd som de behöver. Om det är motiverat med hänsyn till den unges bästa, skall denne erbjudas vård och fostran utanför det egna hemmet. Slutligen kan nämnas att socialnämnd enligt 12 § a SoL i sin omsorg om barn och ungdom skall tillgodose det särskilda behov av stöd och hjälp som kan föreligga sedan en tvist om vårdnad eller umgänge har avgjorts av en domstol.

De insatser som kan göras för den enskilde med stöd av SoL förutsätter att den enskilde samtycker till åtgärderna (9 § SoL). Det har diskuterats om det är barnets eller vårdnadshavarens samtycke som krävs vid åtgärder

111 Prop. 1979/80:1 del A s. 207. Se SOU 1994:139 s. 97.

112 Se Stertzel 1993 s. 337 f. Sundberg-Weitman 1984 s. 254 f.

113 Förslag har lämnats till en ny portalparagraf i SoL. I denna skall stadgas att hänsyn skall tas till barnets bästa i samband med åtgärder rörande barn. Prop. 1996/97:124 s. 98 f. Förslaget förväntas träda i kraft 980101.

rörande barn. Vårdnadshavarens samtycke torde vara tillräckligt när det gäller insatser enligt SoL för små barn[114]. För barn över 15 år krävs både barnets och vårdnadshavarens samtycke. *(Se vidare 5.5.3.2.)*

I de fall vårdnadshavare och barn befinner sig i konflikt med varandra och barnet önskar stöd enligt SoL, men vårdnadshavaren motsätter sig sådant stöd är barnet således beroende av vårdnadshavarens samtycke. Vid prövning av beviljande av bistånd i form av familjehemsplacering eller ekonomiskt stöd för eget boende, har det tidigare ansetts uppenbart att socialnämnd inte får ge sådant bistånd mot vårdnadshavarens vilja och rättigheter enligt FB.[115] En förändring kan dock skönjas.[116] *(Se vidare 4.4.2.2.1.)*

Socialnämnd skall enligt 22 § SoL sörja för att barn och ungdom som behöver vårdas eller bo utanför det egna hemmet tas emot i familjehem eller ett hem för vård eller boende. Har ett barn placerats i familjehem eller ett hem för vård eller boende har socialnämnd ansvaret för att barnet får god vård (22 § 2 st. SoL). Vården bör utformas så att den främjar barnets kontakt med de anhöriga och med hemmiljön (22 § 3 st. SoL).[117] Socialnämnd skall lämna såväl vårdnadshavare som den som faktiskt vårdar barnet hjälp och stöd (26 § SoL, 39 § SoF). I 39 § SoF stadgas vidare att socialnämnd på lämpligt sätt skall hålla sig informerad om förhållandena i familjehemmet. Brister i socialnämnds uppföljning av förhållandena för barn som placerats i familjehem har ansetts vara ett av de allvarligaste problemen inom familjehemsvården.[118] Än allvarligare är att familjehemmen kan vara mindre bra.

Vid åtgärder enligt SoL utövar socialnämnd, med vårdnadshavares godkännande, sitt kompletterande ansvar för barnet på ett mer aktivt sätt än normalt. Så är särskilt fallet om barnet vårdas utanför det egna hemmet. Vårdnadshavaren befrias från vissa skyldigheter i förhållande till barnet, men formellt inte från sina rättigheter. Med en parallell till den civila fa-

114 Bramstång 1985 s. 213. Förslag har lagts som förtydligar socialtjänstens skyldighet att genomföra en utredning utan vårdnadshavares samtycke. Förslag har även lagts som betonar att barnets inställning så långt det är möjligt skall klargöras när en åtgärd rör barnet. Hänsyn skall då tas till barnets vilja med beaktande av dess ålder och mognad. Prop. 1996/97:124 s. 98 ff., 109 ff. Förväntas träda i kraft 980101.

115 RÅ 1983 2:14, RÅ 1983 2:18. Se dock JO 1989/90 s. 219 f. Observera förslag i prop. 1996/97:124.

116 JO 1996/97 s. 252.

117 Enligt förslag skall en ändring av 22 § 3 st. SoL göras så att även kontakt med andra närstående främjas. Prop. 1996/97:124 s. 112 f. Förväntas träda i kraft 980101.

118 SOU 1994:139 s. 434 f. Prop. 1996/97:124 s. 112 f.

miljerätten skulle vårdnadshavaren och socialnämnd kunna sägas ha gemensam vårdnad. Parallellen bygger på att de har ett gemensamt legalt ansvar för barnet och att vårdnadshavarens legala rättigheter visavi barnet inte innehåller andra begränsningar än sådana som vårdnadshavaren frivilligt gått med på.

4.3.4 Vårdnadens omfattning vid åtgärder enligt LVU

Eftersom huvudprincipen i SoL är att all verksamhet skall bygga på frivillighet innehåller lagen inga bestämmelser som möjliggör tvångsvård. Konflikt kan emellertid uppstå mellan socialnämnd och vårdnadshavare om de har olika uppfattningar om barnets behov. Samhället behöver därför kunna frångå frivillighetsprincipen för att vidta åtgärder till stöd för barnet utan vårdnadshavarens samtycke. En förklaring till att SoL helt kan bygga på frivillighetsprincipen är att reglerna om tvång förts över till särskild lagstiftning utanför SoL. Ett exempel på sådan lagstiftning utgör LVU.[119] Samhällets möjlighet till tvångsomhändertaganden av barn motiveras av omsorgen om ett passivt barnets bästa, formulerat i termer av att det föreligger en påtaglig risk för den unges hälsa och utveckling. *(Se vidare 5.3.)*

I det följande behandlas omfattningen av den civilrättsliga vårdnaden när barnet omhändertagits enligt LVU. Vårdnadshavarens rättigheter och ansvar under ett pågående omhändertagande relateras till socialnämndens ansvar gentemot barnet. Genomgången fokuserar på vårdnadens omfattning vid tvångsomhändertagande enligt 2 § LVU, när ett omhändertagande motiveras av en olämplig miljö. Det kan normalt relateras till brister hos vårdnadshavaren. Däremot berörs omhändertaganden enligt 3 § LVU endast indirekt. *(Se vidare 5.3.)*

När socialrättens tvångsregler överfördes till särskild lagstiftning i samband med införandet av 1980 års SoL medförde det att skillnaden mellan frivillig vård och tvångsvård blev mer markant än tidigare. En rad tidigare mellanformer mellan frivillig vård och tvångsvård försvann. Det anses emellertid vara ofrånkomligt att den frivilliga vården enligt SoL utövas mot bakgrund av ett mer eller mindre uttalat hot om tvångsvård enligt LVU.[120] Följande ärende som varit föremål för JOs bedömning framstår som ett tydligt exempel.[121]

119 Prop. 1979/80:1 s. 212, 581. Strömberg s. 142. Se även Allmänna råd 1981:2 s. 12, Krantz 1982 s. 3. Appelberg 1986 s. 186 f.

120 Strömberg 1989 s. 121. Oxenstierna s. 141.

121 JO 1993/94 s. 270 f.

En ettårig flicka hade placerats frivilligt i ett familjehem. KamR hade tidigare funnit att grund för ett omhändertagande enligt LVU inte förelåg. Två månader efter KamRs dom bestämde föräldrarna, i samband med umgänge, att flickan skulle stanna över natten hos dem. Vid midnatt samma kväll fattade socialnämnds ordförande beslut om ett omedelbart omhändertagande. Beslutet verkställdes med polishandräckning under natten. Därefter beslöt socialdistriktet att barnets vistelseort inte skulle röjas för föräldrarna och att umgänge inte fick ske under de närmaste tre veckorna. LR upphävde beslutet och barnet återvände tre dagar senare till föräldrarna som placerade henne hos släktingar utomlands.

JO riktade skarp kritik mot såväl beslutet om omhändertagande som det sätt på vilket det verkställdes. Bl.a. betonade JO att barnets frivilliga placering i familjehemmet inte var en förutsättning för KamRs upphävande av LVU-vården.

Sundberg-Weitman har diskuterat ett likartat fall.[122] Hon har särskilt framhållit betydelsen av att avtal mellan stat och enskilda inte får förekomma annat än i enlighet med en genomtänkt lagreglering.[123] En sådan uppfattning är det i princip lätt att instämma i. I praktiken kan den emellertid vara svårförenlig med ambitionen att etablera trygga och stabila förhållanden för barn vars föräldrar periodvis har svårt att utöva den faktiska omvårdnaden om dem. *(Se vidare 5.5.1.)*

Tillämpningen av LVU ställer stora krav på alla inblandade. Socialarbetare har framhållit att arbetet med utsatta barn är en ständig balansgång på gränsen till tjänstefel. Om nämnden ansöker om vård med för magert underlag, är risken stor att ansökan avvisas och det blir svårare att fortsätta arbetet med familjen. Avvaktar istället nämnden för att samla in kompletterande underlag, kan dröjsmålet orsaka barnet skada.[124] Gång efter annan framförs i debatten den åsikten att problemen skulle minskas med en mer detaljerad lagstiftning.[125]

4.3.4.1 ANSVAR FÖR BARN SOM OMHÄNDERTAGITS ENLIGT 2 § LVU

Om ett barn omhändertas enligt LVU innebär det formellt inte att vårdnadshavaren fråntas den legala vårdnaden. Det innebär inte heller att so-

122 Sundberg-Weitman 1986 s. 88 f.
123 Sundberg-Weitman 1986 s. 91. Se även Bramstång 1985 s. 200 ff.
124 SoS-rapport 1995:21 s. 56.
125 T.ex. Zetterlund DN 961008 s. 2.

cialnämnden åläggs ett vårdnadsansvar för det omhändertagna barnet, jämförbart med det som följer av bestämmelserna i 6 kap. FB. Att den legala vårdnaden ligger kvar hos den civilrättsliga vårdnadshavaren framgår *e contrario* av 6:8 FB. Ett omhändertagande utan vårdnadshavares samtycke har sagts medföra att vårdnadshavarens rättigheter »suspenderas».[126] Denna suspension innebär att centrala delar av bestämmanderätten över barnet fråntas vårdnadshavaren. Här märks framförallt rätten att bestämma var barnet ska bo och att ha barnet hos sig. Däremot har vårdnadshavaren rätt till umgänge och kontakt med barnet (14 § LVU). Vårdnadshavaren har också rätt att bestämma över barnets religion och utbildning. *(Se ovan 4.2.3.1.)*

I vårdnadshavarens ställe är det socialnämnden som bestämmer hur vården av den unge skall ordnas och var han skall vistas under vårdtiden (11 § LVU). Enligt samma lagrum har socialnämnd möjlighet att bestämma att barnet under ett omhändertagande skall vårdas i hemmet hos vårdnadshavaren. Görs det är det naturligtvis ett utslag av socialnämndens bestämmandederätt och inte av vårdnadshavarens.[127]

Vid ett omhändertagande enligt LVU är vårdnadshavaren således inte endast avskuren från den faktiska vårdnaden, utan även vårdnadshavarens legala rättigheter och skyldigheter är i hög grad kringskurna. Ett tydligt tecken på det är att straffansvar för egenmäktighet med barn enligt 7:4 2 st. BrB kan göras gällande mot en vårdnadshavare som obehörigen skiljer sitt barn från den som vårdar det med stöd av LVU.[128] Även vid tillämpning av Haagkonventionen ger samhällsvård rättigheter motsvarande en civil vårdnadshavares. *(Se ovan 4.2.3.3, nedan 5.8.)*

Under ett pågående omhändertagande är således vårdnadshavaren förhindrad att utöva centrala delar av såväl sina rättigheter som sina skyldigheter enligt 6 kap. FB. Vad som gäller i frågan om vårdnadshavares tillsynsansvar för barnet framgår inte klart. Med en analogi till förhållandena när barnet befinner sig hos en umgängesförälder kan emellertid antas att vårdnadshavaren är befriad från tillsynsansvar. Det torde för övrigt även vara fallet när barnet vårdas enligt SoL.[129] *(Se vidare 4.4.3.3.2.)*

Det är inte helt klarlagt i vilken omfattning vårdnadshavarens rättigheter och skyldigheter övertas av socialnämnd. Det kan självfallet få negativa

126 T.ex. Bramstång 1985 s. 315.
127 Se JO 1993/94 s. 277 f.
128 Prop. 1982/83:165 s. 21 f.
129 Prop. 1993/94:57 s. 27.

följder för barnet. Det formella ansvar socialnämnden har framgår av SoL och SoF. Det omfattar både barn som är placerade enligt SoL, dvs. utan att vårdnadshavarens rättigheter och skyldigheter »suspenderats», och barn som omhändertagits enligt LVU. Socialnämnd ansvarar enligt 22 § 2 st. SoL för att barn, som genom nämndens försorg har placerats i ett annat hem än det egna, får god vård. Med god vård brukar förstås att barnet skall ha det lika bra som i ett genomsnittligt föräldrahem.[130]

Den närmare omfattningen av socialnämnds ansvar gentemot barn som vårdas enligt LVU har diskuterats och tolkats på skilda sätt. Enligt uttalanden i LVUs förarbeten träder socialnämnden vid vård enligt LVU in »vid sidan av föräldrarna eller i deras ställe».[131] Det har förklarats som att nämnden, i den omfattning som behövs för att genomföra vården, har samma skyldigheter och rättigheter som tillkommer vårdnadshavarna.[132] JO har kraftigare understrukit socialnämnds ansvar: »Genom placering i familjehemmet åtar sig socialnämnd ansvaret för att barnet får växa upp under trygga förhållanden i familjehemmet».[133] *Bramstång* har ifrågasatt om socialnämnds rättigheter överhuvudtaget är jämförbara med vårdnadshavarens.[134]

På några punkter åläggs dock socialnämnd särskilda uppgifter avseende barn som beretts vård med stöd av 2 § LVU. Av 41 § SoF framgår att nämnden skall hålla sig informerad om barnet bör placeras i ett annat hem eller om förutsättningar finns för att vården kan upphöra. Enligt 14 § LVU har socialnämnd ett uttryckligt ansvar för att den unges behov av umgänge med föräldrar eller andra som har vårdnaden så långt som möjligt tillgodoses.[135]

Förhållandet mellan LVU och *barnets rättigheter* aktualiseras framförallt i samband med omhändertaganden enligt 3 § LVU. Vård enligt 2 § LVU innebär en begränsning av vårdnadshavarens rätt att bestämma över barnets boende. Det finns ingen anledning att omhändertagandet skall inskränka barnets, i och för sig begränsade, rätt till själv- och medbestämmande enligt FB. Barnet utövar då dessa rättigheter i förhållande till såväl socialnämnd som vårdnadshavare. *(Se ovan 4.3.2, vidare 4.4.2.)*

De praktiska momenten i socialnämnds ansvar har med utgångspunkt i

130 Bramstång 1985 s. 314.
131 Prop. 1979/80:1 del A s. 596.
132 A.a. Se även Strömberg 1989 s. 148.
133 JO 1986/87 s. 140.
134 Bramstång 1985 s. 218, 314 f.
135 ERD 299 A (1994, Hokkanen).

39 § SoF tolkats som att ansvarig tjänsteman skall vara den som ansvarar för kontakten med familjehemmet. Ett sådant ansvar skall inte överlåtas på familjehemmet. Ansvarig tjänsteman är också skyldig att fortlöpande hålla sig väl förtrogen med det placerade barnets förhållanden och utveckling och vara bered att ge barnet och familjehemmet erforderligt stöd.[136]

Angående *familjehemsföräldrarnas* befogenheter sägs i lagens förarbeten att: »i den dagliga omsorgen får de därvid samma skyldigheter och befogenheter som föräldrar normalt har». Detta uttalande måste dock ses mot bakgrund av att det är socialnämnd som formellt svarar för vården och omsorgen av barnet (22 § SoL, 39 § SoF). Den legala vårdnaden kan formellt övergå på familjehemsföräldrarna om dessa av allmän domstol utses till särskilt förordnade vårdnadshavare enligt 6:7–8 FB. Det sker dock endast i synnerligen begränsad omfattning.[137]

Att omfattningen av socialnämndens ansvar för omhändertagna barn i relation till vårdnadshavare och familjehemsföräldrar också i praktiken kan vara oklar framgår av det omtalade s.k. Gottsundafallet.[138]

> Daniel, en elvaårig pojke med epilepsi, omhändertogs för vård enligt 2 § LVU. Han kom att vara omhändertagen under två år innan han avled efter upprepade epileptiska anfall. När han dog var han placerad hos en fyrtioårig tidigare missbrukande ungkarl. I ett tidigare familjehem hade Daniel bl.a. utsatts för misshandel och sexuella övergrepp. I de anmälningar som föranledde JOs granskning hävdades bl.a. att Daniels död var en följd av att han inte fått adekvat medicinsk behandling. JO kritiserade socialnämnden för att inte ha tillsett att Daniel fått sådan behandling. Däremot ansåg JO det inte finnas ett direkt orsakssamband mellan dessa brister och Daniels död.

Oaktat socialnämnds formella ansvar för barn som omhändertagits enligt LVU tyder ärendet på att socialnämnden, med JOs goda minne, i praktiken kan delegera en mycket stor del av ansvaret till familjehemsföräldrarna.[139]

Sammantaget är omfattningen av vårdnadshavares respektive socialnämnds ansvar för ett barn som är omhändertaget enligt LVU svår att fastställa. Någon tydlig skiljelinje mellan nämndens ansvar i de fall barnet vårdas utan vårdnadshavares samtycke enligt 2 § LVU eller med samtycke

136 SOU 1994:139 s. 435.

137 SoS-rapport 1995:8 s. 14.

138 JO 1994/95 s. 301 ff.

139 JOs beslut att ej väcka åtal har i sin tur kritiserats av bl.a. Sundberg-Weitman, Zaremba och Axberg.

enligt SoL tycks inte finnas. *(Se ovan 4.3.3.)* Avgörande för socialnämndens ansvar är därmed om barnet står under nämndens *faktiska* vårdnad, däremot beaktas inte vårdnadshavarens *legala* vårdnad.

4.3.4.2 EFFEKTER AV ATT DEN LEGALA VÅRDNADEN KVARSTÅR HOS VÅRDNADSHAVAREN

Den legala vårdnaden fråntas således formellt inte vårdnadshavaren vid ett omhändertagande enligt LVU, utan »suspenderas» endast. Av det föregående avsnittet framkom att det har fått som följd att det kan vara oklart vem som har det legala ansvaret för barnet, socialnämnd eller vårdnadshavare. I detta avsnitt diskuteras vilka andra effekter som följer av att den legala vårdnaden formellt kvarstår hos vårdnadshavaren.

En sådan effekt är att vårdnadshavaren bör få ta del av journalanteckningar och annan *information* om sitt barn under ett omhändertagande enligt LVU (52 § SoL). Denna rättighet kan dock begränsas och det förutskickas att det kan finnas särskilda skäl att göra det när barn är omhändertagna enligt LVU. Enligt 7:5 SekrL jämte 14:4 2 st. samma lag gäller sekretess angående den underåriges vistelseort under ett omhändertagande enligt LVU, om det är nödvändigt med hänsyn till ändamålet med vården. Vårdnadshavaren kan även förhindras från att ta del av andra uppgifter gällande barnet om det kan antas att barnet lider betydande men om uppgiften röjs för vårdnadshavaren (14:4 2 st SekrL).[140] Ytterligare en omständighet som begränsar vårdnadshavarens rätt att få del av information rörande barnet är respekten för familjehemsföräldrarnas integritet.[141] Ett omhändertagande enligt LVU kan således kraftigt inskränka den legale vårdnadshavarens rätt att ta del av uppgifter som är sekretessbelagda med hänsyn främst till skyddet för barnets personliga förhållanden. *(Se vidare 4.4.2.2.4.)*

Vårdnadshavares tillstånd och domstolsprövning krävs för att ett barn som vistas för stadigvarande vård i enskilt hem skall få byta *efternamn* till fosterföräldrarnas (8 §§ NamnL).

Bland konsekvenserna av att vårdnadshavaren inte betraktas som skild från den legala vårdnaden märks även att dennes samtycke krävs för att barnet skall kunna *adopteras* (4:5 a FB). Men även biologiska föräldrar, som inte har del i vårdnaden, skall höras i adoptionsärenden (4:10 2 st. FB).

140 Bohlin s. 132 f.

141 Se dock JO 1991/92 s. 224.

Föräldrar är skyldiga att ta del i kommunernas *kostnader* för en underårigs vård i ett annat hem. Det gäller såväl när vården sker enligt SoL som enligt LVU (43 § SoF). Principerna om fördelning av kostnadsansvaret överensstämmer med principerna för underhållskyldighet enligt 7 kap. FB. De baseras på föräldraskap och faktiskt vårdnad. Däremot tillmäts innehavet av den legala vårdnaden varken relevans enligt FB eller sociallagstiftningen. En förälders underhållskyldighet kvarstår om vårdnaden övergår på familjehemsföräldrarna enligt 6 kap. FB, men upphör givetvis om barnet adopteras.

Den på lång sikt viktigaste rättigheten en vårdnadshavare har vid ett omhändertagande enligt LVU är att kunna återinsättas i sin funktion som faktisk vårdnadshavare utan domstols beslut (5 och 21 §§ LVU). En annan sak är att som regel fattas det ändock ett formellt beslut om vårdens upphörande. Den legale vårdnadshavarens rätt att återinsättas som faktisk vårdnadshavare kan även inskränkas genom flyttningsförbud enligt 24–27 §§ LVU.[142] *(Se vidare 4.5.2, 5.3.5.)*

De rättsliga följderna av att den legala vårdnaden formellt inte frångår vårdnadshavaren är således begränsade. Lagstöd för medverkan finns endast för vårdnadshavarens rätt att motsätta sig att barnet bortadopteras eller byter namn.

4.3.5 Territoriella begränsningar

Den territoriella omfattningen av socialnämnds befogenheter framstår inte helt entydigt. Enligt JO *Norell Söderblom* är socialnämnds myndighet över barn, till skillnad från den civilrättsliga vårdnaden, territoriellt begränsad. Det skulle betyda att om barn av socialnämnd placeras för vård hos släktingar utomlands består vårdnadshavarens rättigheter, medan socialnämndens myndighetsutövande befogenheter upphör. Nämndens möjlighet att utöva ansvar och tillsyn över barnet blir därmed till mycket stor del beroende av ett samarbete med vårdnadshavare och familjehemmet.[143] JO *Sverne* har å sin sida anfört att det förhållandet att ett barn förts bort från kommunen och landet inte kan leda till någon begränsning av socialnämndens ansvar.[144]

Rimligen omfattar socialnämndens ansvar även barn som förts ur landet

142 Ewerlöf & Sverne s. 87. Vård enligt 2 § LVU kan även pågå i det egna hemmet.

143 JO 1993/94 s. 245.

144 JO 1984/85 s. 206. Om möjlighet för socialnämnd att återkalla barns pass vid omhändertagande, se JO 1996/97 s. 284.

på så sätt som kommit till uttryck i JO *Svernes* beslut, vilket också Haagkonventionens vidgade tolkning av vårdnadsbegreppet till att omfatta även s.k. »ward of court» talar för. *(Se ovan 4.2.3.3.)* Nämndens möjlighet till myndighetsutövning är dock territoriellt begränsad, vilket framkommer av JO *Norell Söderbloms* beslut.

Frågan om socialnämnds befogenheter aktualiseras också när utländska barn, utan uppehållstillstånd i Sverige, omhändertas enligt 2 § LVU. Får ett omhändertaget barn sedermera inte uppehållstillstånd utan skall avvisas, blir den avgörande frågan vilken lagstiftning som skall ha företräde, UtlL eller LVU. Enligt utredningen om ett samlat verksamhetsansvar för asylärenden skall beslut enligt UtlL i princip gälla och beslut om utvisning enligt UtlL således ta över beslut enligt annan lagstiftning.[145] Emellertid har det inte ansetts möjligt att genomgående hävda UtlL framför annan lagstiftning av skyddande karaktär för en enskild utlänning. När det gäller barn som omhändertagits för vård enligt LVU anförs å ena sidan att det inte är rimligt att överlämna barnet till en vårdnadshavare som vanvårdar barnet. Å andra sidan anses det inte heller rimligt att omhändertagande av ett barn enligt 2 § LVU automatiskt skulle medföra att inte bara barnet utan även vårdnadshavaren finge stanna i Sverige som en följd av bestämmelserna om anhöriginvandring.

> Denna normkonflikt var central vid regeringens bedömning av ansökan om uppehållstillstånd m.m. för en peruansk tvåårig flicka och hennes mor. Barnet hade omhändertagits enligt 2 § LVU vid födseln. Barnets far hade slagit ihjäl hennes äldre syster och modern bedömdes allvarligt brista i sin omsorgsförmåga. Mor och dotters ansökan om uppehållstillstånd överlämnades efter ett antal avslag till regeringen. Med hänvisning bl.a. till 1:1 UtlL om hänsyn till barnets bästa beviljades mor och dotter uppehållstillstånd.[146]

Barnets behov av vård skall vägas in i den prövning av skäl för uppehållstillstånd som skall göras enligt UtlL. I den mån barnets behov endast kan tillgodoses genom vård enligt LVU skall LVU i undantagsfall ha företräde framför UtlL.[147] Barnkommittén har förordat att en individuell prövning görs i de fall ett barn som skall utvisas är föremål för vård enligt LVU.[148]

145 SOU 1995:55.

146 Regeringens beslut serie A, II:1, 1997–03–13, UD96/2080/MP. Se även SFS 1996:1379, prop. 1996/97:25.

147 SOU 1995:55 s. 103.

148 SOU 1996:115 s. 101.

Emellertid stadgas numera i 21 a § LVU att beslut om vård enligt LVU inte hindrar avvisning, utvisning eller utlämning. Verkställs sådan avvisning, utvisning eller utlämning upphör beslutet om vård att gälla.[149]

Sammantaget omfattas vårdnadshavarens liv med sitt barn, och utövande av de rättigheter och skyldigheter som ingår i det rättsligt reglerade vårdnadsinstitutet, av den enskildes grundlagsskyddade privat- och familjeliv. Såväl föräldrar som barn tillerkänns rättigheter enligt bl.a. grundlag. Barn är emellertid i de allra flesta fall beroende av vårdnadshavaren för att kunna utnyttja sina rättigheter. Däremot tillerkänns barn, i förhållande till vårdnadshavaren, genom annan lagstiftning ett visst självständigt skydd. Exempel på en sådan lag är LVU. Formellt påverkar inte LVU den legala vårdnadens omfattning, utan endast den faktiska vårdnaden. Men i praktiken inskränker ett omhändertagande enligt LVU vårdnadshavarens legala bestämmanderätt över barnet i sådan omfattning att det kan ifrågasättas om vårdnadshavarens kvarvarande befogenheter utgör vårdnad i civilrättslig mening. Vid sidan av grundlagar, socialrätt och FB påverkar ett antal andra lagar och förordningar vårdnaden genom att reglera barns och vårdnadshavares rättigheter och skyldigheter. *(Se vidare 4.4.2.)*

4.4 Civilrättslig vårdnad

I det föregående har diskuterats hur vårdnadsinstitutet påverkas av internationella konventioner, grundläggande fri- och rättigheter samt socialrätt. I detta avsnitt behandlas omfattningen av den civilrättsliga vårdnaden med utgångspunkt i 6 kap. FBs bestämmelser. Avsnittets tyngdpunkt ligger på en analys av de legala relationer mellan vårdnadsinstitutets privata subjekt, dvs. barn och föräldrar eller förordnad vårdnadshavare.

Utgångspunkten för undersökningen är samspelet mellan vårdnadshavares och barns rättigheter och skyldigheter enligt FB och vissa andra författningar (4.4.2). Därefter diskuteras vårdnadens omfattning föräldrarna emellan. En uppdelning görs mellan relationerna vid gemensam vårdnad och ensam vårdnad (4.4.3). Här uppmärksammas bl.a. den gemensamma vårdnadens utformning i några främmande rättssystem, liksom frågor om underhåll, umgänge, kontakt och ansvar. *(Se vidare 4.5.)*

Vårdnaden ingår i och utgör en betydande del av vad som tidigare betecknades som »föräldramakt». En annan sida av föräldramakten är för-

149 SFS 1996:1381.

mynderskapet. Vårdnadens omfattning i förhållande till förmynderskap diskuteras därför inledningsvis.

4.4.1 Vårdnadens omfattning och förmynderskap

Ett barn har inte bara rätt till omvårdnad, trygghet och en god fostran enligt 6:1 FB. Barnet skall även skyddas mot vissa effekter som följer av rättslig handlingsförmåga. Det sker genom att den som är omyndig endast har begränsad rådighet över sin egendom och endast får åta sig förbindelser i den mån det följer av lag eller av villkor vid benefika förvärv (9:1 FB).

Bland de undantag som följer av lag märks att den omyndige med vårdnadshavarens samtycke får ingå avtal om tjänst eller annat arbete (9:2 FB, 6:12 FB). Barnet får själv säga upp avtalet. Har barnet fyllt 16 år får han ingå ett nytt arbetsavtal utan förnyat samtycke. Underårig med eget hushåll får själv ingå sådana rättshandlingar som behövs för den dagliga hushållningen eller för uppfostran av barn. Om en underårig med eget hushåll missbrukar sin behörighet, kan rätten på ansökan av förmyndaren frånkänna honom behörigheten (9:2 a FB). *(Se vidare 4.4.2.)*

Den underårige får själv råda över vad han förvärvat genom eget arbete efter det han fyllt 16 år. Han får också råda över avkastning och surrogat. Men denna rådighet kan inskränkas av förmyndaren, med överförmyndarens tillstånd, om det anses nödvändigt med tanke på den omyndiges uppfostran eller välfärd (9:3 FB). Även i de fall den omyndige fått egendom genom gåva, testamente eller förmånstagarförordnande vid försäkring eller pensionssparande, med villkor att den underårige själv skall råda över egendomen, kan rådigheten inskränkas av förmyndare med överförmyndares tillstånd (9:4 FB). Driver en underårig rörelse med samtycke av förmyndare eller överförmyndare, får den underårige själv ingå sådana rättshandlingar som faller inom området för rörelsen (13:13 FB, 14:14 FB). Undantag görs dock för rättshandlingar rörande fast egendom (13:10 FB, 9:5 FB).

Uppdelningen av ställföreträdarskapet för barn i en vårdnads- och en förmynderskapsdel förefaller grunda sig på förhållandena under åren 1921 till 1950. Under denna period var bägge föräldrarna vårdnadshavare, men enbart fadern förmyndare för barn födda inom äktenskapet, dvs. majoriteten av barn.[150] Vid tillkomsten av 1924 års FL anfördes att vårdnaden inte

150 För barn utom äktenskap var modern såväl vårdnadshavare som förmyndare. *(Se ovan 1.3.4.)*

borde vara oskiljaktligt sammankopplad med förmynderskapet. Det motiverades med att med »avseende å handhavandet av den minderåriges personliga angelägenheter andra synpunkter göra sig gällande än beträffande skötseln av hans ekonomi».[151] Vårdnaden skulle omfatta »rätten och plikten att sörja för allt, som angår barnets person samt att företräda barnen i personliga angelägenheter».[152] Förmynderskapet omfattade, liksom idag, förvaltningen av barnets egendom.[153]

Vårdnadshavaren har således ett ansvar för barnets personliga förhållanden (6:2 FB), medan förmyndaren har att förvalta myndlingens förmögenhet och företräda honom i angelägenheter som rör denna (12:1 FB). Enligt äldre rätt framkom denna uppdelning även av 13:1 3 st. FB.[154] Här markerades att angående den personliga omvårdnaden om underårig var i första hand vårdnadsreglerna i 6 kap. FB tillämpliga. Den personliga omsorgen om en underårig förutsattes åligga vårdnadshavare och inte förmyndare.[155] I lagförarbetena diskuteras förmyndares skyldighet att utöva omsorg om den omyndiges person med utgångspunkt i omyndigförklarade vuxnas, men inte i barns, situation.[156]

Också enligt lagförarbetena till senare omarbetningar av förmynderskapslagstiftningen har vårdnadshavaren ansvaret för att ge barnet omvårdnad, trygghet och en god fostran. Förmyndaren skall företräda barnet i andra angelägenheter, främst sådana som är av ekonomisk natur.[157] Förmyndare har även en allmän behörighet att företräda den omyndige, när det enligt lag inte skall göras av någon annan (12:1 3 st. FB).[158] *(Se vidare 4.4.1.1.)*

Här kan uppmärksammas att, utöver rena uppfostrings- och omvårdnadsaspekter, ingår vissa befogenheter i vårdnaden som ligger förmynderskapet nära, såsom legalt ställföreträdarskap och behörighet att godkänna rättshandlingar. Här märks rätt att föra barnets talan i vissa faderskapsärenden och i underhållsärenden, rätt att höras om den underårige ansöker om dispens för äktenskap, rätt att samtycka till den underåriges arbetsav-

151 NJA II 1924 s. 317.
152 A.a.
153 Se t.ex. prop. 1993/94:251 del II s. 189.
154 Prop. 1974:142 s. 172.
155 Prop. 1974:142 s. 48 f.
156 Se prop. 1974:142 s. 48. SOU 1986:50 s. 117 f. SOU 1988:40 s. 84 f.
157 SFS 1994:1433. Prop. 1993/94:251.
158 Prop. 1993/94:251 s. 102.

tal, rätt att bestämma över barnets boende och rätt att företa vissa processhandlingar för den underåriges räkning. *(Se vidare 4.4.1.1.)*

I de flesta fall är föräldrarna legala förmyndare under förutsättning av att barnet står under deras vårdnad. Om ingen av ett barns föräldrar kan vara vårdnadshavare skall vårdnaden numera anförtros åt en eller två särskilt förordnade vårdnadshavare. Enligt äldre rätt skulle utses två särskilt förordnade förmyndare. Utses särskilt förordnade vårdnadshavare blir de genom förordnandet normalt även förmyndare för barnet. Förmynderskapet följer således vårdnaden.[159] Därmed har vårdnaden fått ökad tyngd i förhållande till förmynderskapet.

Det förhållandet att vårdnaden har getts ökad tyngd har i vissa fall inneburit att särskilt förordnad vårdnadshavaren övertagit befogenheter som tidigare tillkom särskilt förordnade förmyndare, eller endast en av föräldrarna, ofta modern. Så är t.ex. fallet med frågor om faderskap. Förändringen motiverades med att dessa frågor hade en starkare anknytning till vårdnadshavarens ansvar för personliga frågor än till förmyndarens ekonomiska förvaltning.[160]

Hitintills tycks uppdelningen mellan vårdnadshavarens befogenheter och förmyndarens ha rönt relativt litet uppmärksamhet.[161] Distinktionen får dock betydelse om vårdnaden och förmynderskapet innehas av olika personer. Så är fallet i följande situationer.

- Om en underårig ingår äktenskap. Vårdnad om barnet består till dess barnet blir 18 år eller dessförinnan ingår äktenskap. Förmynderskapet består däremot till dess barnet fyllt 18 år, också om barnet gift sig.

- Om en av föräldrarna är omyndig. En förälder som är omyndig, eller som har förvaltare utan begränsning i uppdraget, kan inte själv vara förmyndare men väl vårdnadshavare.

- Vid ett omhändertagande enligt LVU. Ett omhändertagande enligt LVU innebär att vårdnadshavarens rättigheter i varierande omfattning suspenderas, däremot påverkas inte förmynderskapet.

- Om god man förordnas i förmyndares ställe för omyndig. I sådana fall består vårdnadshavarens befogenheter men förmyndarens inskränks i den mån de omfattas av den gode mannens uppdrag.

159 A.a.
160 Prop. 1993/94:251 s. 103.
161 Se dock Zethraeus 1973 s. 415 ff.

- Om såväl en särskilt förordnad förmyndare som en särskilt förordnad vårdnadshavare utsetts. Barnet har då två ställföreträdare med skilda kompetenser.
- Om en vårdnadshavare entledigas från förmynderskapet utan att samtidigt entledigas från vårdnaden.[162] Också i en sådan situation har barnet två ställföreträdare.

I det följande avsnitten diskuteras gränsdragningen mellan vårdnadshavares och förmyndares befogenheter.

4.4.1.1 STÄLLFÖRETRÄDARSKAP FÖR DEN OMYNDIGE

Förmyndare företräder den omyndige i frågor som rör dennes förmögenhet (12:1 FB) och har därutöver en allmän behörighet att företräda den underårige när det enligt lag inte åligger någon annan. »Någon annan» är i sammanhanget normalt vårdnadshavare, den underårige själv eller undantagsvis socialnämnd.

Vårdnadshavaren företräder den omyndige i frågor som är personrelaterade. Vårdnadshavare, och inte förmyndare, är ställföreträdare när den omyndige är målsägande vid brott som rör person (20:14 RB). Vårdnadshavare skall om det är lämpligt höras om den omyndige är misstänkt för brott (21:1 RB).[163] Har åtal väckts mot en person under 18 år avseende brott för vilket fängelse kan följa, skall vårdnadshavare eller annan som svarar för den unges vård och fostran höras i målet om så lämpligen kan ske och det inte finns särskilda skäl emot det.[164] Även i tvistemål pga. skadegörande handling företräder vårdnadshavaren den omyndige (11:1 RB jämte 20:14 RB och 21:1 RB). Vårdnadshavare, och inte förmyndare, företräder också barnet i frågor med anknytning till socialrätten. *(Se vidare 5.5.3.)*

Underhållsfrågor faller, oaktat underhållets ekonomiska karaktär, under vårdnadshavarens befogenheter och inte förmyndarens (7:2 FB). Även vid *fastställande av faderskap* företräds barnet av modern, om hon är vårdnadshavare, av särskilt förordnad vårdnadshavare eller av socialnämnd (3:5 FB).[165] Också *bekräftelse* av faderskap skall godkännas av socialnämnd och

162 Prop. 1993/94:251 s. 103.

163 Se även 21:11 RB om rätt till ersättning för vårdnadshavare som hörs enligt 21:1 RB samt 15–16 §§ Förundersökningskungörelsen om förhör med barn.

164 26 § Lag (1964:167) med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare. (Omtryckt i SFS 1994:1760).

165 Walin 1996 s. 121 f.

moder eller särskilt förordnad vårdnadshavare (1:4 FB).[166] Det förhållandet att underhåll och vissa faderskapsfrågor hänförs till vårdnaden och inte till förmynderskapet motiverades lakoniskt i kommentaren till 1924 års FL:

> Det handlande å barnets vägnar, varom här är fråga [faderskaps- och underhållsärenden] måste nämligen anses innefatta en vårdnads- och icke en förmyndarfunktion, och bestämmelsen är därför att uppfatta såsom ett av praktiska hänsyn påkallat förtydligande i fråga om den underåriga moderns behörighet med avseende å vårdnadens utövande.[167]

Enligt gällande rätt är det däremot förmyndare eller god man, och inte vårdnadshavare, som är berättigad att företräda barnet i mål om *hävande av faderskap* (3:4 FB). Det betyder att om såväl särskilt förordnad vårdnadshavare som särskilt förordnad förmyndare utsetts, så har den särskilt förordnade vårdnadshavaren inte befogenhet att företräda barnet. Här kan även anmärkas att om den legala vårdnaden är gemensam anses modern inte kunna föra barnets talan i mål om hävande av faderskap och inte heller intervenera på barnets sida. God man skall då utses att företräda barnet. Är modern däremot ensam vårdnadshavare och förmyndare, äger hon företräda sitt barn.[168]

Slutligen kan noteras att enligt 1 § 1 st. 1 p. MedbL förvärvar ett barn svenskt *medborgarskap* om modern är svensk medborgare. För att en fars svenska medborgarskap skall medföra att barnet blir svensk medborgare, om modern inte är det, krävs att föräldrarna var gifta med varandra vid barnets födelse eller, om fadern avled före födseln, att han vid dödsfallet var gift med barnets mor (1 § 1 st. 2 p. MedbL). Också ett barn med en utländsk far som fötts före äktenskap, blir svensk medborgare om föräldrarna ingår äktenskap medan barnet är under 18 år och ogift (2 § MedbL).

Det förhållandet att barnets äktenskapliga status är avgörande för förvärv av svenskt medborgarskap enligt 2 § MedbL kan tas till intäkt för att medborgarskap är en vårdnadsfunktion, eftersom vårdnaden, men inte förmynderskapet, upphör i samband med barns äktenskap. För en sådan tolkning talar även 2 a, 5 §§ MedbL. Enligt den första bestämmelse krävs att fadern med svenskt medborgarskap har del av den legala vårdnaden om

166 Tidigare särskilt förordnad förmyndare. Se prop. 1993/94:251 s. 103.
167 Stenbeck & Lindhagen s. 19 om 2 § 4 st. LBuÄ.
168 Walin 1996 s. 116.

barnet, ensam eller gemensamt med modern, för att barnet efter anmälan skall kunna förvärva svenskt medborgarskap. På liknande sätt stadgar 5 § MedbL att för att barnen till en far som naturaliseras också skall få svenskt medborgarskap krävs bl.a. att fadern har del i vårdnaden.[169] Svenskt medborgarskap för barnet förefaller därmed främst att falla under vårdnadshavarens ansvar och inte under förmyndarens. Mot en sådan tolkning talar eventuellt det förhållandet att ansökan om naturalisering för ett utländskt barn kan göras av god man.[170] *(Se vidare 4.4.1.3.)*

4.4.1.2 GODKÄNNANDE M.M. AV OMYNDIGS RÄTTSHANDLINGAR

I syfte att skydda barnet krävs enligt huvudregeln att förmyndare godkänner den omyndiges rättshandlingar (9:1 FB). Som bekant gäller enligt allmänna omyndighetsregler att en underårig, som utan erforderligt samtycke ingått ett avtal, inte blir bunden av avtalet. Den med vilken avtalet slöts kan däremot endast frånträda avtalet så länge det inte har godkänts av förmyndaren eller behörigen fullföljts. Därefter är motparten bunden av avtalet, oaktat att han ingick det under felaktiga förutsättningar. Om den underåriges avtalspartner var i ond tro och visste att avtalet slöts med en underårig, får han inte frånträda det under den tid som stipulerats för godkännande (9:6 FB). Går ett avtal som den underårige ingått utan samtycke åter, bär var och en åter vad han mottagit eller utgivit. Har den underårige förfarit vilseledande, kan han åläggas att ersätta motpartens förlust (9:7 FB). Har den underåriges avtalspartner överlåtit vad han mottagit på en tredje man i god tro, är dennes fång skyddat enligt reglerna om godtrosförvärv.[171]

Som antytts skall emellertid ett antal av den underåriges rättshandlingar godkännas av vårdnadshavare och inte av förmyndare. Bland sådan rättshandlingar märks godkännande av omyndigs *arbetsavtal* (6:12 FB, 9:2 FB). Att vårdnadshavare, och inte förmyndare, skall godkänna barns arbetsavtal kan uppfattas som svårförklarligt. Anställningsavtal utgör ju numera avtal av främst ekonomisk natur i vilka de fostrande inslagen är sekundära. Kommentaren till 1924 års FL påminner om att det inte alltid har varit på det sättet. Här framhålls att med »hänsyn till den stora betydelsen för underårigs uppfostran, bestämmanderätten över hans arbetskraft äger»

169 Sandesjö & Björk s. 43 f. Se även NJA 1995 s. 770 om svensk domsrätt vid ansökan om gemensam vårdnad.

170 Lundvall & Svensson s. 43. Om gemensam vårdnad och förlust av svenskt medborgarskap, se s. 76 f., 84 f.

171 Walin 1996 s. 328 f.

skall rätten att för underårigs räkning sluta arbetsavtal ingå i vårdnaden och inte i förmynderskapet.[172]

Däremot är det förmyndares tillstånd som krävs för att den omyndige skall få driva *näringsverksamhet*. Det är även förmyndare som samtycker om den näringsidkande omyndige vill ingå avtal som faller utanför dennes rättshandlingsförmåga (9:5 FB). Bestämmelsen anknyter tydligare till uppdelningen mellan vårdnadshavares och förmyndares kompetens än de om arbetsavtal. Förmyndare förvaltar barnets förmögenhet och de flesta former av näringsverksamhet kräver ett visst kapital.

Omyndiga förfogar inte över sitt eget *boende*. Den omyndige har inte rätt att flytta hemifrån utan samtycke av vårdnadshavare och inte rätt att hyra en bostad utan samtycke av förmyndare. Om den omyndige själv vill hyra en egen bostad krävs således såväl vårdnadshavarens som förmyndares tillstånd.[173] En annan sak är att om den underårige väl har flyttat hemifrån och etablerat ett eget hushåll, har han rätt att ingå sedvanliga rättshandlingar som behövs för skötsel av hushållet eller uppfostran av barn (9:2 FB). *(Se nedan 4.4.2.2.1.)*

Om barnet begär tillstånd hos länsstyrelse att ingå *äktenskap* före 18 års ålder skall vårdnadshavare beredas tillfälle att yttra sig (2:1 ÄktB). Det kan noteras att vårdnadshavares rätt att bli hörd i samband med en omyndigs äktenskap ersätter det tidigare kravet på giftomannasamtycke som var en förmyndarfunktion.[174] Vårdnaden, men inte förmynderskapet, upphör i samband med underårigs äktenskap. *(Se nedan 4.4.2.2.2.)*

4.4.1.3 GODE MÄN

I vissa fall skall god man förordnas att i förmyndares ställe företräda en underårig och vårda dennes angelägenheter (11:1 FB).[175] Så skall ske om förmyndare är *förhindrad* att utöva förmynderskapet. God man skall även förordnas om *motstridiga intressen* finns mellan barnet och förmyndaren eller vårdnadshavaren eller sådans make eller sambos intressen (11:2 FB).

God man kan således förordnas som ersättare för förmyndare som är förhindrad att utöva förmynderskapet (11:1 FB). Med förhinder för för-

172 Stenbeck & Lindhagen s. 57.

173 Prop. 1969:25 s. 72.

174 Prop. 1973:32 s. 96 f. Observera att det då krävdes föräldrars samtycke. *(Se vidare 4.4.3.)*

175 Angående gode män i andra fall se 11:2 2 st. FB, 11:3–4 FB samt hänvisningar i SOU 1986:50 s. 105 f. och prop. 1993/94:251 s. 158. Angående god man för ensamma flyktingbarn. Se prop. 1996/97:113.

myndare att utöva förmynderskapet har främst avsetts *faktiska* förhållanden såsom sjukdom eller utlandsvistelse.[176] Kännetecknande är att det faktiska hindret normalt är tidsbegränsat. Finns det anledning att tro att den legale förmyndaren kommer att vara långvarigt eller permanent förhindrad att utöva förmynderskapet bör, i stället för god man, en särskilt förordnad vårdnadshavare eller eventuellt en särskilt förordnad förmyndare utses att företräda den omyndige.[177]

Också *rättsliga hinder* kan föranleda att en god man bör förordnas.[178] Rättsligt hinder föreligger om förmyndare, vårdnadshavare, god man, förvaltare, eller sådans make eller sambo, och den omyndige har motstridiga intressen. Det stadgas därför uttryckligen att god man skall utses om den omyndige och förmyndare, förmyndares make eller sambo har del i oskiftat dödsbo (11:2 1 st. FB). Så skall även ske om den som har förmyndare, god man eller förvaltare skall företa rättshandling eller vara part i en rättegång och behöver hjälp, men inte kan företrädas av förmyndare, god man eller förvaltare (11:2 2 st. FB). Också i vissa andra fall skall god man förordnas för den som har vårdnadshavare, förmyndare, god man eller förvaltare (11:2 3 st. FB). Rättsliga hinder föreligger även när fråga är om entledigande av en särskilt förordnad vårdnadshavare eller entledigande av en särskilt förordnad förmyndare (6:10 c FB, 10:10 FB).[179]

Ett förordnande av god man medför att förmyndarens rätt att företräda den omyndige upphör i den mån den omfattas av den gode mannens uppdrag, till dess den gode mannen entledigats. Däremot berörs inte den omyndiges egen rättshandlingsförmåga av att god man förordnats. I den mån barnet har rättshandlingsförmåga enligt FB består den således också om förmyndaren har ersatts av god man.[180]

Enligt äldre rätt kunde god man för underårig förordnas endast om förmyndaren inte kunde, eller inte borde, företräda barnet. Numera kan som framkommit god man utses om det föreligger motstridiga intressen mellan

176 Grauers s. 73.

177 A.a. Prop. 1993/94:251 s. 103. SFS 1994:1433.

178 Grauers s. 74.

179 A.a. Entledigande av särskilt förordnad vårdnadshavare kan innebära ett behov av god man eftersom förmyndarskapet numera följer vårdnaden. Entledigandet av vårdnadshavaren innebär att även förmyndaren entledigas om inte vårdnaden och förmyndarskapet innehas av olika personer. Prop 1993/94:251 s. 103.

180 Prop. 1993/94:251 s. 138.

en underårig och dennes vårdnadshavare eller vårdnadshavares make eller sambo (11:2 3 st. FB).[181]

Det aktualiserar frågan om intressekonflikter av icke-ekonomisk natur mellan barn och vårdnadshavare skulle kunna föranleda tillsättande av god man.[182] Tillsättande av god man pga. motstridiga intressen har förmodats främst få betydelse i de fall barnets vårdnadshavare inte är förmyndare.[183] Det framkommer inte att ett god mans förordnade i dessa fall skulle påverka vårdnadens omfattning. I stället förutskickas att god man skall utses när en konkret intressekonflikt av ekonomisk natur föreligger mellan vårdnadshavare och barn.[184] En sådan intressekonflikt kan t.ex. uppstå om barnet och en förälder som är vårdnadshavare, men pga. egen omyndighet inte förmyndare, har del i samma dödsbo.

Ytterligare en fråga är om tillsättande av god man pga. intressekonflikt mellan barn och vårdnadshavare även medför att den gode mannen kan överta *vårdnadshavarens befogenheter.* Enligt lagens lydelse skall den gode mannen i *förmyndarens* ställe vårda den underåriges angelägenheter (11:1 FB). *Ipso iure* skall den gode mannen, i likhet med förmyndare, även sörja för huvudmannens person (12:2 FB). Hänvisningen till frågor rörande den omyndiges person skulle kunna tolkas som att godmanskapet kan vidgas till att omfatta en vårdnadshavares uppgifter.[185] Men enligt *Grauers* är det endast gode män som förordnas enligt 11:4 FB (pga. huvudmannens sjukdom, psykiska störningar, försvagat hälsotillstånd eller liknande) som kan ha ett uppdrag som omfattar personlig omvårdnad.[186] Det skulle innebära att god man som utses för underårig normalt inte kan ges ett uppdrag som omfattar omsorg om dennes person. Därmed torde det vara mindre aktuellt att diskutera god mans ansvar för huvudmannens person i relation till vårdnadshavarens befogenheter.

Vad som vidare talar *mot* att vårdnadshavarens befogenheter skulle kunna omfattas av ett godmansförordnande är lagtextens utformning (11:1 FB). Också den traditionella uppdelningen mellan vårdnadshavares och

181 SFS 1994:1433.

182 Rörande kompetensfördelningen mellan bistånd enligt sociallagstiftningen och stöd av gode män, se Walin 1996 s. 346.

183 Prop. 1993/94:251 s. 197. Walin 1996 s. 58. *(Se ovan4.4.1.)*

184 Prop. 1993/94:251 s. 197.

185 Grauers s. 74, 142 f.

186 Grauers s. 142. I doktrinen rörande gode mäns skyldigheter diskuteras ansvar för person i samband med äldre personers behov av hjälp i hemmet, hjälp med personlig omvårdnad o.dyl. Se Grauers s. 96 f. Walin 1996 a s. 61 f. Walin 1996 s. 361 f.

förmyndares befogenheter talar mot en sådan tolkning. Bland konsekvenserna härav märks att den gode mannen då inte skulle kunna ges ett uppdrag som omfattade sådan åtgärder för barnets räkning som formellt faller under vårdnadshavarens behörighet. Den gode mannen skulle därmed inte ha legal behörighet att samtycka till att barnet ingick ett arbetsavtal (6:12 FB). Inte heller skulle den gode mannen ha rätt att ha bestämma över barnets vistelseort, att höras i samband med att barnet ville ingå äktenskap (15:1 ÄktB) eller ansöka om utträde ur svenska kyrkan för barnet (5 § KyrkoL). Vidare skulle den gode mannens ställning som ställföreträdare för barnet enligt socialrätten vara oklar.

Vad som talar *för* att ett godmansförordnande skulle kunna omfatta vårdnadshavarens befogenheter är, för det första, att det finns tendenser till att uppdelningen av föräldrars ansvar i en förmyndare- och en vårdnadsdel skulle något ha minskat i betydelse.[187] Också det förhållandet att förmyndare företräder den omyndige när annan företrädare saknas skulle kunna läggas till grund för en sådan tolkning. I de fall som diskuteras här saknas emellertid inte en vårdnadshavare som formellt skulle kunna företräda barnet. Vad som också talar för en sådan tolkning är rättspraxis. Här förefaller ingen åtskillnad göras mellan god mans befogenheter i förhållande till förmynderskapets respektive vårdnadens omfattning. Som exempel kan nämnas att god mans behörighet att föra talan i frågor om underhåll, som är ett område som faller under vårdnadshavarens kompetens, har varit föremål för HDs prövning i NJA 1985 s. 387. I rättsfallet diskuterades barnets behov av ställföreträdare som sådant. Däremot gjordes ingen åtskillnad mellan vårdnadshavarens och förmyndarens befogenheter. Inte heller diskuterades omfattningen av godmansförordnandet.

I samband med omhändertaganden enligt LVU betonar gällande rätt vårdnadshavarens befogenheter (1 § LVU). Frågor om barnets vistelse och boende uppfattas normalt falla under vårdnadshavarens behörighet. Enligt RÅ 83 2:19 har emellertid god man ansetts äga föra talan enligt LVU. RegR motiverade sitt ställningstagande med att det är förmyndaren som enligt FB är barnets legala ställföreträdare. RegR beaktade således inte den omständigheten att det *ipso iure* är vårdnadshavaren som äger företräda barnet i mål och ärenden enligt LVU.[188]

Avgörandet antyder att förmyndare skulle kunna träda i vårdnadshava-

187 Se prop. 1993/94:251 s. 102 f.

188 Noteras kan emellertid att i lagförarbetena till 1980 års LVU diskuterades föräldrars eller annan vårdnadshavares samtycke. Prop. 1979/80:1 del A s. 581.

res ställe och utföra åtgärder som formellt faller under vårdnadshavarens kompetens. God mans befogenheter att företräda barn vid åtgärder enligt SoL har även varit föremål för JOs prövning.[189]

> En god man hade förordnats för fem syskon vars mor dödats av deras far. Förutom god man utsågs interimistiskt en särskilt förordnad förmyndare och vårdnadshavare för de yngsta av syskonen. Stadsdelsnämnden beslöt att placera tre av syskonen för boende hos sin faster på Rhodos. Beslutet överklagades av den gode mannen. Nämnden anförde att beslutet var helt i överensstämmelse med vårdnadshavarens vilja och att varken den gode mannen eller barnen hade rätt att överklaga. LR fann att stadsdelsnämndens beslut var överklagbart för barnen, men att dessa var underåriga och därmed inte själva fick föra sin talan utan enligt reglerna i FB företräddes av förmyndaren som legal ställföreträdare och att förmyndaren här ersatts av den gode mannen. Den gode mannens talan bifölls.

JO ansåg att stadsdelsnämnden handlade fel när den beslutade om bistånd för tre av barnen utan att inhämta den gode mannens samtycke. JO motiverade sitt ställningstagande genom att framhålla att den gode mannen trätt i vårdnadshavarens ställe.

Också under pågående vård enligt LVU eller enligt SoL kan behov av god man föreligga (42 § SoF). I de fall god man då förordnas sker det rimligen pga. faktiska hinder. Rättsliga hinder föreligger knappast eftersom varken vård enligt LVU eller än mindre enligt SoL innebär att förmyndarens legala befogenheter berörs. Eventuellt skulle god man i dessa fall även kunna utses pga. intressemotsättning mellan barnet och förmyndaren eller vårdnadshavaren (11:2 3 st. FB). En sådan konstruktion kan emellertid ifrågasättas.

En anledning till tveksamhet är att intressemotsättningen mellan barn och ställföreträdare som grund för ett godmansförordnade normalt exemplifieras med konkreta fall av ekonomisk karaktär. En annan anledning är att det förefaller olämpligt att motivera ett god mans förordnande för barn som vårdas enligt LVU eller SoL med att det råder en intressemotsättning mellan barn och förmyndare/vårdnadshavare. En sådan motivering riskerar att bidra till en intressemotsättning. Till det kommer att barnet enligt LVU numera företräds av det offentliga biträdet som särskild ställföreträdare.[190]

189 JO 1993/94 s. 246.
190 Prop. 1994/95:224 s. 44 f. SFS 1995:1244.

I praktiken förefaller således endast i mindre utsträckning göras en åtskillnad mellan befogenheter som ingår i vårdnaden och sådana som ingår i förmynderskapet. Gode män ges befogenheter att företräda såväl vårdnadshavare som förmyndare. En förklaring till det är att vårdnadshavare och förmyndare nästan alltid är samma person. Det är därför inte ändamålsenligt att gode mäns uppdrag begränsas till enbart förmyndarfunktioner. Istället tillvaratas barnets intressen bättre om den gode mannen ges ett uppdrag som även omfattar vårdnadshavarens befogenheter.

Sammantaget upprätthålls emellertid en distinktion mellan vårdnadshavarens och förmyndarens befogenheter i lagstiftningen. Kompetensfördelningen baseras på att vårdnadshavaren har ansvaret för den personliga omvårdnaden och förmyndaren för den underåriges förmögenhet. Denna kompetensfördelning följs dock inte konsekvent utan en viss sammanblandning av vårdnadshavares och förmyndares befogenheter sker. Gode mäns befogenheter utgör ett exempel. Tendenser kan skönjas till att befogenheterna fördelas mellan viktiga och mindre viktiga beslut rörande den omyndige. Vårdnadshavarens kompetens omfattar de mindre långtgående besluten. Hävande av faderskap respektive fastställande av faderskap kan ses som exempel. Enligt min uppfattning finns det anledning att ifrågasätta behovet av en kompetensuppdelning mellan vårdnadshavare och förmyndare, åtminstone i dess nuvarande utformning. *(Se vidare 6.3.3.)*

4.4.2 Vårdnadens omfattning och barn

I det följande diskuteras vårdnadens omfattning i förhållande till barnet. Det kan dels göras utifrån ett rättighets- och skyldighetsperspektiv, dels ur ett tillsyns- och ansvarsperspektiv. Som antytts är dessa funktioner integrerade i varandra. Det är t.ex. en skyldighet för vårdnadshavaren att utöva tillsyn och ansvar över barnet.

Inledningsvis behandlas barnets rätt till tillsyn, omvårdnad och integritet, respektive vårdnadshavarens skyldighet att utöva ansvar och vård över barnet. Därefter behandlas rättigheter och skyldigheter. Särskilt uppmärksammas bestämmanderätten över barns boende, äktenskap och sjukvård samt sekretesskydd. Avsnittet avslutas med en översikt över barns med- och självbestämmanderätt Tidigare har diskuterats rätten att bestämma över barnets religion och skolgång. *(Se ovan 4.3.2.1, 4.3.2.2.)*

4.4.2.1 OMVÅRDNAD OCH TILLSYN

Centrala delar av den civilrättsliga vårdnaden är barns rätt till *omvårdnad* och *tillsyn*. I lagförarbeten och doktrin framhålls som självklart att omvårdnaden omfattar en rätt för barn att få sina materiella och psykiska behov tillfredsställda. Med materiella behov brukar förstås att barnet skall få tillfredsställande försörjning.[191] Psykiska behov exemplifieras med att barnet har rätt till trygghet. Barnet skall »ha någon att lita på», »stabilitet» och få »känna att det behövs».[192]

Barnets rätt till omvårdnad framgår av 6:1 FB. Här stadgas att: »Barn har rätt till omvårdnad, trygghet och en god fostran, aktning för sin person och egenart, samt rätt att inte utsättas för kroppslig bestraffning eller kränkande behandling». Med kränkande behandling förstås handlingar som medför fara för barnets personlighetsutveckling, t.ex. systematisk utfrysning.[193] Misshandel av barn är straffbar enligt 3 kap. BrB. Däremot saknar 6:1 FB självständig sanktion.[194]

Av 6:2 FB framgår att den som har vårdnaden om ett barn har ett ansvar för barnets personliga förhållanden och behov enligt 6:1 FB. Vårdnadshavaren svarar även för att barnet får tillfredsställande försörjning och utbildning samt att barnet står under uppsikt. Detta ansvar anknyter såväl till vårdnadens omvårdnads- och tillsynsaspekter som till rättighets- och skyldighetsperspektivet. De inledande bestämmelserna i 6:1–2 FB infördes som framgått i syfte att ge vårdnadshavarna vägledning vid uppfostran av sina barn.[195]

Vårdnadshavarens tillsynsansvar omfattar numera ett uttryckligt stadgande om att vårdnadshavaren i skadeförebyggande syfte skall svara för att barnets står under uppsikt eller att andra lämpliga åtgärder vidtas.[196] Tillsynsplikten omfattar även en skyldighet att på alla sätt förhindra att barnet begår brott och sträcker sig därmed längre än den straffrättsliga skyldigheten att förhindra brott (23:6 BrB).[197]

Tillsynsplikten utgör dels en skyldighet att vidta förebyggande åtgärder, dels en skyldighet att avvärja att skada uppkommer i en akut situation.[198]

191 Prop. 1981/82:168 s. 23.
192 Walin 1985 s. 154.
193 Walin 1996 s. 178.
194 Sund 1989 s. 21.
195 Walin 1985 s. 154. *(Se ovan 3.2.2.3.)*
196 SFS 1993:1432. Prop. 1993/94:57.
197 Prop. 1993/94:57 s. 8, 26. Prop. 1972:5 s. 592. *(Se vidare 4.4.2.2)*
198 Sund 1989 s. 35 f.

Som förebyggande åtgärder uppfattas allmänna åtaganden såsom att bibringa barnet respekt för annans person och förhindra att barnet utvecklas i negativ riktning. Förebyggande åtgärder skyddar i första hand barnet, men ger även tredje man ett indirekt skydd. De avvärjande åtgärderna utgörs av handlingar som skall förhindra att barnet åsamkar skada i ett konkret fall. Här betonas tredjemansskyddet medan barnet endast indirekt skyddas. *(Se ovan 3.2.2.3.)*

Tillsynsplikten är kopplad till bestämmelserna om skadeståndsansvar enligt 2:1 SkL. En vårdnadshavare är skadeståndsskyldig för skador som barnet orsakat, om vårdnadshavaren uppsåtligt eller av oaktsamhet brustit i sin tillsynsplikt över barnet enligt 6:2 FB. Vårdnadshavarens ansvar utgör ett komplement till barnets. Det är strängare än det allmänna culpaansvaret.[199]

För att vårdnadshavare i praktiken skall åläggas skadeståndsansvar har brist i tillsynsansvar tidigare tolkats som konkret försummelse. I publicerad praxis har främst prövats fall där barn lekt med leksaker som har visat sig vara farliga för små barn att använda.[200] Av sådan praxis framgår att kraven på den tillsynspliktige ställts relativt lågt. Skadestånd grundat på bristande tillsyn har främst utdömts om den tillsynspliktige underlåtit att vidta avvärjande åtgärder för att undvika skada.[201] Det förefaller osäkert om 6:2 2 st. FB kommer att förändra detta.

Sammantaget har tillsynspliktens funktion beskrivits som ett kompletterande skydd för tredje man, alternativt som ett socialt skyddsintresse.[202] Tillsynsplikten skyddar barnet genom att barnet självt inte skall komma till skada men också genom att det kan undgå eventuell egen skadeståndsskyldighet. Främst förefaller dock barnets intressen tillvaratas genom de allmänna uppfostrande inslagen. *(Se vidare 4.4.3.3.2.)*

I viss konflikt med vårdnadshavares tillsynsansvar står barns rätt till *integritet* i förhållande till vårdnadshavaren (6:1 FB). Barns rätt till privatliv och skydd mot insyn är inte absolut, utan inskränkningar måste tålas. De

199 Hellner 1995 s. 268 f. Här kan även erinras om att särskilda regler gäller för barns och ungdoms skadeståndsansvar. Vållande av person- och sakskada regleras i 2:2 SkL. Den som ej fyllt 18 år skall ersätta skadan i den mån det är skäligt med hänsyn till ålder och utveckling, handlingens beskaffenhet, föreliggande ansvarsförsäkring och andra ekonomiska förhållanden samt övriga omständigheter. Strikt ansvar eller principialansvar omfattas ej. Se Hellner 1995 s. 262 f.

200 Hellner 1995 s. 268 f.

201 Sund 1989 s. 188 f.

202 Sund 1989 s. 38 f.

närmare förutsättningarna för sådana är som så ofta beroende av förhållandena i det enskilda fallet. Som exempel kan emellertid nämnas att vårdnadshavaren har rätt att gå in i barnets rum alternativt att få tillträde till barnets lägenhet om det har eget boende.[203]

En formell sida av barns integritetsskydd är rätten att disponera över sekretessbelagda uppgifter. I första hand är det vårdnadshavaren som disponerar över sådana uppgifter till skydd för yngre barn. I undantagsfall kan barnet ges ett sekretesskydd gentemot vårdnadshavaren. Barnet kan då inte efterge sekretesskyddet (14:4 2 st. SekrL). Men sekretessreglerna omfattar endast allmänna handlingar i TFs mening. Frågan om barns integritetsskydd utspelar sig ofta inom privatsfären där dessa regler inte har relevans. *(Se vidare 4.4.2.2.3.)*

Nära knutna till barnets rätt till integritet är de tankegångar som kommer till uttryck i 6:11 FB. Här stadgas att vårdnadshavare i takt med barnets stigande ålder och utveckling skall ta allt större hänsyn till barnets synpunkter och önskemål. Barnet skall få pröva sin förmåga, lära sig att sätta gränser för sitt handlande, ta ansvar och utveckla sina inneboende resurser för att efter hand frigöra sig från vårdnadshavarna.[204] Barnet skall således successivt tillerkännas en medbestämmanderätt, som vid 18 år ålder övergår till självbestämmande. *(Se vidare 4.4.2.2, 4.4.2.3.)*

4.4.2.2 RÄTTIGHETER OCH SKYLDIGHETER

Vårdnadshavarens rättigheter gentemot barnet har beskrivits som »a dwindling right which the courts will hesitate to enforce against the wishes of the child and the more so the older he is».[205] Citatet ger uttryck för den oklarhet som råder i förhållandet mellan vårdnadshavarens rättigheter och barnet, liksom den åtskillnad som bör göras mellan det äldre och det yngre barnet.

I det följande behandlas barnets och vårdnadshavarens rättigheter och skyldigheter med utgångspunkt i 6 kap. FB. Frågan om barns rättigheter i förhållande till det offentliga har diskuterats ovan. Av denna diskussion framkom att barn endast har begränsade möjligheter att självständigt utöva de grundläggande fri- och rättigheterna de formellt tillerkänns enligt

203 Prop. 1981/82:168 s. 60. Walin 1996 s. 178. Se Rättsfonden 1980 s. 69 f. I dagspressen har t.ex. föräldrar uppmanats av polismyndighet att i brottsförebyggande syfte genomsöka sina barns tillhörigheter.

204 Walin 1985 s. 154.

205 Hewer v. Bryant [1970] 1 Q.B. 357 s. 369 refererat i Bromley & Lowe s. 300.

RB, Europakonventionen och Barnkonventionen. Istället skyddas föräldrarnas rätt att bestämma över sina barn.

Vidare framkom att föräldrarnas bestämmanderätt inskränks först när barnets behov kränkts i sådan omfattning att barnet löper allvarlig risk att fara illa. Möjligheterna till offentligrättsliga ingripanden i vårdnadshavarens rätt att utöva vårdnaden bygger då på att *barnets bästa* inte respekteras. Däremot saknas möjligheter att ingripa om barnets *rättigheter* kränkts av vårdnadshavaren utan att kränkningen innebär att även ett passivt barnets bästa träds för när, så att det föreligger en påtaglig risk för barnets hälsa och utveckling.

Utöver FB och grundlag berörs som framkommit vårdnadens omfattning av annan författning. Den har ofta form av skyddslagstiftning. Sådan lagstiftning kan inskränka både vårdnadshavarens rätt och barnets eventuella själv- och medbestämmanderätt. Ett exempel utgör arbetsrättslig lagstiftning. Som en följd av denna får ett barn inte, oberoende av vårdnadshavarens samtycke och egen vilja, fritt förfoga över sin arbetskraft. I 5 kap. AML stadgas att den som är minderårig inte får anlitas som arbetstagare eller liknande före det kalenderår han fyller 16 år eller innan han har fullgjort sin skolplikt. Den som fyllt 13 år får dock anlitas till att utföra arbete som inte är av sådant slag att det kan inverka skadligt på den unges hälsa eller skolgång. I begränsad omfattning får undantagsföreskrifter meddelas, men normalt råder förvärvsförbud för den som inte fyllt 13 år. *(Se vidare 4.4.2.3.)* Andra legala begränsningar av barns rättigheter som indirekt påverkar vårdnadens omfattning återfinns t.ex. i 12 § körkortslagen (1977:477) med åldersrekvisit för ungas rätt att få körkort och 7–9 §§ alkohollagen (1994:1784) med förbud om försäljning av alkohol av och till unga.[206]

Vårdnadshavarens bestämmanderätt över barnet begränsas även av straffrättsliga bestämmelser enligt vilka barnet åtnjuter ett särskilt skydd. I de flesta fall är straffstadgandena inte specifikt riktade mot vårdnadshavare eller förälder, utan mot en förövare vilken som helst. Så är t.ex. fallet angående människorov (4:1 BrB), utnyttjande av barn i pornografi (16:10 c BrB) och förledande av ungdom (16:12 BrB). Bland de straffstadgandena som tar sikte på föräldrar märks 3:3 BrB om barnadråp i samband med förlossning, 6:4 BrB och 6:6 BrB om sexuellt umgänge med avkomling samt 7:4 BrB om egenmäktighet med barn. Förälder, andra uppfostrare och för-

206 Se vidare SOU 1996:111. *(Se ovan 2.1.)*

myndare, har också ett uttryckligt ansvar för att förhindra att barn begår brott (23:6 2 st. BrB).

Den civila vårdnaden formuleras i de inledande bestämmelserna i 6 kap. FB som barnets rättighet och vårdnadshavarens ansvar. Av 6:11 FB framkommer emellertid att vårdnadshavaren inte bara har skyldigheter utan också rättigheter i förhållande till barnet:

> Vårdnadshavare har rätt och skyldighet att bestämma i frågor som rör barnets personliga angelägenheter. Vårdnadshavaren skall därvid i takt med barnets stigande ålder och utveckling ta allt större hänsyn till barnets synpunkter och önskemål.

Bestämmelsen i 6:11 FB tar sikte på vårdnadshavarens bestämmanderätt, men tillerkänner även barnet medbestämmanderätt. Definitionen av vårdnad såsom den formuleras i 6:1 FB utgår däremot från barnets rättigheter. *(Se ovan 4.4.2.1.)*

Samspelet mellan lagrummen är svårtolkat. Vårdnadshavare har t.ex. en bestämmanderätt över barnet, men barnet har inte längre någon legal lydnadsplikt till sina föräldrar enligt svensk rätt.[207] Barnets eventuella lydnadsplikt faller numera helt under vårdnadens icke-lagreglerade, moraliska del. Det offentliga kräver i och för sig respekt för grundläggande normer av såväl barn som vuxna. Bryter barnet mot dessa kan det medföra att barnet omhändertas enligt 3 § LVU (pga. eget beteende) eller att straffrättsliga ingripande enligt BrB aktualiseras. Det senare förutsätter att barnet har fyllt 15 år. Dessa ingripanden utgör emellertid reaktioner på att barnet inte följer samhällets normer. Däremot är de inte en direkt följd av att barnet inte lyder vårdnadshavaren. *(Se vidare 4.4.2.3.)*

Barnet har således inte *ipso iure* någon legal lydnadsplikt gentemot föräldrarna. Å andra sidan har samhället som framgått endast begränsade möjligheter att träda in på barnets sida vid konflikter mellan barnet och vårdnadshavaren. Oaktat att hänsyn skall tas till barnets medbestämmanderätt i takt med stigande ålder och utveckling, har vårdnadshavaren rätt och skyldighet att bestämma i de flesta frågor som rör barnets personliga angelägenheter. *(Se vidare 4.4.2.2.1–4.)*

I det följande belyses förhållandet mellan vårdnadshavares och barns rättigheter enligt FB. De konkreta frågor som diskuteras här är: rätten att bestämma var barnet skall vistas, rätten att besluta om barnets äktenskap,

207 Det förhåller sig annorlunda i andra rättsordningar. Enligt fransk rätt skall barn efter bibliskt mönster hedra sin fader och moder (art. 371 C.civ).

rätten att besluta om sjukvård för barnet, inklusive rätt till abort och preventivmedel samt vissa sekretessfrågor. Genomgången avrundas med en diskussion om barnets med- och självbestämmanderätt.

4.4.2.2.1 Boende och rörelsefrihet

Att vårdnadshavaren har rätt att bestämma över barnets vistelse har konstaterats i många sammanhang. Så gjordes t.ex. av lagberedningen i samband med införandet av 21 kap. FB om verkställighet av domar och beslut om vårdnad och umgänge m.m. Det har härvid framhållits att vårdnadshavaren inte ansetts kunna avstå från sina befogenheter genom avtal eller liknande.[208] Europadomstolen har funnit att vårdnadshavaren har en långtgående rätt att bestämma var barnet skall vistas.[209] *(Se ovan 4.2.1.1.)*

Svensk offentligrättslig praxis bekräftar vårdnadshavarens rätt att bestämma över barnets vistelse. De fall som har varit föremål för RegRs bedömning rör tonårsbarn i konflikt med sina föräldrar. Anledningen till att de prövats av allmän förvaltningsdomstol har varit att barnen behövt bistånd enligt SoL för att kunna finansiera ett eget boende. I de aktuella fallen hade barnen uppnått en sådan ålder att 6:11 FB *in fino*, om det äldre barnets ökade självbestämmanderätt, var tillämplig. Av RegRs ställningstaganden framkommer att socialnämnd åtminstone inte tidigare kunnat ge bistånd till barn, utan vårdnadshavares tillstånd om inte 2 § LVU varit tillämplig.[210]

Rättsläget är emellertid under förändring. Enligt förslag skall 50 § SoL kompletteras så att socialtjänstens rätt och skyldighet att i vissa fall genomföra en utredning utan vårdnadshavarens samtycke förtydligas.[211] Bl.a. mot bakgrund av detta förslag, har JO inte funnit anledning att kritisera att bistånd till uppehälle och babyutrustning mot vårdnadshavarens vilja utgått till en sjuttonårig flicka enligt 6 § SoL.[212]

Att vårdnadshavaren har rätt att bestämma över barnets boende är naturligtvis inte synonymt med att vårdnadshavaren helt kan styra barnets rörelsefrihet. Självfallet måste vårdnadshavaren för att kunna ge det växande barnet en god fostran och omvårdnad ge det en viss rörelsefrihet. Den närmare omfattningen av en sådan rörelsefrihet låter sig svårligen beskri-

208 NJA II 1967 s. 507. Se även Malmström 1956 s. 129.

209 ERD 144 (1988, Nielsen).

210 RÅ 1983 2:18, RÅ 1983 2:14 Se även RÅ 1989 not 169. Se dock JO 1989/90:1 s. 219, JO dnr 370–1991.

211 Prop. 1996/97:124 s. 109 f.

212 JO 1996/97 s. 252.

vas med utgångspunkt i lagbestämmelserna. Några aspekter kan dock framhållas.

Barn måste t.ex. ha frihet att lämna hemmet för att fullfölja sin skolplikt. Vidare kan alltför långtgående inskränkningar i barnets rörelsefrihet medföra att vård enligt 2 § LVU aktualiseras. Men missförhållandena måste då vara så grava att det föreligger en påtaglig risk för att den unges hälsa eller utveckling skadas. *(Se vidare 5.3.2.)*

Begränsningar av barnets rörelsefrihet är kopplade till vårdnadshavarens tillsynsansvar. Föreligger risk att barnet orsakar skada, har vårdnadshavaren som en följd av tillsynsansvaret skyldighet att begränsa barnets rörelsefrihet. Mer oklart förefaller det vara om vårdnadshavaren kan förbjuda barnet att lämna hemmet för att utnyttja sin grundlagsenliga rätt att t.ex. delta i en demonstration eller ett föreningsmöte. Rimligen torde dock barnets deltagande t.ex. i en rasistisk demonstration kunna aktualisera vårdnadshavarens tillsynsansvar i sådan omfattning att denne kan begränsa barnets rörelsefrihet och förbjuda deltagandet. *(Se vidare 6.3.1.)*

4.4.2.2.2 Äktenskap

Äldre rätts krav på samtycke från förmyndare vid underårigs äktenskap har som påpekats ersatts av dispens från länsstyrelsen.[213] Vårdnadshavare skall därvid beredas tillfälle att yttra sig och har rätt att överklaga (15:1 ÄktB). Dispens kan visserligen meddelas utan vårdnadshavares samtycke (2:1 ÄktB). Men när bestämmelserna om giftomans samtycke togs bort år 1973 anförde departementschefen att han fann det naturligt att föräldrarnas inställning tillmättes stor betydelse. Han erinrade även om att ungdom under denna ålder inte hade någon juridisk rätt att utan föräldrars samtycke bryta sig ur hushållsgemenskapen och bilda eget hushåll.[214]

Frågan om underårigs möjlighet att ingå äktenskap har berörts i två fall från RegR. I det ena fallet var vårdnadshavarna positiva till att barnet gifte sig, i det andra negativa.

> I RÅ 1988 ref. 100 var fråga om en sjuttonårig finsk flicka som sökte dispens för äktenskap. Flickan var 16 år när ärendet anhängiggjordes. Hon uppgav inför socialförvaltningen att hon själv inte hade så bråttom att gifta sig, men att hennes familj var leastadianer och inte accepterade att hon var sammanboende utan att vara vigd. Länsstyrelsen avslog ansökan med hänvisning till hennes bristande mognad. Flickan anförde besvär. KamR betonade i sitt avslag att flickan inte

213 Tottie s. 52 f. Prop. 1973:32 s. 95 f. *(Se ovan 4.4.1.2.)*
214 Prop. 1973:32 s. 96.

gett uttryck för att äktenskapet var hennes egen önskan. I besvär hos RegR uppgav flickan bl.a. att hon själv tyckte att det var en stor synd att sammanbo utan att vara gift. RegR biföll besvären med motiveringen att flickan hunnit fylla 17 år, att hon sammanbott med mannen i över ett år, att hennes föräldrar samtyckt och att det fick antas att hennes önskan att ingå äktenskap främst berodde på religiös övertygelse samt att äktenskapsåldern för kvinnor enligt finsk rätt fram till årsskiftet 1987/88 varit 17 år.

I det andra rättsfallet från RegR motsatte sig vårdnadshavaren att barnet ingick äktenskap. Det får därmed mer gemensamt med den situationen att en tonåring inte vill bo hemma som diskuterats tidigare.[215] *(Se ovan 4.4.2.2.1.)*

I RÅ 1991 ref. 39 ansökte en sextonårig flicka om tillstånd att ingå äktenskap, bl.a. med motiveringen att hon och hennes pojkvän enligt pingstkyrkans regler inte fick sammanbo utan att vara vigda. Tillstånd beviljades av länsstyrelsen. Flickans föräldrar överklagade. Det framgick att flickan var i konflikt med föräldrarna och vistats i familjehem innan hon flyttade ihop med sin pojkvän. Socialnämnden avstyrkte att flickan medgavs äktenskapsdispens med motiveringen att hon gav ett omoget intryck. KamR avslog ansökan. Vid tiden för RegRs prövning hade flickan hunnit fylla 17 år. RegR biföll ansökan och anförde bl.a. följande: »Mot bakgrund av den konflikt som under lång tid förelegat mellan [flickan] och hennes föräldrar/vårdnadshavare måste dessas uppfattning röranде det sökta tillståndet tillerkännas mindre betydelse än vad som eljest skulle ha varit fallet».

I de båda avgörandena betonades således betydelsen av vårdnadshavares inställning generellt. Utgången i RÅ 1991 ref. 39 antyder emellertid att betydelsen av vårdnadshavarens uppfattning skulle påverkas av den faktiska kontakten och de emotionella banden mellan barn och vårdnadshavare.

Tidigare har konstaterats att ett barn inte har rätt att flytta hemifrån utan vårdnadshavares tillstånd. Om barnet däremot vill gifta sig och flytta hemifrån är det en handling som ligger utanför vårdnadshavarens bestämmanderätt. Det gäller trots att vårdnadshavarens legala befogenheter upphör som en följd av vigseln. Istället är barnets rätt att ingå äktenskap avhängigt länsstyrelsens beslut. Det är frestande att dra en parallell mellan RÅ 1991 ref. 39 och »vill inte bo hemma fallen». I konsekvens härmed skulle ett pragmatiskt råd till den tonåring som tvingas att bo hemma vara: »Sök äktenskapsdispens och gift dig!»

215 T.ex. RÅ 1983 2:18, JO 1989/90 s. 219 f.

4.4.2.2.3 Medicinska frågor

Ytterligare ett område där omfattningen av vårdnadshavares bestämmanderätt aktualiseras är i samband med medicinsk vård för barnet. Hälso- och sjukvårdslagstiftningen innehåller ett principiellt krav på samtycke från patienten (2 a § HSL). En första fråga är om det är vårdnadshavarens eller barnets samtycke som krävs i frågor rörande sjukvård för barnet. Barnets rätt till självbestämmande enligt 6:11 FB har tolkats som att barnet har en relativ beslutskompetens i frågor rörande medicinsk vård och behandling. Barnets beslutskapacitet är då avhängigt dels dess ålder och mognad, dels den medicinska åtgärdens nödvändighet.[216]

Det finns vissa lagstadgade åldersgränser i samband med medicinsk vård. Barn som fyllt 15 år har processbehörighet enligt 44 § LPT, den som är under 8 år får inte ges medicinsk behandling av någon som inte står under socialstyrelsen tillsyn, den som är yngre än 23 år får inte kastreras, 25 år är åldersgräns för fri sterilisering, 18 år för sterilisering pga. genetisk eller medicinsk indikation, 18 år är även åldersgräns för fastställande av könstillhörighet. Vid organdonation är 18 år åldersgräns för att samtycka till donation. Vårdnadshavare kan lämna samtycke till att yngre barn donerar organ, men då krävs även barnets samtycke.[217]

Vårdnadshavarens samtycke är inte en förutsättning för att barnet skall få sjukvård, åtminstone inte livsviktig vård. I syfte att garantera barnet vad som av medicinsk sakkunskap bedöms som nödvändig vård kan det offentliga begränsa vårdnadshavarens bestämmanderätt. En möjlig väg att göra det på är att omhänderta barnet enligt 2 § LVU under åberopande av att det föreligger »påtaglig risk för den unges hälsa». I praktiken finns exempel på sådana ingripanden för att garantera barnet livsviktig behandling och för att skydda barn mot olämpliga medicinska ingrepp.[218]

Frågan kompliceras om också barnet motsätter sig vård. Som så ofta görs här en bedömning med utgångspunkt i barnets ålder och mognad samt ingreppets art. Som ett riktmärke kan noteras att 15 år av Läkarsäll-

216 Rynning s. 286 f. Se dock SOU 1991:63 s. 118. Erinras kan om att sekretess inom t.ex. hälso- och sjukvård kan gälla även i förhållande till vårdnadshavaren. Så kan ske om ett äldre barn lämnar uppgifter till läkare eller om barnet skulle lida betydande men om uppgiften röjs för vårdnadshavaren (7:1, 14:4 2 st. SekrL). Prop. 1979/80:2 s. 330. Se Sverne & Sverne s. 48 f. *(Se vidare 4.4.2.2.4.)*

217 SOU 1996:111 s. 172 f.

218 Se t.ex. KamR i Sthlm mål nr 1987–1991, beslut meddelat 1991–06–27. Se även det engelska rättsfallet Re D (A Minor) (Wardship: Sterilisation) [1976] Fam 185, [1976] 1 All ER 326. Anmärkt i Bromley & Lowe s. 473. *(Se dock 5.5.4.)*

skapets etiska delegation och Socialstyrelsen ansetts vara den ålder när ett barn har rätt att avböja blodtransfusion.[219] Analogt härmed är det rimligt att förmoda att en femtonåring kan avböja även operativa ingrepp. Här kan dock nödbestämmelserna aktualiseras. Är vårdbehovet, t.ex. efter en allvarlig trafikolycka, så akut att vidtagande av normala förberedelser, som inhämtande av samtycke, inte kan avvaktas skall medicinsk vård ges.[220]

En annan fråga är om vårdnadshavarens samtycke är tillräckligt för att barnet skall ges medicinsk vård mot barnets egen vilja. Frågan har främst betydelse för det äldre barnet. Europadomstolens bedömning i *Nielsen mot Danmark* kan tolkas som att vårdnadshavaren kan besluta om medicinsk vård och hospitalisering mot ett tolvårigt barns vilja.[221] Det har emellertid ifrågasatts om sjukvård skall kunna ges barnet mot dess vilja om inte nöd föreligger.[222] Som grund för ett sådant ifrågasättande har åberopats 2:6 RF. Här stadgas att varje medborgare, gentemot det allmänna är skyddad mot påtvingade kroppsliga ingrepp. Som noterats är emellertid barn i stor omfattning underställda vårdnadshavarens bestämmanderätt vid utövandet av sina grundlagsenliga rättigheter. Under förutsättning av att det är förenligt med medicinsk etik torde därmed vårdnadshavare kunna samtycka till sjukvård för ett yngre barn mot dess egen vilja. Analogt med vad som sagts om femtonåringars rätt att avböja medicinsk vård torde däremot vårdnadshavarens samtycke inte vara tillräckligt för det fallet ett äldre barn avböjer medicinsk vård.

Ytterligare en fråga är om barnet självständigt, utan stöd av socialnämnd och ett eventuellt omhändertagande enligt LVU, kan erhålla vård utan vårdnadshavarens samtycke. Barnet, och framförallt det äldre barnet, förefaller ha större självbestämmanderätt vad avser rätt att erhålla sjukvård än på många andra områden som behandlats här.

Vid ett så pass omfattande ingrepp som *abort* har vårdnadshavare ingen legal befogenhet att påverka en omyndig flickas val att göra abort. Enligt AbortL görs ingen åtskillnad på myndiga och omyndiga kvinnor. Enligt äldre rätt, 5 § lagen (1938:318) om avbrytande av havandeskap, skulle där-

219 Rynning s. 289. Att det kan råda oklarhet om det är vårdnadshavaren eller barnet som motsätter sig vård framgår av RÅ 1996 ref. 61. I avgörandet medgavs vård enligt 2 § LVU därmed ansågs vårdnadshavaren ha huvudansvaret för att barnet ej fått tillräcklig vård. *(Se vidare 5.3.)*

220 Se Rynning s. 365 ff.

221 ERD 144 (1988, Nielsen).

222 Jacobsson s. 36 f. Rättsfonden 1981 s. 66. Se även Rynning s. 287. Enligt henne krävs samtycke från såväl vårdnadshavare som det äldre barnet.

emot en kvinnas vårdnadshavare höras om hon var under 20 år. Genom AbortL avskaffades denna bestämmelse med hänvisning till att den föreslagna lagstiftningen byggde på kvinnans eget ställningstagande. En omyndig flickas rätt till abort utan vårdnadshavares tillstånd diskuterades för övrigt endast summariskt i lagförarbetena till AbortL.[223]

Frågan om vårdnadshavares rätt att bestämma över sina barns användande av preventivmedel enligt engelsk rätt ställdes på sin spets i det omskrivna rättsfallet *Gillick*.[224]

> Avgörandet rörde en mor som hävdade att hon hade rätt att bestämma att hennes minderåriga döttrar inte skulle få preventivmedel eller information om preventivmedel utan hennes tillstånd. Modern förlorade med en rösts övervikt i House of Lords. Majoritetens linje innebar ett förkastande av den absoluta föräldramakt: »parental right yields to the child's right to make his own decisions when he reaches a sufficient understanding and intelligence to be capable of making up his own mind on the matter requiring decisions».

Rätten att använda *preventivmedel* och möjligheten att göra abort är ytterst en fråga om rätt till den egna *sexualiteten*.[225] I Sverige uppmanas tonåringar aktivt av skolhälsovård m.m. att använda preventivmedel i syfte att skydda sig mot vissa negativa effekter av sexuell samvaro. Sådana uppmaningar kan tolkas som en maning att utforska den egna sexualiteten. Eftersom frivillig sexuell samvaro med personer över 15 år inte är straffbar är det också rimligt att barn som fyllt 15 år informeras om preventivmedel. Däremot kan det mot bakgrund av straffstadgandet i 6:4 BrB diskuteras om yngre barn skall ges tillgång till preventivmedel. Skyddsaspekt medför emellertid att det vore orimligt om barn under 15 år inte fick rätt till preventivmedel. JO har anfört att lämplighetsskäl talar för att föräldrarna bör informeras om en trettonåring får p-piller. Däremot uppfattar JO det som mindre lämpligt att föräldrarna regelmässigt informeras om en sjuttonåring får det.[226] *(Se vidare 4.4.2.2.4.)*

223 Prop. 1974:70. Se Jacobsson s. 35 f. Se även Prop. 1969:25 s. 76. Däremot har omyndiga flickor och abort diskuterats i samband med sekretessfrågor. Det har föreslagits att omyndiga fllickor skall rekommenderas att berätta för sin vårdnadshavare om ingreppet. Men motsätter sig flickan det skall hennes vilja respekteras. Prop. 1988/89:67 s. 36 f. *(Se vidare 4.4.2.2.4.)*

224 Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority [1986] 1 A.C. 112. Anmärkt bl.a. i Bainham 1988 s. 46 f.

225 Smith & Lödrup s. 81.

226 JO 1992/93 s. 439 f.

En svårare fråga är hur det äldre barnets rätt att positivt bestämma över sin egen sexualitet förhåller sig till vårdnadshavarens tillsynsskyldighet och bestämmanderätt. Argument kan, som så ofta, anföras såväl för som emot en mer långtgående bestämmanderätt för vårdnadshavaren. *För* att vårdnadshavaren skulle ha en relativt omfattande bestämmanderätt, och t.ex. kunna förbjuda en tonårsdotter att sova över hos sin pojkvän, talar det förhållandet att vårdnadshavare har en bestämmanderätt och tillsynsskyldighet. *Mot* att vårdnadshavaren skulle ha en sådan bestämmanderätt talar den omständighet att det uppfattas som en viktig del i barnets utveckling att få utforska sin sexualitet.[227]

Sammanfattningsvis är vårdnadshavarens bestämmanderätt föremål för vissa inskränkningar i samband med beslut om sjukvård för barnet. Inskränkningarna gäller såväl i relation till barnet som i relation till det offentliga. En orsak till detta är rimligen att sambandet mellan ett passivt barnets bästa och rätten till sjukvård ofta är tydligare här än på många andra områden.

4.4.2.2.4 Sekretess

Vårdnadens omfattning påverkas av offentlighetsprincipen och lagstiftning om sekretess. Här diskuteras översiktligt vårdnadshavares och barns rätt att ta del av uppgifter som är sekretessbelagda med hänsyn till skydd för barnets personliga förhållanden.[228]

Utövandet av vårdnadshavarens skyldigheter gentemot barnet förutsätter att vårdnadshavaren har god insyn i barnets förhållanden. För att vårdnadshavaren skall kunna fullfölja sitt vårdnadsansvar krävs således att han får del av viss information från t.ex. skola, hälsovård och socialtjänst, dvs. myndigheter vars verksamhet omfattas av offentlighetsprincipen, med beaktande av bestämmelserna till skydd för enskilds personliga förhållande. Men det finns också ett antal situationer när barnet har behov av ett integritetsskydd gentemot vårdnadshavaren. Förhållandena kan exemplifieras med vårdnadshavares rätt att ta del av barnpsykiatriska undersökningar

227 De negativa extremfallen regleras i offentlig rätt. I den mån vårdnadshavaren utnyttjar barnet eller utsätter det för övergrepp är det självfallet straffbart enligt BrB. Det kan också vara grund för att barnet omhändertas enligt 2 § LVU i syfte att skydda det mot övergrepp. *(Se vidare 5.3.2.)* Lever barnet promiskuöst kan det utgöra grund för omhändertagande enligt 3 § LVU.

228 Sekretesslagstiftningen diskuteras närmare i doktrinen. Se t.ex. Norström & Sverne, 1992, 1994, 1997.

rörande yngre barn och den äldre flickans rätt att förbjuda att vårdnadshavaren skall informeras om hennes abort.[229]

Gäller sekretess till skydd for omyndigs personliga förhållanden är det enligt huvudregeln barnets vårdnadshavare som har att ta del av uppgifter som är skyddade i barnets intresse. Barnets intressen uppfattas normalt som synonyma med vårdnadshavarens. Det är även vårdnadshavaren som kan efterge sekretess som gäller till barnets förmån.[230] Denna regel är dock försedd med undantag.

Till att börja med är vårdnadshavarens rättigheter i princip begränsade till att omfatta *yngre barn*. Är det fråga om *äldre barn* anses de i många fall själva förfoga över rätten att ta del av sekretessbelagda uppgifter samt att efterge sekretessen. I vissa fall kan krävas samtycke av såväl vårdnadshavare som av barnet. Ett exempel på en situation när det äldre barnet förfogar över sekretessbelagda uppgifter är när barnet själv lämnat dessa till t.ex. läkare. Den omyndige måste då efterge sekretessen, också i förhållande till vårdnadshavare.[231] Undantag kan emellertid göras så att vårdnadshavaren kan få ta del av sekretessbelagd uppgift rörande ett äldre barn. Det kan ske med stöd av 1:5 SekrL. Här regleras myndighets rätt att lämna ut sekretessbelagda uppgifter, om det är nödvändigt för fullföljandet av myndighets uppgifter. Som exempel nämns det fallet att sociala myndigheter informerar föräldrar om att barnet har missbruksproblem.[232] Ytterligare ett exempel är polis och åklagares skyldighet att informera vårdnadshavare eller annan som svarar för den unges vård om den unge är skäligen misstänkt för brott för vilket fängelse kan följa.[233]

De åldersgränser som diskuteras i samband med sekretess är följande. Från cirka 15 år anses en person själv disponera över sekretessen. Är barnet under 12 år anses han normalt inte kunna kräva att få ta del av sekretessbelagda information. Mellan 12 och 15 år förordas en individuell prövning med beaktande av sakens natur och barnets mognad.[234]

Det kan framhållas att en förälder som inte har del av vårdnaden normalt inte har rätt att ta del av sekretessbelagda uppgifter om barnet.[235] Men även denna regel är försedd med undantag. Enligt KU finns ett visst ut-

229 T.ex. SOU 1987:7 s. 142. Prop. 1988/89:67 s. 35. Se även JO 1992/93 s. 439.

230 Bolin 1996 s. 189 f.

231 Prop. 1979:80:2 s. 330. Prop. 1988/89:67 s. 36 f.

232 Prop. 1988/89:67 s. 39 f.

233 5 § lag (1964:16) med särskild bestämmelse om ung lagöverträdelse. SFS 1994:1760.

234 Norström s. 55 f.

235 T.ex. Norström s. 63. Se dock 6:15 FB.

rymme för att lämna uppgifter till förälder som inte har del i vårdnaden.[236] KUs ställningstagande bygger på ett uttalande från Socialstyrelsen enligt vilket tolkningen av menrekvisitet i 7:1 SekrL leder till att en sådan förälder kan ta del av sekretessbelagd information. Uppgifter kan även lämnas med stöd av 1:5 SekrL. Frågan har prövats i ett antal fall. Bland dessa kan följande nämnas. *(Se vidare 4.4.3.3.1.)*

I RÅ 1994 not 341 medgavs inte en förälder som interimistiskt skilts från vårdnaden rätt att ta del av dotterns sjukjournal. I RÅ 1994 not 335 fick en förälder som inte var vårdnadshavare rätt att ta del av de delar i en barnavårdsutredning som inte direkt rörde vårdnadshavaren. I RÅ 1994 not 107 gavs en förälder som inte var vårdnadshavare rätt att ta del av de delar av en utredning om barnet som rörde honom själv. I RÅ 1992 not 573 hade en mor som inte var vårdnadshavare hemställt om att få kopior på alla socialförvaltningens handlingar rörande hennes dotter. Hemställan medgavs delvis. I RÅ 1991 not 359 avslogs en moders, som inte var vårdnadshavare, begäran om att få ta del av hela sin sons sjukhusjournal.

I vissa situationer anses som sagt barn och även yngre barn, behöva ett sekretesskydd gentemot vårdnadshavaren.[237] Så kan vara fallet i samband med sekretess inom hälso- och sjukvården, socialtjänsten och skolväsendet.[238] Kan det antas att den underårige lider betydande men om uppgiften röjs för vårdnadshavaren gäller därför sekretess för uppgift till skydd för underårig också i förhållande till vårdnadshavaren. Sekretessen kan då inte efterges av barnet (14:4 2 st. SekrL). Begreppet »men» har här en vid innebörd. Centralt för bedömningen är den enskildes, barnets, egna upplevelse.[239]

Är barnet omhändertaget enligt LVU kan sekretess angående uppgift om den underåriges adress tillämpas i förhållande till den underåriges föräldrar eller annan vårdnadshavare, om det är nödvändigt med hänsyn till ändamålet med omhändertagandet eller vården (7:5 SekrL).[240] Men med undantag av de fall som omfattas av 7:5 SekrL och 14:4 2 st. SekrL har vårdnadshavare med stöd av 52 § SoL rätt att få ta del journalanteckningar om barnet inom ramen av socialnämnds verksamhet.[241] *(Se ovan 4.3.4.2.)*

236 Bet. 1988/89:KU14 s. 9
237 Prop. 1988/89:67 s. 35 f.
238 SOU 1987:7 s. 137 f.
239 SOU 1994:139 s. 283. Se även JO 1992/93 s. 439.
240 Prop. 1979/80:2 s. 167.
241 JO 1991/92 s. 224.

4.4.2.3 BARNS MED- OCH SJÄLVBESTÄMMANDERÄTT

Barnets rättigheter kan diskuteras i termer av barnets med- och självbestämmanderätt.[242] Barnet tillerkänns en viss *medbestämmanderätt* enligt 6:11 FB. Ett exempel utgör 6:12 1 st. FB där det stadgas att barn som fyllt 16 år, med vårdnadshavarens samtycke, har rätt att själv avtala om anställning eller annat arbete. Eftersom vårdnadshavarens samtycke krävs utgör rätten att avtala om arbete rimligen ett led i barnets medbestämmanderätt. I andra fall visar den tidigare framställningen att gränserna för barnets medbestämmanderätt är svåra att fastställa. Medbestämmanderätt är emellertid begränsad. Den är också beroende av barnets ålder och mognad.

Barnets rätt till *självbestämmande* är än mer begränsad. Ett exempel är barnets rätt enligt 6:12 FB att själv säga upp avtalet och utan ett förnyat samtycke från vårdnadshavaren ingå avtal om arbete av liknande slag. Även flickors rätt att själva fatta beslut om abort och eventuellt vissa andra beslut i samband med hälso- och sjukvård, såsom ungdomars användande av preventivmedel, utgör en självbestämmanderätt för barnet inom ramen av vårdnaden. Också vad som brukar betecknas som barnets »vetorätt» mot t.ex. verkställighet och adoption utgör ett led i självbestämmanderätten (4:5 FB, 21:5 FB).[243] I övrigt förefaller barnets självbestämmanderätt främst påverka förmynderskapets omfattning och inte vårdnadens.

Inom ramen av förmynderskapet märks barnets rätt att råda över egendom i enlighet med vad som skall gälla pga. lag eller följer av villkor vid förvärv genom gåva, testamente eller förmånstagarförordnande vid försäkring eller pensionssparande (9:1 FB). Hit hör också sedvanliga rättshandlingar för det egna hushållet, enligt 9:3 FB, liksom rätt att råda över arbetsinkomst efter fyllda 16 år (9:4 FB) och slutligen rätt för underårig som driver egen rörelse med samtycke av vårdnadshavaren att ingå sedvanliga rättshandlingar (9:5 FB). *(Se ovan 4.4.1.)*

Sammantaget påverkas vårdnadshavarens bestämmanderätt över barnet, och därmed vårdnadens omfattning, endast marginellt av barnets rättigheter. Barnets rätt till själv- och medbestämmande förefaller istället utgöra ett led i lagstiftarens pedagogiska ambition. Självfallet kan det inte uteslutas att den, såsom syftet var, har påverkat relationerna mellan barn och föräldrar på ett sätt som inte låter sig fångas i en rättsvetenskaplig framställning.

242 T.ex. Bromley & Lowe s. 294 f. Smith & Lödrup s. 76 f.

243 Se även 3, 5 §§ KyrkoL.

4.4.3 Vårdnadens omfattning och föräldrarna

Detta avsnitt av kapitel 3 skiljer sig från det föregående genom att föräldrarnas (eller de förordnade vårdnadshavarnas) legala relationer står i centrum. Barnet behandlas därmed inte som ett av vårdnadens subjekt, utan som dess objekt.

Två begreppspar är särskilt relevanta vid analysen av vårdnadens omfattning i förhållande till föräldrarna. Dessa är *ensam* och *gemensam* vårdnad samt *legal* och *faktisk* vårdnad. Normalt utövas vårdnaden av föräldrarna i egenskap av *legala* vårdnadshavare. Med *legal vårdnad* avses en vårdnadshavares rättigheter och skyldigheter enligt lag. Här märks t.ex. rätt att bestämma i vilken skola barnet skall gå och skyldigheten att utöva ansvar över barnet. *Faktisk vårdnad* betecknar den faktiska omvårdnaden, att ta hand om barnet. Den faktiska vårdnaden utövas huvudsakligen av den som barnet bor med.[244]

Har bägge föräldrarna del av den legala vårdnaden och lever de tillsammans med varandra och barnet, överensstämmer den legala vårdnaden med den faktiska. Lever familjen inte tillsammans överensstämmer däremot den faktiska och den legala vårdnaden ofta inte. Har föräldrar som inte lever tillsammans gemensam legal vårdnad sammanfaller den legala vårdnaden med den faktiska endast då barnet befinner sig hos respektive förälder. Bor barnet varaktigt med endast den ena av dem har denne såväl faktisk som legal vårdnad. Den andre föräldern är då, med undantag av kontakttillfällen, endast delaktig i den legala vårdnaden.

I de fall en av föräldrarna har ensam legal vårdnad överensstämmer den faktiska och den legala vårdnaden så länge barnet vistas hos vårdnadshavaren. Däremot överensstämmer den inte om barnet vistas hos den andre föräldern för umgänge. Umgängesföräldern har då del i den faktiska vårdnaden under barnets vistelse hos honom, men inte i den legala vårdnaden. Vårdnaden kan även tillkomma en eller två särskilt *förordnade* vårdnadshavare. Vårdnadens omfattning är dock densamma antingen den utövas av föräldrarna eller av särskilt förordnade vårdnadshavare.

Vid införandet av gemensam vårdnad för ogifta föräldrar 1977 ersattes begreppet »förälder» i 6 kap. FB genomgående av begreppet »vårdnadshavare».[245] En föga diskuterad effekt härav är att de rättigheter, skyldigheter och ansvar som tidigare *ipso iure* tillkom föräldrar, oavsett om de hade del i vårdnaden eller ej, numera endast tillkommer vårdnadshavaren. Det med-

244 Se van Dijk & van Hoof 1990 s. 378 angående *de jure* och *de facto* familjeliv.
245 Prop. 1975/76:170.

för att en förälder som inte är legal vårdnadshavare, oaktat faktisk kontakt, endast kan åläggas begränsade legala skyldigheter visavi sitt barn. *(Se vidare 4.4.3.3.)*

Inledningsvis diskuteras här den gemensamma vårdnadens utformning i några utländska rättssystem. Därefter vårdnadens omfattning vid gemensam vårdnad och ensam vårdnad enligt svensk rätt. Särskilt uppmärksammas frågor om underhåll vid gemensam vårdnad samt umgänge, information och ansvar vid ensam vårdnad.

4.4.3.1 NÅGOT OM GEMENSAM VÅRDNAD I UTLÄNDSK RÄTT

I de flesta västerländska rättssystem får numera *gifta* föräldrar gemensam legal vårdnad i samband med barnets födelse. Förutsättningarna för att ogifta och frånskilda föräldrar skall få gemensam vårdnad varierar mellan de skilda rättssystemen. Likaså har det legala institutet gemensam vårdnad i ett internationellt perspektiv getts en något varierande utformning. Genomgången begränsas till nordisk och engelsk rätt.[246]

Enligt *norsk rätt* har gifta föräldrar gemensam vårdnad. Ogifta och frånskilda föräldrar kan avtala om gemensam vårdnad. Enligt praxis kan gemensam vårdnad utdömas mot den enas men inte mot bägge föräldrarnas vilja.[247] Till skillnad från t.ex. svensk och dansk rätt är de gemensamma vårdnadshavarnas respektive befogenheter, när den faktiska vårdnaden inte är gemensam, uttryckligen reglerad i 34 § 4 st. norska Barneloven.[248] Här stadgas:

> Har foreldra foreldreansvaret saman, men barnet bur fast saman med berre den eine, kan den andre ikkje setje seg mot at den barnet bur saman med, tek avgjerder som gjeld den direkte daglege omsuta for barnet, m.a. spörsmålet om barnet skal vere i barnehage o.l. Den som barnet ikkje bur saman med fast, kan heller ikkje setje seg mot at den andre flytter med barnet til ein annan stad i landet.

Som framgår av den norska lagtexten har den av de gemensamma vårdnadshavarna, som har barnet boende hos sig, en uttrycklig rätt att ensam bestämma i frågor som rör den dagliga omsorgen. Som exempel på sådana vardagliga frågor nämns beslut om förskola och barnomsorg och flytt inom landet. Däremot anses val av skola och »forpliktende foreningsliv» inte in-

246 Se för en bredare framställning t.ex. Dopffler 1994.

247 Smith & Lödrup s. 84 f.

248 Lov 8. april 1981 nr 7 om barn og foreldre. Ny ordalydelse sommaren 1997.

gå i den dagliga omsorgen utan måste beslutas gemensamt av vårdnadshavarna. Likaså skall vårdnadshavarna tillsammans bestämma om huvuddragen i barnets aktiviteter under loven.[249]

Den av föräldrarna som inte bor med barnet har rätt till umgänge, om inte annat är bestämt. Föräldrarna har ett ömsesidigt ansvar för umgänget.[250] En förälder som inte har del av vårdnaden har rätt till information om barnet. Rätten till information gäller såväl i förhållande till vårdnadshavare som i förhållande till myndighet. Det betyder att bägge föräldrarna direkt kan begära information om barnet från t.ex. skola. En förälder som inte är vårdnadshavare behöver alltså inte vända sig till vårdnadshavaren för att få sådan information om barnet. Rättigheten begränsas om sekretess gäller i förhållande till någon av föräldrarna. Rätten till information kan även inskränkas om det vore till skada för barnet att upplysningar lämnades ut.[251]

Enligt *dansk* rätt har gifta föräldrar gemensam vårdnad och ogifta föräldrar kan avtala om gemensam vårdnad. Är vårdnaden gemensam är utgångspunkten att alla väsentliga frågor kräver enighet mellan vårdnadshavarna. Domstol kan inte lösa tvister om den gemensamma vårdnadens utformning. Är däremot en eller bägge av vårdnadshavarna förhindrade att fatta beslut angående vårdnaden, kan *statssamtet* bestämma vem som skall utöva vårdnaden så länge hinder föreligger. Verkställbart umgänge kan fastställas till förmån för den förälder som inte har barnet boende hos sig, oavsett om denne har del av vårdnaden eller inte. Grund för verkställighet kan vara bl.a. godkänt avtal, myndighets beslut och dom.[252]

Enligt *finsk rätt* är vårdnaden gemensam, om föräldrarna är gifta vid barnets födelse. Efter äktenskapsskillnad har föräldrarna fortsatt gemensam vårdnad, om de inte avtalat annat eller domstol beslutat annorlunda. Enligt finsk rätt kan avtal om vårdnad fastställas såväl av socialnämnd som av domstol. Gemensam vårdnad kan ådömas föräldrar mot deras vilja. Är föräldrarna överens om att en av dem skall ha ensam vårdnad, bör detta normalt respekteras. Motsatsen förekommer dock.[253] Verkställbart umgänge kan fastställas vid gemensam vårdnad.[254]

Föräldrarnas faktiska samlevnad tillmäts stor betydelse för frågan om gemensam vårdnad enligt *isländsk rätt*. Är föräldrarna gifta eller samman-

249 Backer s. 224. Smith & Lödrup s. 106.
250 Se SOU 1995:79 s. 220.
251 Smith & Lödrup s. 111.
252 16 § lov nr 387 af 14 juni 1995 om foraeldremyndighet og samvaer.
253 Kurki-Suonio 1995 s. 184 f.
254 Se SOU 1995:79 s. 201 f.

boende vid barnets födsel, blir vårdnaden gemensam. I annat fall är modern vårdnadshavare. Föräldrar som inte har gemensam vårdnad kan ingå avtal om vårdnad och om var barnet skall bo. Föräldrarna kan när som helst kräva att avtalet hävs. Barnet har rätt till umgänge med den av föräldrarna som inte har del i vårdnaden. Bägge föräldrarna är skyldiga att utöva umgänge med barnet och påta sig de förpliktelser som det innebär.[255]

Den engelska *The Children Act 1989*, huvudsakligen i kraft från 14 oktober 1991, har betecknats som »the most comprehensive and far reaching reform of child law which has come before Parliament in living memory».[256] Den har även uppfattats som en historisk möjlighet att åstadkomma en rationell lagstiftning rörande omsorg och uppfostran av barn. Lovorden bör ses mot bakgrund av att den engelska barn- och föräldrarätten tidigare utgjorde ett av det mer konservativa systemen i västvärlden vad avsåg t.ex. jämställdhet mellan föräldrarna och jämställdhet mellan barn födda inom och utom äktenskap. Vad som kan sägas motsvara gemensam vårdnad infördes t.ex. först 1989.[257]

Enligt gällande engelsk rätt har alla mödrar och *gifta* fäder automatiskt *parental responsibility*, föräldraansvar, över sina barn. Ogifta fäder kan få del av föräldraansvaret genom avtal med modern, genom dom, genom äktenskap med modern och genom att utses till vad som kan sägas motsvara särskilt förordnad vårdnadshavare. *Parental responsibility* har uppfattats som tidsmässigt obegränsat, vilket slagordsmässigt har formulerats som »Parenthood is for ever» av *Thatcher*. Med det torde dock avses att föräldraansvaret inte helt kan förloras till någon annan. Däremot förutsätter det legala föräldraansvaret att det finns ett barn att relatera det till. När barnet blir vuxet begränsas därför föräldraansvaret till att avse vad som i denna framställning har betecknats som moraliska aspekter.[258]

Även om föräldraansvaret inte kan förloras innan barnet har blivit vuxet, kan det komma att delas mellan ett antal aktörer. Parallellt med föräldrar kan således andra personer och instanser åläggas *parental responsibility*. Som exempel nämns »those granted residence orders, guardians and local authorities» vilket motsvarar svenska familjehemsföräldrar, förordnade förmyndare och socialnämnd.[259] *(Se ovan 4.1.1.)*

255 Se SOU 1995:79 s. 211 f.

256 Lord Macklay LC, 52 HL Official Report (5th series) col 488. Bromley o Lowe s. 249 ff.

257 Bromley & Lowe s. 250 f.

258 Bromley & Lowe s. 332. *(Se ovan 4.1.)*

259 Bromley & Lowe s. 338 f.

Domstols möjlighet att påverka föräldraansvaret sker genom att domstolen utfärdar s.k. *section 8 order*. Normalt begränsas dessa till att avse barn under 16 år. Barnets boende kan regleras genom en *residence order* och umgängesfrågor genom *contact orders*. Föräldraansvaret kan vidare begränsas genom *prohibited steps orders* och *specific issue orders*. Genom dessa kan t.ex. frågor om barnets utlandsresor, undervisning eller sjukvård regleras särskilt.[260] Domstol kan även fördröja föräldrarnas skilsmässa, om tillfredsställande arrangemang angående barnet inte har gjorts av föräldrarna.[261]

Den engelska barnrätten förefaller, vid en jämförelse med svensk rätt, mångfacetterad och försedd med långtgående möjligheter till detaljreglering. Det kan uppfattas som positivt på så sätt att det principiella vårdnadsansvaret inte behöver inskränkas i större omfattning än vad som är befogat. Men det kan även uppfattas som negativt, eftersom detaljregler urholkar föräldraansvaret och hotar familjeintegriteten, just genom att syna och reglera i alltför stor omfattning.

Sammanfattningsvis visar denna begränsade genomgång att det förekommer relativt stora variationer i förutsättningarna för gemensam vårdnad liksom den gemensamma vårdnadens utformning. Bland olikheterna märks kriterierna för gemensam vårdnad vid barns födsel. Dessa kan vara äktenskap, avtal eller, i undantagsfall, samboende. Även förutsättningar för gemensam legal vårdnad i samband med upplösning av familjegemenskapen varierar från krav på bägge föräldrarnas samtycke till att ingen förälders samtycke är nödvändigt. Vidare föreligger skillnader i den faktiska vårdnadshavarens möjligheter att självständigt utöva vårdnaden. I undantagsfall har den faktiska vårdnadshavaren rätt att ensam utöva delar av vårdnadens bestämmanderätt. I andra rättsordningar skall formellt de bägge legala vårdnadshavarna vara delaktiga i alla beslut rörande barnet, oaktat faktiskt engagemang.

4.4.3.2 VÅRDNADENS OMFATTNING VID GEMENSAM VÅRDNAD

Gemensam vårdnad är som framkommit i likhet med den sekulära barnrätten i stort, i en relativt modern företeelse. I svensk rätt infördes gemensam vårdnad för gifta föräldrar genom LBiÄ. År 1977 fick frånskilda och ogifta föräldrar möjlighet att få gemensam vårdnad efter beslut av domstol. Från 1983 kunde ogifta föräldrar få gemensam vårdnad genom anmälan

260 Bromley & Lowe s. 353.
261 Bromley & Lowe s. 366.

och frånskilda föräldrar kunde behålla den gemensamma vårdnaden efter skilsmässa. Det medförde att föräldrarnas möjligheter att självständigt disponera över vårdnaden ökade. Genom lagstiftning 1990 ålades den av föräldrarna som inte vill ha gemensam vårdnad bevisbördan för att sådan skulle vara oförenligt med barnets bästa. *(Se ovan 1.3, 3.2.2.)*

Som redovisats för är gemensam vårdnad den vanligaste vårdnadsformen i svensk rätt. *(Se ovan 3.3.2.)* Här kan också erinras om att gemensam vårdnad uppstår på följande sätt. Vårdnaden blir automatiskt gemensam om föräldrarna var gifta med varandra vid barnets födelse (6:3 1 st. FB). Gifter sig föräldrarna efter det att barnet är fött blir vårdnaden gemensam i samband med vigseln. Skiljer sig föräldrarna, står barnet även därefter under bägge föräldrarnas vårdnad, om inte den gemensamma vårdnaden upplöses (6:3 2 st. FB).

Är föräldrarna inte gifta med varandra, har modern ensam vårdnad (6:3 1 st. FB). Ogifta föräldrar har en långtgående frihet att avtala om att vårdnaden skall vara gemensam. Har vårdnadsfrågan inte tidigare varit föremål för tvist, och är föräldrar och barn svenska medborgare, görs ingen prövning, utan föräldrarnas avtal godtas och registreras hos socialnämnd eller skattemyndighet (6:4 2 st. FB). Har i annat fall en av föräldrarna ensam vårdnad och vill föräldrarna att vårdnaden skall vara gemensam, skall rätten förordna i enlighet härmed om det inte är uppenbart oförenligt med barnets bästa (6:4 1 st. FB).[262]

I det följande diskuteras förhållandena när den *faktiska* vårdnaden och den *legala* vårdnaden utövas av olika personer. Så är vanligen fallet när bägge föräldrarna har del i den legala vårdnaden, men endast en av dem utövar den faktiska vårdnaden. I praktiken innebär det normalt att föräldrarna har gemensam legal vårdnad, trots att de inte bor tillsammans och barnet bor hos endast en av dem eller växelvis hos respektive förälder som ansvarar för den faktiska vårdnaden. Bakgrunden till en sådan situation är att den gemensamma vårdnaden bestått efter en skilsmässa eller separation eller att ogifta föräldrar låtit registrera gemensam vårdnad utan att vara sammanboende. Givetvis kan en skillnad mellan den faktiska och legala vårdnaden uppstå även när två sammanboende ogifta föräldrar inte har anmält att de önskar gemensam vårdnad. Då har modern ensam legal vårdnad, men bägge föräldrarna deltar i den faktiska vårdnaden. Det är dock betydligt ovanligare.[263] *(Se ovan 4.4.3, vidare 4.4.3.3.)*

262 Om svensk domsrätt. Se NJA 1995 s. 770. *(Se vidare 5.6.)*

263 Se SoS-rapport 1996:2 s. 7.

4.4.3.2.1 Utövande av gemensam vårdnad

Så länge den legala vårdnaden är gemensam, görs i svensk lag ingen åtskillnad mellan vårdnadshavarnas rättigheter och skyldigheter enligt 6 kap. FB för det fallet att den faktiska vårdnaden inte är gemensam. Fördelningen av vårdnadshavarnas åtaganden gentemot barnet regleras i 6:13 FB. Härav framgår att vårdnadshavarna tillsammans skall bestämma i frågor som rör barnets personliga angelägenheter (6:13 1 st. FB). När de bägge legala vårdnadshavarna inte tillsammans har del i den faktiska vårdnaden är 6:13 2 st. FB tillämpligt. Där stadgas att:

> Är en av vårdnadshavarna till följd av frånvaro, sjukdom eller annan orsak förhindrad att ta del i sådana beslut rörande vårdnaden som inte utan olägenhet kan uppskjutas, bestämmer den andre ensam. Denne får dock inte ensam fatta beslut av ingripande betydelse för barnets framtid, om inte barnets bästa uppenbarligen kräver det.

Bestämmelsen motsvarades tidigare av 6:5 FB, som i sin tur byggde på 7 § LBiÄ. Detta lagrum tillkom i samband med att gemensam vårdnad infördes för gifta föräldrar år 1920 och bägge föräldrarnas delaktighet blev nödvändig för ett vårdnadsbeslut giltighet. Bestämmelsen i 7 § LBiÄ reglerade förhållandena när den ena av två gifta föräldrar genom frånvaro, sjukdom eller annan orsak var förhindrad att deltaga i ett beslut och det inte utan olägenhet kunde uppskjutas.[264] Det är uppenbart att den nuvarande situationen, att endast en av de gemensamma vårdnadshavarna regelmässigt utövar den faktiska vårdnaden, inte var i åtanke vid LBiÄs tillkomst.

Omfattningen av respektive förälders befogenheter diskuterades åter i samband med att gemensam vårdnad möjliggjordes för ogifta och frånskilda föräldrar år 1977. I lagmotiven anfördes då följande:

> Bestämmelsen i 5 § [nuvarande 6:13 FB] får inte tolkas så att båda föräldrarna, om ingen är direkt förhindrad, skulle behöva delta i alla de vardagliga avgöranden som måste träffas när det gäller vårdnaden om barnet. Det ligger i sakens natur att bestämmanderätten utövas än av den ene och än av den andre föräldern, beroende av vilken av dem som för tillfället är till hands eller på hur föräldrarna har organiserat utövandet av vårdnaden. Någon rättslig påföljd drabbar inte den förälder som driver igenom sin vilja i strid mot den andres.[265]

264 NJA II 1921 s. 247–251.

265 Prop. 1975/76:170 s. 178. Observera dock möjligheten att upplösa den gemensamma vårdnaden. *(Se vidare 5.2.)*

Vid remissbehandlingen av förslaget framkom farhågor för att barnen skulle känna sig otrygga pga. de konflikter som gemensam vårdnad skulle kunna medföra. Som exempel nämndes stridigheter om skolgång och sommarvistelse.[266] Farhågorna ledde dock inte till någon närmare lagreglering. Istället betonades att föräldrar som valde gemensam vårdnad skulle vara inställda på att samarbeta. Det framhölls även att konflikter förekom också när föräldrar lever tillsammans.[267]

Departementschefen betonade att det i praktiken inte kunde krävas av föräldrar, som inte levde tillsammans att de i samråd skulle bestämma om varje vårdnadsåtgärd. När det var fråga om mera vardagliga angelägenheter ansåg departementschefen att sådana frågor skulle kunna avgöras av den av föräldrarna som var närmast till hands, oberoende av om också den andre föräldern var legal vårdnadshavare. Samråd skulle alltså endast krävas i samband med mer ingripande beslut. Men också rörande sådana frågor skulle det finnas vissa möjligheter för endast den ena av föräldrarna att ensam fatta beslut. Sådana möjligheter ansågs följa av dåvarande 6:5 FB, nuvarande 6:13 FB.[268]

Därefter har frågan om fördelningen av beslutanderätt och ansvar mellan de legala vårdnadshavarna, när den faktiska vårdnaden inte är gemensam, endast i ringa omfattning varit föremål för lagstiftarens uppmärksamhet. I SOU 1995:79 föreslås dock att en förtydligande bestämmelse om vårdnadens utövande införs. Av den skulle framgå att den vårdnadshavare som bor med barnet ensam får besluta i frågor som gäller den dagliga omsorgen om barnet.[269] *(Se ovan 2.3, 3.2.2.3.)*

Är vårdnaden gemensam och barnet bor växelvis lika mycket hos sina föräldrar, kan föräldrarna inte bestämma om ändring av barnets folkbokföring. Enligt RegR skall barnet, oaktat föräldrars och barns gemensamma vilja, förbli folkbokförd på den ursprungliga adressen.[270] Har barnet och en av de legala vårdnadshavarna flyttat, krävs oberoende av barnets faktiska boende den andre vårdnadshavarens medgivande för att ändra barnets folkbokföring.[271]

Här har framhållits att oklarheterna i fördelning av bestämmanderätten

266 Prop. 1975/76:170 s. 116.

267 Flera remissinstanser betonade dock betydelsen av insatser från samhällets sida för att en ordning med gemensam vårdnad skulle få lyckat resultat. Prop. 1975/76:170 s. 117 f.

268 Prop. 1975/76:170 s. 144.

269 SOU 1995:79 s. 85 f.

270 RÅ 1997 ref. 8

271 Bejstam & Wikström s. 24 ff.

över barnet när den legala vårdnaden är gemensam, men barnet bor med endast den ena av vårdnadshavarna kan få negativa konsekvenser för barnet. I det föregående har även antytts att gemensam legal vårdnad kan få som följd att den faktiske vårdnadshavarens integritet träds för när. *(Se ovan 2.4.)* RH 1996:144, om ansvar för skadegörelse och hemfridsbrott samt invändning om nöd, illustrerar dessa problem.

> Föräldrarna hade gemensam vårdnad om två flickor, 13 och 14 år gamla. De bodde hos pappan. På nyårsafton var de ensamma hemma. Modern ringde till döttrarna. Hon uppfattade en av dem som kraftigt berusad och begav sig till deras hem. De släppte inte in henne. Hon slog in ett fönster och tog sig in. Inför rätta, åtalad för skadegörelse och hemfridsbrott, oberopade hon sitt ansvar som legal vårdnadshavare samt BrBs bestämmelser om nöd. Hon fälldes för brotten, men med hänvisning till föräldraansvaret medgavs påföljdseftergift.

Av avgörandet kan utläsas att en legal vårdnadshavare som inte bor med barnet, mot den faktiske vårdnadshavarens vilja endast kan utöva ett marginellt inflytande över barnet. Men av avgörandet kan även utläsas att den faktiske vårdnadshavaren får räkna med att den andre vårdnadshavare utan påföljd kan tränga sig in i dennes hem.

4.4.3.2.2 Beaktande av faktisk vårdnad

Inom ramen för gemensam legal vårdnad har faktisk vårdnad beaktats främst i tre situationer. Faktisk vårdnad tillmäts således relevans för *underhållsfrågor* (7:2 FB). Också i samband med *ansvar* för barn har faktisk vårdnad beaktats. Enligt praxis kan även den faktiske vårdnadshavarens agerande leda till ett byte av *hemvist* för barnet mot den andre vårdnadshavarens önskan.

Underhåll är inte kopplad till den legala vårdnaden om barnet utan till det biologiska föräldraskapet och den faktiska vårdnaden. Som framkommit skall föräldrar enligt 7:1 FB svara för underhåll åt barnet efter vad som är skäligt med hänsyn till barnets behov och föräldrarnas samlade förmåga. *(Se ovan 1.5.)*

Om en förälder inte har vårdnaden om barnet, och inte heller varaktigt bor med barnet, eller om föräldern har vårdnaden om barnet gemensamt med den andre föräldern men barnet varaktigt bor med den andre föräldern, skall underhållsskyldigheten fullgöras genom underhållsbidrag (7:2 p.1–2 FB). De dubbla negationerna i bestämmelsens första punkt skulle kunna tolkas som att underhållsskyldighet skulle uppstå också för de fall att en förälder som inte har del av vårdnaden bor med barnet. En sådan

situation kan uppstå som följd av egenmäktighet med barn. Som en allmän förutsättning för rätt till underhåll, och underhållstöd, krävs det emellertid att den mottagande föräldern kan visa att denne har del av den legala vårdnaden. Genom UsL har betydelsen av legal vårdnad ökat eftersom barnets folkbokföring hos den faktiske vårdnadshavaren är en förutsättning för rätt till underhållsstöd. *(Se ovan 4.4.3.2.1.)*

Barnet företräds av den faktiske vårdnadshavaren i frågor om underhåll vid gemensam vårdnad. Den faktiske vårdnadshavaren fullgör därigenom en del av sin skyldighet att bevaka att barnet får tillfredsställande försörjning enligt 6:2 FB (7:2 2 st. FB). Frågan var uppe till bedömning i NJA 1985 s. 38.

> HD konstaterade att rättsläget med avseende på ställföreträdare för barnet i underhållsfrågor vid gemensam vårdnad var oklart. Domstolen fann dock med hänvisning till allmänna rättsprinciper att det var orimligt att en förälder vid gemensam vårdnad skulle företräda barnet i en underhållsfråga mot sig själv. Således företrädes barnet av den föräldern som inte var underhållsskyldig.[272]

Ytterligare ett område där betydelsen av den faktiska vårdnaden vid gemensam legal vårdnad har diskuterats är frågan om vårdnadshavarens tillsyns- och skadeståndsansvar för barn (6:2 2 st. FB). I samband med att vårdnadshavarens skadeståndsansvar skärptes framhölls det att ett skärpt skadeståndsansvar borde gälla alla legala vårdnadshavare, oavsett om de bodde tillsammans med barnet eller inte. Men det skärpta skadeståndsansvaret aktualiseras främst när den legala vårdnadshavaren tar hand om barnet, dvs. utövar den faktiska vårdnaden.[273] Det medför att en vårdnadshavare som överlämnat barnet till den andre vårdnadshavaren normalt anses ha fullgjort sitt tillsynsansvar. Det framhålls även att ansvaret för andra åtgärder i syfte att förhindra att barnet förorsakar skada, såsom förmaningar och tillrättavisningar, skulle vara mindre beroende av hos vilken av vårdnadshavarna barnet vistades, utan borde åligga dem bägge.[274] *(Se ovan 4.4.2.1, nedan 4.4.4.3.2.)*

I praktiken kan enligt svensk rättspraxis den faktiske vårdnadshavaren även ändra barnets legala hemvist i strid mot den andre vårdnadshavarens vilja. Så skedde i NJA 1995 s. 241, i RÅ 1996 ref. 52 samt i HDs avgörande 1996-03-26, Ö 5476/96. *(Se vidare 5.8.1.)*

272 Se även prop. 1978/79:12 s. 159 f., 403.
273 Prop. 1993/94:57 s. 22.
274 Prop. 1993/94:57 s. 26.

Slutligen kan uppmärksammas att verkställighetsbestämmelserna i undantagsfall kan medföra större rätt för den faktiske vårdnadshavaren än den andre att bestämma över barnets vistelseort (21:7–8 FB).[275] *(Se vidare 5.6.1.)*

Med dessa undantag har den gemensamma vårdnaden alltså utformats utan att någon uppdelning mellan den faktiska vårdnadshavarens och den andre vårdnadshavarens befogenheter gjorts. Det har bl.a. fått till följd att umgängesrätt inte kan fastställas genom dom eller beslut och därmed inte blir verkställbart (6:15 FB jämte 21 kap. FB).[276]

4.4.3.3 VÅRDNADENS OMFATTNING VID ENSAM VÅRDNAD

En förälder kan ha ensam *legal* vårdnad i tre typsituationer. Den första av dessa är när föräldrarna är ogifta och de inte ingått avtal om gemensam vårdnad. Modern är då ensam vårdnadshavare (6:3 FB). Den andra situationen är när modern eller fadern tilldömts ensam vårdnad av domstol (6:5–6 FB). Den tredje situationen är när en av föräldrarna dött. Den andre föräldern blir då ensam vårdnadshavare (6:9 FB).[277]

Här kan erinras om att en förälder som inte är vårdnadshavare, enligt Europadomstolen, anses ha rätt till skydd för sitt familjeliv med barnet.

> I fallet *Berrehab mot Nederländerna*,[278] hade klaganden inte del i den legala vårdnaden och levde inte permanent med barnet. Trots det förelåg enligt domstolen en familjerelation mellan barn och far som skyddades av artikel 8. Nederländska myndigheters vägran att ge mannen uppehållstillstånd utgjorde en disproportionerlig åtgärd och en kränkning av rätten till respekt för familjeliv enligt artikel 8.

Enligt svensk rätt har en förälder som inte är vårdnadshavare, förutom underhållsskyldighet enligt 7 kap. FB, inga legala skyldigheter gentemot sitt barn. En förälder som är skild från vårdnaden har däremot ett antal rättigheter, framförallt i förhållande till den legala vårdnadshavaren men även i förhållande till det offentliga och barnet. De viktigaste av dessa är rätt till *umgänge* med barnet och rätt att få *upplysningar* om barnet. En konsekvens av att en förälder som är skild från den legala vårdnaden endast åläggs begränsade legala skyldigheter gentemot sitt barn är att omfattningen av

275 Prop. 1967:138 s. 61.
276 Se dock förslag till ändring i SOU 1995:79.
277 Angående särskilt förordnad vårdnadshavare, se 6:10 b FB.
278 ERD 138 (1988, Berrehab).

dennes *ansvar* vid faktisk vårdnad är oklart. Dessa frågor diskuteras i de två följande avsnitten.

4.4.3.3.1 Umgänge och information

En förälder som inte har del av den legala vårdnaden har som sagt rätt till umgänge med och information om sitt barn. Umgänge behandlas sammanhängande nedan. *(Se vidare 4.5.)* Erinras kan emellertid om att en förutsättning för att en förälder som inte bor med sitt barn skall få en verkställbar dom på umgänge är att han inte har del i den legala vårdnaden.[279] En icke-vårdnadshavande förälders rätt till umgänge med barnet är formulerat som ett ansvar för vårdnadshavaren (6:15 FB).

Den som är bärare av skyldigheter i samband med umgänge är således vårdnadshavaren. De legala sanktioner som kan drabba en vårdnadshavare som inte fullföljer sin skyldighet att tillgodose barnets behov av umgänge är i första hand vite (21:3 FB). Vid en prövning av vårdnadsövergång av domstol mellan föräldrarna skall rätten även fästa avseende vid om vårdnadshavaren uppfyllt sin skyldighet att tillse att umgänget fungerar (6:6 a FB).

Umgängesföräldern åläggs inte *ipso iure* någon skyldighet att lämna vårdnadshavaren upplysningar om barnet som skulle kunna vara av vikt för vårdnadens utövande. Däremot åläggs vårdnadshavare enligt 6:15 1 st. FB att, om inte särskilda skäl talar emot det, lämna sådana *upplysningar* rörande barnet som kan främja umgänge och kontakt. Vad som skall förstås med »särskilda skäl» varierar. Besöksförbud, enligt lag (1988:688) om besöksförbud, kan innebära ett särskilt skäl emot att vårdnadshavaren åläggs att informera den andra föräldern om t.ex. barnets och sin egen adress.[280] Frågan om rätt för en förälder som inte är vårdnadshavare att få ta del av barnet och moderns adress när den sekretessbelagts efter särskild prövning enligt 7:15 SekrL har prövats av RegR.

I RÅ 1994 not 99 begärde en man att få ta del av sin dotters adress. Modern var ensam vårdnadshavare. Han åberopade bl.a. att han medgivits umgängesrätt med dottern. Begäran medgavs av RegR. Däremot medgavs inte en umgängesförälder att ta del av barnets och moderns adress i RÅ 1994 not 479. Omständigheterna bedömdes vara sådana att modern hade anledning att vara rädd för mannen, trots att han hade rätt till visst umgänge med barnet. Inte heller i RÅ 1994 not 588 och RÅ 1993 not 515 medgavs motsvarande begäran. Här åbe-

279 Se dock förslag i SOU 1995:79.
280 SOU 1995:79 s. 98.

ropades inte dom om umgängesrätt och fadern var dömd för ofredande av barnets mor.

En delförklaring till vårdnadshavarens informationsplikt är att utformningen av sekretesslagstiftningen i princip medför att det endast är vårdnadshavaren som har rätt att ta del av sekretessbelagda uppgifter rörande barnet från t.ex. förskola, skola och sjukvård.[281] Noteras kan dock att det finns ett visst utrymme för att lämna uppgifter till en förälder som inte har del i vårdnaden, även om vårdnadshavarens samtycke saknas.[282] Det förefaller också tveksamt om vårdnadshavaren skulle kunna fullfölja sin informationsplikt enligt 6:15 FB genom att generellt efterge sekretess till skydd för barnet i förhållande till den andre föräldern. *(Se ovan 4.4.2.2.4.)*

En fördel med ett sådant arrangemang vore att latenta konfliktgrunder mellan föräldrarna skulle begränsas. Även det förhållandet att det framhållits att upplysningsskyldigheten enligt 6:15 FB primärt skall avse viktigare händelser, såsom adressändringar eller hospitalisering, talar för en sådan mindre konfliktskapande lösning.[283] Å andra sidan uppges, något motsägelsefullt, upplysningsskyldigheten i första hand avse förhållanden i den privata sfären och främst ha införts i ett pedagogiskt syfte.[284] Lagutskottet anförde också att avsikten med att införa en bestämmelse om vårdnadshavarens informationsskyldighet inte skulle innebära någon inskränkning i eventuellt existerande kontakter mellan t.ex. skola och den icke-vårdnadshavande föräldern.[285]

Jämfört med övrig *nordisk rätt* kan erinras om att flera av våra grannländer, delvis med undantag av Finland, har valt andra legala lösningar för att tillgodose barns behov av umgänge och kontakt med bägge sina föräldrar och föräldrars behov av information om barn. Enligt *norsk rätt* har bägge föräldrarna ett ömsesidigt ansvar för att umgängesrätten uppfylls.[286] I likhet med svensk rätt har en förälder som inte har del av vårdnaden rätt att få del av information som inte är sekretessbelagd från skola m.m. En förälder som inte har del av vårdnaden kan dock nekas information om det kan antas vara till skada för barnet att sådan lämnas.[287] Också enligt

281 Bolin s. 132.
282 Se t.ex. bet. 1988/89:KU14 s. 9.
283 SOU 1995:79 s. 98 f.
284 Prop. 1990/91:8 s. 40 f.
285 Bet. 1990/91:LU13 s. 26 f.
286 Se SOU 1995:79 s. 220 f.
287 Smith & Lödrup s. 111. Backer s. 296 f.

isländsk rätt är bägge föräldrarna förpliktade att utöva umgänge med barnet och påta sig de förpliktelser som det innebär.[288] Enligt *dansk rätt* har en förälder som inte har vårdnaden rätt att på begäran orienteras om barnets förhållande från bl.a. skolor och sociala myndigheter. Uppgifter får då inte lämnas om vårdnadshavaren. Föreligger särskilda skäl kan denna rätt frântas den icke-vårdnadshavande föräldern.[289] *(Se ovan 4.4.3.1.)*

4.4.3.3.2 Ansvar

Som framkommit utgör tillsynsansvaret enligt 6:2 2 st. FB en viktig del av den legala vårdnaden. Det syftar till att inskärpa vårdnadshavarens ansvar för barnet och att skydda barnet och tredje man. Legala vårdnadshavare har del i det legala tillsynsansvaret, oavsett om de faktiskt bor med barnet eller endast träffar det då och då. *(Se ovan 4.4.2.1.)*

Ipso iure har däremot en förälder som inte har del i den legala vårdnaden inte något tillsynsansvar enligt 6:2 2 st. FB vid utövande av umgänge. Det förefaller föga tillfredsställande, särskilt i de fall en sådan förälder utövar ett omfattande umgänge.

Frågan om icke-vårdnadshavares tillsynsansvar vid umgänge diskuterades i samband med skärpningen av *vårdnadshavares* tillsynsansvar enligt 6:2 2 st. FB.[290] Departementschefen var utan närmare motivering negativ till tanken på att umgängesföräldrar, i likhet med vårdnadshavare, skulle åläggas en lagstadgad tillsynsplikt.[291] I specialmotiveringen anfördes:

> Om barnet vistas hos t.ex. en umgängesförälder och därvid orsakar skada, kan det normalt sett knappast komma i fråga att vårdnadshavaren skulle kunna bli ansvarig för den skadan pga. bristande tillsyn. Genom att barnet överlämnas till umgängesföräldern för att barnet skall få tillfälle till umgänge med denne får det nämligen normalt anses att vårdnadshavaren har uppfyllt sitt ansvar. Huruvida umgängesföräldern kan bli ansvarig för skadan regleras inte av förevarande bestämmelse utan får avgöras enligt allmänna skadeståndsrättsliga regler. I det sammanhanget bör observeras att umgängesföräldern inte har någon lagstadgad tillsynsplikt. Däremot får det möjligen anses att umgängesföräldern genom att ta emot barnet för utövande av umgänget har åtagit sig att i vårdnadshavarens ställe ha en i vart fall begränsad tillsyn över barnet.[292]

288 Se SOU 1995:79 s. 213.
289 Se SOU 1995:79 s. 194 f.
290 Prop. 1993/94:57. SFS 1994:1433.
291 Prop. 1993/94:57 s. 22.
292 Prop. 1993/94:57 s. 26 f.

Av departementschefens uttalande följer att det är tveksamt om någon av föräldrarna, vårdnadshavaren eller umgängesföräldern, har tillsynsansvar för barn vid umgänge med en förälder som inte är vårdnadshavare. Vårdnadshavaren anses normalt, men *e contrario* tydligen inte alltid, ha fullgjort sitt tillsynsansvar genom att överlämna barnet för umgänge med den andre föräldern. Således står barnet inte under vårdnadshavarens tillsynsansvar. Istället skyddas barnet av vad som betecknas, som umgängesförälderns »begränsade» tillsyn.

Frågan är då vilket ansvar som kan åläggas en umgängesförälder. I lagens förarbeten hänvisas till »allmänna skadeståndsrättsliga regler».[293] Tyvärr, redogörs inte närmare för enligt vilka sådana ansvar kan aktualiseras. I propositionen antyds att umgängesförälderns ansvar skulle vara kontraktsmässigt grundat. Det motsägas av det faktum att ett verkställbart umgänge måste fastställas av domstol i ett indispositivt förfarande, med utgångspunkt i barnets behov av umgänge. Umgänge i FBs mening är således inte ett avtal.[294]

Den som har tillfällig vård om barn, t.ex. personal på daghem, svarar för oaktsam underlåtenhet att utöva tillsyn över barnen (2:1 SkL). Detta ansvar kan, till skillnad från umgängesförälderns, rimligen hänföras till ett avtal med vårdnadshavaren.[295] Den som endast tillfälligt har vård om barnet omfattas däremot inte av det särskilda ansvaret enligt 6:2 2 st. FB. Även umgängesförälders ansvar faller rimligen under det allmänna stadgandet i 2:1 SkL, dvs. en umgängesförälder svarar för oaktsam underlåtenhet.[296] Däremot omfattas som sagt inte umgängesföräldrar av det särskilda tillsynsansvaret enligt 6:2 2 st. FB. Det kan medföra att barnet har ett sämre legalt skydd när det vistas hos en förälder som inte är vårdnadshavare än när det är hos en förälder som är det.

Eftersom umgängesförälders ansvar ännu inte förefaller ha behandlats i publicerad praxis torde rättsläget vara oklart.[297] Det kan dock ifrågasättas om det är rimligt att en umgängesförälder vid utövande av umgänge skall

293 A.a.

294 Däremot förekommer privata överenskommelser om kontakt mellan »umgängesförälder» och vårdnadshavare. I sådana fall torde ett kontraktsmässigt grundat ansvar kunna diskuteras.

295 Hellner 1996 s. 270. Angående principialansvar i dessa situationer, se Hellner 1996 s. 149 f.

296 Även Sund anser att den faktiska vården vid umgänge motiverar en skyldighet att utöva tillsyn. Sund 1989 s. 29.

297 Se NJA 1984 C 65 (prövningstillstånd meddelades ej).

ha ett mindre skarpt ansvar än en vårdnadshavare. En konsekvens av det vore ju att barn vars ena förälder har ensam vårdnad skulle ha ett sämre skydd vid umgänge än barn vars föräldrar har gemensam vårdnad. Ett sådant förhållande är också svårförenligt med svensk rätts ambition att främja barnets umgänge med den förälder som barnet inte bor med.

Sammanfattningsvis präglas föräldrarnas ställning av ett »antingen eller». En förälder som är vårdnadshavare har långtgående skyldigheter och rättigheter visavi barnet. En förälder som inte är vårdnadshavare har begränsade rättigheter och än färre legala skyldigheter gentemot barnet.

4.5 Vårdnad, umgänge och kontakt[298]

Det finns flera kopplingar mellan vårdnad och umgänge. Umgängesrätt enligt FB kan t.ex. ses som ett komplement till vårdnad, alternativt som en inskränkning i vårdnadshavarens rättigheter. En förälder som är skild från den legala vårdnaden har normalt rätt till umgänge. Umgängets funktion som komplement till vårdnad framstår tydligt i system där gemensam vårdnad för ogifta föräldrar inte förekommer eller förekommer endast i begränsad omfattning. Numera är umgänge och kontakt *ipso iure* ett rekvisit för den materiella bedömningen av barnets bästa vid överföring av vårdnad (6:6 a FB). *(Se vidare 5.2.4.)*

För det fallet att barnet inte lever med bägge sina föräldrar uppfattas umgänge och kontakt som synnerligen viktigt för barnet. Det gäller såväl när familjesplittringen beror på att endast en av föräldrarna har den faktiska vårdnaden enligt FB som när barnet är omhändertaget för vård enligt LVU. Emellertid föreligger vissa skillnader i de legala förutsättningarna för umgänge enligt FB och enligt LVU och rörande konsekvenserna av att umgänge inte kommer till stånd. *(Se vidare 5.2.4, 5.3.4, 5.3.5.)*

298 Angående begreppen umgänge och kontakt avses i denna framställning med ***umgänge*** umgänge som fastställts av domstol jämte 6:15 FB och som följaktligen är verkställbart enligt 21 kap. FB. Ett sådant umgänge förutsätter att den umgängesberättigade föräldern inte är vårdnadshavare. De fall när den legala vårdnaden är gemensam, men barnet varaktigt bor med endast en av vårdnadshavarna och träffar den andre vårdnadshavaren under umgängesliknande former betecknas, i enlighet med terminologin i 6:6 a FB, för ***kontakt***. En förälder som inte har del i den legala vårdnaden om ett barn betecknas ofta i dagligt tal som ***umgängesförälder***. Termen är oegentlig på så sätt att inte alla föräldrar som är skilda från den legala vårdnaden utnyttjar sin umgängesrätt.

4.5.1 Umgänge och kontakt enligt FB

Umgänge beskrivs ofta som en rättighet för barnet.[299] Men det är likaså en rättighet för umgängesföräldern och blir det fråga om verkställighet av umgänge, kan det endast begäras av umgängesföräldern (21:3 FB).[300] Umgängesförälderns rättighet blir därmed påtagligt starkare än barnets, som inte har några legala möjligheter att kräva verkställighet av sin moraliska rätt att få träffa umgängesföräldern. Den bakomliggande tanken är att man ansett att en förälder inte med hjälp av tvångsmedel kan tvingas till ett meningsfullt umgänge med barnet. Umgängesföräldern kan därför inte heller ådömas umgänge mot sin vilja.

Umgänget kan fastställas av rätten om föräldrarna inte kan komma överens (6:15 FB). Enbart umgänge som fastställts av rätten är verkställbart. Är den legala vårdnaden gemensam förutsätts barnet träffa sina bägge föräldrarna i godo enligt deras överenskommelse. Umgänge kan då inte fastställas av rätten och är inte heller verkställbart.

Kravet på att förälder, för att vara berättigad till ett legalt verkställbart umgänge, måste vara skild från vårdnaden sammanhänger med konstruktionen av den gemensamma vårdnaden. Eftersom ingen åtskillnad görs mellan respektive vårdnadshavares åligganden vid gemensam legal vårdnad, kan inte en av vårdnadshavarna åläggas en ensidig förpliktelse mot den andre. Således kan verkställbart umgänge inte utdömas vid gemensam vårdnad. Däremot kan föräldrars överenskommelse om barnets vistelse hos respektive förälder fastställs av domstol.[301] Det kan t.ex. ske för att klargöra vem av föräldrarna som är underhållsskyldig gentemot barnet. En sålunda fastställd överenskommelse är inte verkställbar.

Biologiska föräldrar är de enda enskilda som har talerätt i umgängesfrågor. Men andra än biologiska förälder »som står barnet särskilt nära» kan ha umgängesrätt (6:15 1 st. 1 m. FB). De företräds då av socialnämnd (6:15 3 st. FB). Här finns inget uttryckligt krav på att personen i fråga skall vara skild från vårdnaden. Det behövs normalt inte heller, eftersom för-

299 Prop. 1981/82:168 s. 41. Saldeen 1995 s. 76.

300 Däremot har HovR ogillat umgängesförälders skadeståndstalan rörande ersättning för resekostnader m.m. vid umgängestillfällen då umgänge ej kommit tillstånd. Det motiverades med att ren förmögenhetsskada är ersättningsbar endast när skada uppstått genom brott, när skadeståndsskyldighet föreskrivs i lag samt om det i annat fall är rättspolitiskt väl motiverat. Mot bakgrund av att umgängesrätt, i princip, är en rätt för barnet, framstod det enligt HovR, som oförsvarligt att utöver tillgängliga maktmedel utdöma skadestånd. RH 1988:35.

301 Heuman s. 98.

äldrar, som vanligen är vårdnadshavare, inte ingår i denna grupp. Men stadgandet förefaller svårtolkat för den händelse att två *särskilt förordnade vårdnadshavare* separerat och barnet bor med den ena av dem och den andre, som har del av den legala vårdnaden, begär umgänge enligt 6:15 FB. En rimlig tolkning är dock att denne jämställs med en förälder som har del av vårdnaden (6:15 1 st. FB analogivis). Frågan om umgänge förefaller inte närmare ha uppmärksammats i samband med att vårdnadstvister mellan särskilt förordnade vårdnadshavare blev föremål för lagstiftning (6:10 b FB).[302]

Umgängets *omfattning* är inte närmare lagreglerad. I praxis har utvecklats begreppet »sedvanligt umgänge». Det brukar tolkas som att umgänge skall äga rum vartannat veckoslut, några sommarveckor, varannan större helg och skollov samt eventuellt ett vardagsumgänge per vecka. HD har i NJA 1988 s. 599 tagit avstånd från schablonmässigt bestämda umgängestider till förmån för vardagsumgänge. Några närmare rekommendationer om umgängets omfattning i förhållande till barnets ålder görs inte i de svenska rättskällorna.[303]

Ytterligare en fråga i detta sammanhang är om umgängesföräldern kan kräva att få disponera barnets pass. För de fall inga geografiska begränsningar gäller i umgängets omfattning, torde svaret, med vissa modifikationer, vara »ja». Modifikationerna består däri att umgängesföräldern inte bör kunna kräva att barnet regelmässigt medför pass för kortare umgängen. Däremot bör umgängesföräldern få tillgång till barnets pass för semesterresor. Ytterligare en situation där tvekan råder är om vårdnadshavaren uppfattar det som oförenligt med sitt tillsynsansvar att medverka till att barnet reser utomlands. Så är främst fallet när fara för egenmäktighet föreligger. *(Se strax nedan.)*

Vårdnadshavarens befogenheter i samband med umgänge är begränsade. Om umgänge fastställts genom dom, begränsas vårdnadshavares rättigheter till rätt att få besked om klockslag och datum för umgänget. Vad gäller sommarumgänge stipuleras ofta att sådant besked skall lämnas i god tid fö-

302 SFS 1994:1433. Se prop. 1993/94:251 s. 103, 186 f.

303 Så görs däremot i *dansk rätt*. Enligt de danska rekommendationerna skall umgänge inte fastställas för de första fyra månderna av barnets liv, om umgängesföräldern inte har bott tillsammans med barnet. Denna begränsning motiveras med att mor och barn behöver tid för att bygga upp sin relation. Det anses inte heller lämpligt att barnet vid så späd ålder överlämnas till någon som modern inte önskar anförtro det åt. Umgänge som omfattar övernattningar anses inte böra beslutas av domstol förrän barnet blivit närmare tre år. Se Kronborg & Vorstrup Rasmussen s. 23 f.

re sommarlovet. Det förekommer även att rätten ålägger umgängesföräldern att informera vårdnadshavaren om var barnet kommer att vistas under umgänget. Rätten kan även stipulera andra föreskrifter i samband med umgänge.

> I NJA 1990 s. 219 skulle umgänge ske mellan far och dotter, som bodde så lång från varandra att det bästa sättet för flickan att ta sig till umgänget var att flyga. Pappan yrkade bl.a. att hans umgänge skulle inledas och avslutas på en flygplats i närheten av barnets boendeort. Vårdnadshavaren hemställde att yrkandena i denna del skulle avvisas eller ogillas. Som grund anförde hon i första hand att föreskrifter om hur vårdnaden skall utövas inte kunde meddelas. Enligt HDs bedömning utgjorde ordalydelsen i 6:15 FB inte hinder mot att domstols beslut omfattade föreskrifter om var umgänget skulle inledas och avslutas. Men mot bakgrund av att vårdnadshavaren hade medverkat till att umgänge kom till stånd genom att hämta och lämna barnet på flygplatsen fann HD i det aktuella fallet inte anledning att bifalla faderns yrkande i denna del.

Länge rådde osäkerhet om en vårdnadshavare hade rätt att väcka talan om begränsning av umgängesrätt. Det är fortfarande något oklart om vårdnadshavaren kan väcka talan om »umgänge» sker med utgångspunkt av avtal. Min uppfattning är att så bör kunna ske. Detta analogt med HDs bedömning i NJA 1994 s. 128 där ensam vårdnadshavare tillerkändes rätt att väcka talan om inskränkning av umgänge fastställt genom dom.

> En far hade erhållit umgängesrätt i TR. Ett år senare väckte modern talan i TR och yrkade att umgänget skulle upphävas eller begränsas. TR beslöt bl.a. att umgängesförälderns rätt till umgänge inte längre skulle gälla. HovR undanröjde TRs dom med motiveringen att fråga om umgänge endast kunde prövas på talan av förälder som inte är vårdnadshavare. HD undanröjde HovRs avgörande och framhöll att även om det numera saknas uttrycklig reglering av omprövningsrätten innebär 6:15 FB att en förälder som vill väcka talan i umgängesfrågor är berättigad till det, oavsett om det är vårdnadshavaren eller umgängesföräldern.

Räckvidden av avgörandet i NJA 1994 s. 128 begränsas till att omfatta fall där vårdnadshavare vill inskränka den andra förälderns umgängesrätt.[304] Som framkommit kan däremot inte vårdnadshavaren väcka talan om att den andra föräldern skall åläggas umgänge. Det anses inte vara förenligt

304 Vid överklaganden begränsas inte heller denna typ av talan av principen om *reformatio in pejus*. NJA 1993 s. 751. *(Se nedan 5.4.4.)*

med allmänna rättsprinciper, enligt vilka ett vårdnadsansvar inte kan åläggas någon mot dennes vilja (6:10 1 st. FB). Analogivis omfattar samma principer även umgänge. Till det kommer som sagt att det saknas möjlighet att verkställa umgänge mot umgängesförälderns vilja.

Angående de *materiella förutsättningarna* för utdömande av umgänge kan noteras att särskild hänsyn skall tas till *barnets vilja* med beaktande av dess ålder och mognad (6:15 4 st. FB).[305] Framhållas bör att barnets vilja endast kan tillmätas betydelse om barnet inte vill att umgänge skall äga rum. Eftersom umgänge inte kan åläggas en umgängesförälder mot hans vilja är det inte relevant att diskutera det fallet att barnet vill träffa den frånvarande föräldern, men han motsätter sig umgänge. Länge ansågs barnets ovilja att träffa umgängesföräldern endast i begränsad omfattning utgöra skäl att inte bifalla en talan om umgänge. *(Se vidare 5.2.3.)*

> I NJA 1981 s. 753 tillerkändes en far umgängesrätt med sin tolvåriga dotter, trots att hon motsatte sig umgänge och trots att far och dotter inte träffats sedan hon var ett spädbarn. Det kan noteras att åldersgränsen i 21:5 FB för att beakta barnets vilja vid tiden för avgörandet var 15 år.

Tidigare *kontakt* mellan barn och umgängesförälder ges enligt svensk rätt endast indirekt betydelse. Inte heller en presumtiv umgängesförälders *lämplighet* diskuteras närmare. Däremot framhålls vissa riskmoment i samband med umgänge. Om barn och umgängesförälder haft så lite kontakt med varandra att det finns risk för att barnet far illa av att lämnas till umgängesföräldern, kan det vara en anledning att inskränka umgänge. En sådan risk förefaller vanligare vad gäller yngre barn. Men i enlighet med utgången i NJA 1981 s. 753 är bristande kontakt i sig inte en anledning att inskränka umgängesrätten. Andra risker som numera skall beaktas vid fastställande av umgängesrätt är risken för att barnet i samband med umgänge utsätts för övergrepp, olovligen bortförs eller kvarhålls eller annars far illa (6:15 4 st. FB). Bakgrunden till 6;15 4 st. FB var att presumtion för umgänge förstärktes genom införandet av 6:6 a FB år. Bestämmelsen kom att tolkas som att umgänge skulle ske också när risk för barnets välfärd fö-

305 SFS 1995:1242. Prop. 1994/95:224.

relåg.[306] Genom stiftandet av 6:15 4 st. FB avsågs att modifiera denna tolkning.[307] *(Se ovan 3.2.2.3.)*

I rättspraxis har riskmomenten framhållits i ett flertal fall, varav NJA 1995 s. 727 särskilt kan nämnas.[308]

> Fråga var om betydelsen av risk för bortförande i samband med fastställande av umgängesrätt. Enligt HDs bedömning förelåg inte en sådan beaktansvärd risk för bortförande att det i sig utgjorde hinder för umgänge. Däremot fann HD att vårdnadshavares oro för att barnet skulle föras bort av umgängesföräldern var en omständighet som kunde påverka henne på ett sätt som vore ogynnsamt för barnet. Det motiverade att umgänget begränsades och skulle ske i närvaro av en kontaktperson.

Avslutningsvis kan framhållas att konstruktionen av umgänge som en ensidig förpliktelse för vårdnadshavaren och en rättighet för den umgängesberättigade föräldern inte har varit föremål för någon närmare diskussion. I SOU 1995:79 framlades dock förslag enligt vilket ett verkställbart umgänge skulle kunna utdömas inom ramen av en gemensam vårdnad. Förslaget bygger på tanken att den faktiske vårdnadshavaren, synonymt med de existerande förhållandena vid ensam vårdnad, skall åläggas en ensidig förpliktelse till förmån för den andre vårdnadshavaren.[309]

Också enligt gällande rätt finns tendenser till att jämställa den faktiske vårdnadshavarens ansvar för barnets kontakt med den andre vårdnadshavaren vid gemensam vårdnad med en ensam vårdnadshavares ansvar för barnets umgänge. Ett sådant ansvar aktualiseras främst vid talan om överföring av vårdnad. Har ett barn inte haft umgänge eller kontakt med den

306 SFS 1990:1526. Se prop 1990/91:8 s. 37.

307 SFS 1993:213. Prop. 1992/93:251 s. 26–29, 37–38. Den ringa betydelse som kontakt mellan barn och umgängesförälder tillmätts vid fastställande av umgänge enligt svensk rätt framstår som udda vid en jämförelse med *dansk rätt*. Enligt dansk rätt bör talan om umgänge normalt inte bifallas om kontakten mellan barn och förälder varit så ringa att umgängesrätt inte är förenligt med barnets bästa. Här tas även hänsyn till den tid barnet och den presumtiva umgängesföräldern har bott tillsammans. Umgängesrätt kan även upphävas om kontakten mellan barn och umgängesberättigad har varit obefintlig eller mycket bristfällig. En femårsperiod utan umgänge anges som riktlinje. Se Taksöe-Jensen, Vorstrup Rasmussen s. 217. Kronborg 1995 s. 19 f.

308 Avgörandet är kommenterat av Saldeen. JT 1995–96. Se även t.ex. NJA 1992 s. 93, NJA 1981 s. 1225, NJA 1981 s. 916, NJA 1969 s. 455.

309 SOU 1995:79 s. 128. Ekonomiskt bistånd enligt 6 § SoL kan utgå för att möjliggöra för barn att besöka umgängesförälder. RÅ 1994:81.

föräldern som det inte bor med, kan det vara skäl för att överföra vårdnaden till denne (6:5–6 a FB). *(Se vidare 5.2.4.)*

4.5.2 Umgänge och kontakt enligt LVU

Här skisseras huvuddragen i regleringen av umgänge med barn som omhändertagits enligt 2 § LVU. Som framkommit har socialnämnds ansvar för ett omhändertaget barns umgänge med bl.a. föräldrar betonats i många sammanhang.[310] *(Se vidare 5.3.4.)*

Ett beslut om omhändertagande skall inte i större omfattning än nödvändigt leda till att kontakten mellan barn och föräldrar inskränks.[311] Det motiveras av att barnets kontakt med sina föräldrar och ursprungsmiljö i de flesta fall är av grundläggande betydelse för att omhändertagandet skall leda till en positiv utveckling. Det har även framhållits att det kan vara svårt för föräldrar att av egen kraft hålla kontakt med ett barn som omhändertagits.[312] Likaså kan det vara svårt för barnet att hantera förlusten av den dagliga kontakten med föräldrarna, som ju är konsekvensen av ett omhändertagande.[313]

Kretsen av formellt umgängesberättigade enligt LVU omfattar föräldrar eller annan vårdnadshavare (14 § 1 st. LVU). Vid sidan härav har nämnden ett ansvar för att vård i familjehem eller i hem för vård eller boende utformas så att barnets samhörighet med de anhöriga och kontakt med hemmiljön främjas.[314] Socialnämnds möjlighet att besluta om umgänge för förälder som inte är vårdnadshavare är beroende av att det finns ett civilrättsligt beslut om umgänge eller att den civilrättsliga vårdnadshavaren medger umgänge.[315] Socialnämnden kan begränsa, men inte utvidga det civilrättsliga umgänget.

Barnets kontakt med sina föräldrar under ett omhändertagande enligt 2 § LVU belyser några av samhällsvårdens fundamentala svårigheter. En grundtanke är att ett omhändertagande inte skall pågå längre än nödvändigt. Barn och biologiska föräldrar skall återförenas så snart det kan ske

310 Se t.ex. prop. 1996/97:124 s. 112 f.

311 Prop. 1979/80:1 s. 601 f.

312 Prop. 1989/90:28 s. 72. Se ERD 299 A (1994, Hokkanen).

313 Prop. 1989/90:28 s. 73.

314 Observera förslag till vidgning av kretsen med vilka socialnämnd bör främja den enskildes samhörighet vid vård i familjehem eller enskilt hem. 22 § 3 st. SoL. Prop. 1996/97:124 s. 112 f. *(Se ovan 4.3.3.)*

315 Se RÅ 84 2:38.

utan risk för barnet. En återförening mellan barn och föräldrar förutsätter normalt en tät och nära kontakt mellan barn och föräldrar för att uppbrottet från familjehemmet inte skall bli traumatiskt för barnet.[316] Men å andra sidan omhändertas barn enligt 2 § LVU för att skyddas mot missförhållanden i hemmet och för att barnets kontakt med föräldrarna skall kunna begränsas. Det har medfört att socialnämnd getts möjlighet att besluta om begränsningar i umgänget.

Nära kopplat till ansvaret för att främja barnets behov av umgänge finns således bestämmelser som ger möjlighet att inskränka det. Socialnämnd kan besluta hur umgänget skall utövas, att umgänge inte skall förekomma samt att den unges vistelseort inte får röjas för föräldrar eller vårdnadshavare (14 § 2 st. LVU). Nämnden har i sådana fall ett ansvar för att beslut i fråga om umgängesrestriktioner inte består längre än nödvändigt och skall var tredje månad informellt överväga om beslutet skall bestå (14 § 3 st. LVU). Det har ansetts vara »alltför uppslitande» med formell omprövning.[317] *(Se vidare 5.5.5.)*

I samband med upphörande av vård enligt LVU kan *flyttningsförbud* meddelas (24 § LVU). Det skall ske i syfte att ge barn och föräldrar tid att förbereda en återförening och att skapa en förtroendefull relation mellan dem. När flyttningsförbud har meddelats blir frågan om umgänge särskilt viktigt. Socialnämnd beslutar om umgänge mellan barn och föräldrar när flyttningsförbud meddelats. Sådana beslut om umgänge kan överklagas till LR. Möjlighet att överklaga infördes i samband med 1990 års LVU. En direkt orsak till lagändringen var att Sverige fällts i Europadomstolen för att möjlighet att överklaga flyttningsförbudet saknades.[318] *(Se vidare 5.3.5.)*

Frågan om inskränkningar i umgänge, annat än formella flyttningsförbud, har prövats av RegR i några fall. Av RÅ 1990 ref. 97 framgår att totalt besöksförbud för föräldrar kan meddelas enligt 14 § LVU. Enligt utgången i RÅ 1993 ref. 72 kan begränsningarna av förälders umgängesrätt omfatta inskränkning i rätt att kontakta barnet per telefon. Det kan även noteras att Sverige har fällts av Europadomstolen för att man inte på ett godtagbart

316 Prop. 1989/90:28 s. 73. Se även JO 1995/96 s. 262, JO 1995/96 s. 291.

317 Prop. 1989/90:28 s. 74.

318 ERD 226 B (1992, Reime), ERD 250 (1992, Olsson II), ERD 156 (1989, Eriksson). *(Se ovan 4.2.3.1.)*

sätt arbetat för familjeåterförening genom att främja kontakten mellan barn och föräldrar i tillräcklig omfattning.[319]

För att återanknyta till umgänge enligt FB kan följande framhållas. Är barnet omhändertagandet enligt 2 § LVU är umgänge en förutsättning för en återförening mellan barnet och de biologiska föräldrarna. Det är formellt socialnämnds ansvar att tillse att umgänge äger rum men, i likhet med vad som gäller rörande umgänge och kontakt enligt FB, är det vårdnadshavaren, och barnet, som bär de negativa konsekvenserna av att umgänge inte förekommer. Vårdnadshavaren riskerar då att återförening med barnet inte kommer till stånd och i undantagsfall att förlora vårdnaden (6:6 a FB, 6:8 FB).

4.6 Sammanfattande kommentar

Gränserna för vårdnadens omfattning utgörs till stor del av vårdnadshavarens rättigheter och skyldigheter. Den civila vårdnadens huvudsubjekt är således vårdnadshavaren. Barnet saknar talerätt, men har genom lagstiftning och betoningen av barnets bästa tillerkänts rättigheter i sådan omfattning att det kan diskuteras som ett av den civila vårdnadens subjekt.

Vårdnaden regleras i 6 kap. FB och utgör en civil rättighet. Traditionellt uppfattades vårdnad som fäders rätt visavi sina barn. Nu betonas allt mer föräldrars ansvar för sina barn. Vid sidan av att vara föräldrarnas ansvar, är barn också samhällets ansvar. Därför kan det offentliga ingripa i den civila vårdnaden. Det motiverar att vårdnad här diskuteras ur såväl ett offentlig rättsligt som ett civilrättsligt perspektiv.

De internationella konventioner med relevans för vårdnadsfrågor som behandlats här, Europakonventionen, Barnkonventionen och Europaråds- och Haagkonventionerna, ger uttryck för en påtaglig respekt för den fungerande familjen och föräldrars rätt att utöva vårdnaden om sina barn. Som ett led i denna respekt tillerkänns föräldrar och andra vårdnadshavare bl.a. rätt att inte skiljas från sina barn genom samhällsåtgärder, om inte barnets bästa kräver det. De självständiga rättigheter som barnet har enligt konventionerna påverkar däremot endast marginellt vårdnadens omfattning.

Enligt nationell rätt omfattas vårdnadshavarens liv med sitt barn och ut-

319 ERD 226 (1992, M. och R. Andersson). Se även ERD 299 A (1994, Hokkanen), *(Se ovan 4.2.3.1.)*

övande av de rättigheter och skyldigheter som ingår i det rättsligt reglerade vårdnadsinstitutet av den grundlagsskyddade rätten till privat- och familjeliv. Skyddet av privat- och familjeliv omfattar såväl barn som vårdnadshavare. Men förhållandet mellan vårdnadshavarens och barnets rättigheter är motsägelsefullt.

Normalt anses att vårdnadshavarens rättigheter omfattar även barnets och att vårdnadshavaren företräder barnet vid utövandet av dem. Men i den mån barnet har uppnått tillräcklig mognad kan barnet självständigt utöva sina rättigheter. Här kan en konflikt uppstå i förhållande till vårdnadshavarens ansvar för tillsyn över barnet. Sammantaget är påverkan av barnets självständiga grundlagsenliga fri- och rättigheter på den legala vårdnadens omfattning, i likhet med rättigheter enligt de internationella konventionerna, i det närmaste försumbar. *(Se vidare 6.3.1.)*

Vårdnadens omfattning begränsas mer påtagligt av andra lagar och förordningar. Här märks bestämmelserna om barnets skolplikt och inskränkningar i vårdnadshavarens rätt att ta del av handlingar som sekretesskyddas med hänsyn till barnets personliga förhållanden. I ett antal bestämmelser ges åldersgränser som främst reglerar barnets handlingsfrihet, men indirekt även vårdnadshavarens. Ett exempel utgör arbetsrätten. Barn har även ett visst straffrättsligt skydd mot övergrepp av vårdnadshavare, faktiska omvårdare och andra.

De lagar som vid sidan av FB tydligast påverkar den faktiska vårdnaden är SoL och LVU. Formellt påverkar ingen av dessa lagar den legala vårdnadens omfattning, utan endast den faktiska vårdnaden. Men i praktiken inskränker ett omhändertagande enligt 2 § LVU vårdnadshavarens legala bestämmanderätt över barnet i sådan omfattning att det kan ifrågasättas om vårdnadshavarens kvarvarande befogenheter utgör vårdnad i civilrättslig mening. Ett omhändertagande enligt 2 § LVU kan därmed jämställas med att vårdnaden frångår vårdnadshavaren.

Dessvärre är det något oklart vem som då övertar vårdnadshavarens befogenheter. Förvisso har socialnämnd ett allmänt ansvar för barn som inte lever i föräldrahemmet. Detta ansvar är emellertid så gott som identiskt för barn som är omhändertagna enligt 2 § LVU, och därmed saknar en vårdnadshavare med legal kapacitet att utöva vårdnaden, som för barn som vistas i ett familjehem enligt SoL och som har en vårdnadshavare med oinskränkt legal kapacitet att utöva vårdnaden. *(Se vidare 6.3.2.)*

Angående vårdnadens omfattning i förhållande till institutets civila subjekt kan noteras att en åtskillnad görs mellan vårdnad och förmynderskap. Vårdnadshavaren har ett ansvar för barnets personliga förhållanden, me-

dan förmyndaren har att förvalta myndlingens förmögenhet och företräda honom i angelägenheter som rör denna. Uppdelningen mellan vårdnadshavarens och förmyndarens befogenheter får främst betydelse för de fall vårdnaden och förmynderskapet utövas av olika personer. *(Se vidare 6.3.3.)*

Den legala vårdnaden enligt FB omfattar såväl rättigheter som skyldigheter i förhållande till barnet. Centrala delar av den civilrättsliga vårdnaden är omvårdnads- och tillsynsaspekterna. Den legala vårdnadshavare har en omfattande bestämmanderätt över barnet, så länge LVU inte är tillämplig. Till bestämmanderätten är även skyldigheter kopplade, såsom underhålls- och tillsynsansvar. Bland rättigheterna märks vårdnadshavarens rätt att ha barnet hos sig och rätt att utöva kontroll över barnet. De omfattar även det äldre barnet som *ipso iure* har medbestämmanderätt i frågor om vårdnadens omfattning. De rättigheter som barnet tillerkänns enligt 6 kap. FB har endast en begränsad legal substans.

Vårdnad kan beskrivas som *legal* eller *faktisk*. Med legal vårdnad förstås att vara vårdnadshavare enligt 6:3–10 FB. Faktisk vårdnad avser att utöva den konkreta vården om barnet. Faktisk vårdnad är kopplad till barnets boende antingen det är permanent eller barnet bor växelvis med sina föräldrar.

Vårdnaden kan tillkomma föräldrar gemensamt eller en av dem ensam. Enligt svensk rätt görs ingen åtskillnad i den gemensamma vårdnadens utformning beroende av om den faktiska vårdnaden är gemensam eller ej. Är den legala vårdnaden gemensam, utövar de gemensamma vårdnadshavarna formellt vårdnaden tillsammans, oavsett om en av dem ensam utövar den faktiska vårdnaden.

Vid ensam vårdnad har en förälder som inte har del av den legala vårdnaden, med undantag av underhållsskyldighet, inga legala förpliktelser mot barnet. Bland en icke-vårdnadshavares rättigheter märks främst umgängesrätt och rätt till upplysningar. Vårdnadshavaren är bärare av skyldigheter såväl i förhållande till barnet som till den andre föräldern. En förälder som inte är delaktig i den legala vårdnaden omfattas inte heller av det särskilda tillsynsansvar som vårdnadshavare har enligt 6:2 FB. En konsekvens av det är att ett barn som vistas för umgänge hos en förälder som inte är vårdnadshavare har ett sämre skydd än ett barn som besöker en förälder som har del av den legala vårdnaden. En lösning på detta problem vore självfallet att ålägga även en förälder som är skild från vårdnaden ett tillsynsansvar. Det kan ske genom lagändring i 6:2 FB eller 6:15 FB. *(Se vidare 6.3.4.)*

Umgänge vid ensam vårdnad respektive *kontakt* vid gemensam vårdnad

utgör ett viktigt komplement till vårdnad som skall garantera barnet en relation med den föräldern det inte stadigvarande vistas hos. En förutsättning för att ett verkställbart umgänge skall kunna fastställas av rätten, är att föräldern som barnet inte bor med är skild från vårdnaden. Avgörande är således den legala vårdnaden, inte den faktiska. Umgänge betraktas formellt som en rättighet för barnet, trots att endast umgängesföräldern kan begära verkställighet av umgänget.

Vid omhändertagande enligt 2 § LVU är ett fungerande umgänge en förutsättning för en återförening mellan barnet och de biologiska föräldrarna. *Ipso iure* är det socialnämnds ansvar att se till att umgänget fungerar. Gemensamt för umgänge och kontakt enligt FB och vid omhändertaganden av barn enligt 2 § LVU är dock att de legala konsekvenserna av att umgänget inte fungerar drabbar vårdnadshavaren i den bemärkelsen att denne riskerar att förlora vårdnaden.

Sammantaget bekräftar undersökningen av vårdnadens omfattning att vårdnadshavares bestämmanderätt inom ramen av den fungerande familjen är central. Barnets rätt till med- och självbestämmande är av underordnad betydelse. Splittras familjen pga. konflikter mellan föräldrarna är innehav av den legala vårdnaden central för förälderns rättigheter och skyldigheter visavi barnet. Har familjen splittrats pga. att barnet omhändertagits för samhällsvård är däremot utövandet av den faktiska vårdnaden avgörande.

5 Överföring av vårdnad m.m.

5.1 Inledning

Vårdnadens samband med rättssystemet i övrigt är som sagt tydligt vid överföring av vårdnad. En förändring av den *legala* vårdnaden förutsätter, i syfte att främja barnets bästa, medverkan av allmän domstol eller under vissa förhållanden annan myndighet. För de fall att domstols medverkan krävs har rätten två funktioner att fylla, nämligen en konfliktlösande och en kontrollerande funktion. *(Se ovan 3.1.1).*

I detta kapitel behandlas förutsättningarna för överföring av vårdnad om barn enligt 6 kap. FB, dvs. frågor som normalt uppstår i samband med en vårdnadstvist. Med stöd av slutsatserna i kapitel 4 jämställer jag omhändertaganden enligt 2 § LVU med en överföring av vårdnaden från vårdnadshavaren. Förutom civilrättslig vårdnadsöverföring enligt 6 kap. FB diskuterar jag därför också förutsättningar för *omhändertaganden enligt 2 § LVU.* Överföring av vårdnad och omhändertagande av barn kan aktualiseras av att vårdnadsinstitutets gränser träds för när. Det medför en återanknytning till frågeställningar som har behandlats i kapitel 4.

Målsättningen med såväl 6 kap. FB som LVU är att skapa bästa möjliga uppväxtvillkor för barn. Det motiverar ytterligare den jämförelse som görs mellan förutsättningarna för överföring av vårdnad enligt FB och förutsättningarna för omhändertagande enligt 2 § LVU. Syftet med jämförelsen är således att klargöra förutsättningarna för överföring av vårdnad respektive omhändertaganden, samt att diskutera hur de tillgodoser barnets bästa.

Barnets bästa skall som framhållits tillämpas som princip, riktlinje eller liknande vid en rad beslut och rättsavgöranden rörande barn. Vid överföring av vårdnad har bedömningen av barnets bästa avgörande betydelse. En sådan påbjuden tillämpning tycks kräva att begreppet kan ges en relativt enhetlig definition inom åtminstone ett rättsområde och gärna också inom närliggande områden. Det vore t.ex. rimligt om barnets bästa gavs en likartad innebörd vid överföring av vårdnad enligt 6 kap. FB och vid omhändertagande enligt 2 § LVU. Som framkommit kan emellertid barnets

bästa ges ett kraftigt varierande innehåll. Variationerna kan ske mellan vad som här betecknas som ett aktivt barnet bästa och ett passivt barnets bästa. Ett aktivt barnets bästa förutsätter att barnets rättigheter enligt 6:1–2 FB och grunderna för FNs Barnkonvention beaktas. Ett passivt barnets bästa innebär att barnet inte skall utsättas för vanvård och straffbart beteende såsom misshandel (se 6:7 FB och 2 § LVU). *(Se ovan 2.1.2, vidare 5.2, 5.3.)*

Det betyder att den civilrättsliga vårdnadens »undre gräns», dvs. när barnets rättigheter enligt 6:1–2 FB försummas av vårdnadshavare i sådan omfattning att denne inte bedöms lämplig att handha vårdnaden om barnet, delvis måste fastställas med hjälp av socialrättslig lagstiftning och praxis.[1] I begränsad omfattning ger även 6:7 FB vägledning. Aktuell socialrättslig lagstiftning är framförallt 1–2 §§ LVU. Anknytningen till socialrätten förstärks genom att socialnämnd har talerätt enligt vissa paragrafer i 6 kap. FB.

Kapitlet *disponeras* enligt följande. Inledningsvis presenteras förändringar i innehav av vårdnad (5.1) samt socialnämnds ställning i mål enligt 6 kap. FB (5.1.2). Därefter diskuteras materiella förutsättningar för överföring av vårdnad enligt 6 kap. FB (5.2) och för omhändertaganden enligt 2 § LVU (5.3). Sedan behandlas vissa processuella förhållanden (5.4, 5.5). Efter denna genomgång presenteras bestämmelserna om verkställighet (5.6). Av betydelse för förståelsen av förutsättningar för överföring av vårdnad är också de fall när dispositioner i vårdnaden är lagstridiga och utgör egenmäktighet med barn enligt 7:4 BrB (5.7). Avslutningsvis diskuteras överföring vårdnad med internationellt anknytning (5.8).

5.1.1 Förändringar i innehav av vårdnaden

Det kan erinras om att möjliga förändringar i vårdnaden över ett barn enligt 6 kap. FB är att vårdnaden överförs från en av föräldrarna till den andre, från bägge föräldrarna till en av dem eller från en av föräldrarna till bägge (6:3–6 FB, 6:9 FB). Normalt är överföring av vårdnad således en fråga om en av eller bägge föräldrarna tillsammans skall vara vårdnadshavare. I undantagsfall kan överföring av vårdnad från en eller bägge av föräldrarna bli aktuell pga. att en eller bägge av dem visat sig vara *olämpliga* som vårdnadshavare (6:7 FB) eller pga. att barnet stadigvarande vistats i *ett annat hem* än föräldrahemmet (6:8 FB). I 6:10 FB är utgångsläget att barnet stått

1 Prop. 1981/82:168 s. 37.

under vårdnad av *särskilt förordnad vårdnadshavare* och föräldrarna vill återfå vårdnaden.

Den vanligaste anledningen till att överföring av vårdnaden genom dom eller beslut av rätten aktualiseras är en *konflikt* mellan föräldrarna (6:5–6 FB). Så är dock inte alltid fallet. Utgångspunkt för domstolsprövning av överföring av vårdnad enligt 6:4 1 st. FB är att vårdnaden innehas av en av föräldrarna och att de är *överens* om att den legala vårdnaden skall övergå till att vara gemensam, men att föräldrarnas överenskommelse måste *kontrolleras* av domstol. Denna kontroll sker genom att socialnämnd bereds tillfälle att lämna upplysningar.

Utan beslut av rätten eller annan kontroll kan övergång av vårdnaden ske i två fall. Det första fallet är om en av vårdnadshavarna dör när vårdnaden är gemensam. Då blir den efterlevande föräldern automatiskt ensam vårdnadshavare (6:9 1 st. FB). Det andra fallet är när vårdnaden blir gemensam genom registrering hos skattemyndigheten. Registreringen kan ske efter anmälan hos socialnämnd i samband med att nämnden fastställer faderskapet, eller direkt till skattemyndigheterna (6:4 2 st. FB jämte 6:16 FB). Registrering sker under förutsättning av att föräldrar och barn är svenska medborgare, att faderskapet är fastställt och att förordnande om vårdnad inte meddelats tidigare, dvs. föräldrarna inte tidigare har haft en tvist vid domstol om vårdnaden.

Om vårdnaden anförtrotts särskilt förordnad vårdnadshavare, har de biologiska föräldrarna möjlighet att föra en process för att återfå vårdnaden (6:10 FB). Även särskilt förordnade vårdnadshavare kan sinsemellan tvista om vårdnaden om barn, för vilka de har blivit förordnade som vårdnadshavare (6:10 b FB). Förhållanden när särskild förordnad vårdnadshavare entledigas eller avlider regleras i 6:10 c FB.

5.1.2 Socialnämnds ställning enligt 6 kap. FB

Ovan har framhållits att samhället, ofta representerat av socialnämnd, har ett långtgående ansvar för barns välfärd. Ansvaret aktualiseras främst när föräldrarna inte förmår tillgodose barnets behov. I begränsad omfattning aktualiseras det också när föräldrarna är oense i samband med överföring av vårdnad enligt 6 kap. FB. Det medför att det finns ett antal beröringspunkter mellan FBs och socialrättens tillämpningsområden. Dessa manifesteras genom socialnämnds talerätt enligt 6:7–10 och 6:15 FB. *(Se ovan 4.1.2.)*

Socialnämnds talerätt förklaras av att barn har ett särskilt skyddsbehov i de situationer som täcks av 6:7–10 och 6:15 FB. Barns intressen anses då inte tillräckligt väl tillvaratas genom föräldrarnas omsorg och allmän domstols officialansvar. Skyddsbehovet är nära förknippat med de materiella kriterierna för överföring av vårdnaden enligt FB liksom med kriterierna för omhändertagande av barn enligt 2 § LVU. Det motiverar att en presentation av socialnämnds ställning görs redan här. *(Se vidare 5.4.2.)*

Av särskilt intresse är socialnämnds talerätt enligt 6:7 FB. Här regleras förhållandena om en förälder vid utövandet av vårdnaden gör sig skyldig till missbruk, försummelse eller i övrigt brister i omsorg om barnet på ett sätt som medför bestående fara för barnet. I ett sådant fall kan föräldern betraktas som olämplig att ha vårdnaden om barnet och rätten skall då besluta om ändring i vårdnaden. *(Se nedan 5.2.1.)*

Kriterierna för överföringen av vårdnad enligt 6:7 FB utgör som sagt ett exempel på ett passivt barnets bästa. Kriterierna överenstämmer också väl med förutsättningarna för ett omhändertagande enligt 2 § LVU. I 2 § LVU stadgas att

> Vård skall beslutas om det på grund av misshandel, otillbörligt utnyttjande, brister i omsorgen eller något annat förhållande i hemmet finns en påtaglig risk för att den unges hälsa eller utveckling skadas.

Det kan emellertid noteras att barnets skydd är svagare enligt 6:7 FB än enligt 2 § LVU eftersom 6:7 FB bygger på farerekvisitet, medan 2 § LVU numera bygger på riskrekvisitet. Det innebär att en överföring av vårdnad enligt 6:7 FB förutsätter att barnet utsätts för en konkret fara. Ingripanden enligt 2 § LVU kan däremot motiveras med enbart en påtaglig risk för sådan fara. Motiveringen för att införa riskrekvisitet i LVU var att farerekvisitet inte ansågs ge barnet ett tillfredsställande skydd pga. att preventiva åtgärder inte kunde vidtas i tillräcklig omfattning.[2] *(Se vidare 5.3.)*

För att skydda barnet när det i en akut situation är risk för att det far illa, använder sig socialnämnd av möjligheten till omhändertagande enligt 2 § LVU, ofta inlett med ett omedelbart omhändertagande enligt 6 § LVU. I en sådan situation aktualiseras knappast frågan om en vårdnadsövergång enligt 6:7 FB. I några situationer har dock lagstiftaren uppfattat överflyttning av vårdnaden enligt 6:7 FB eller 6:8 FB som ett komplement eller ett bättre alternativ till ett omhändertagande enligt 2 § LVU. Den första av

2 Prop. 1989/90:28 s. 60 f.

dessa situationer, som alltså regleras i 6:7 FB, är om det står klart att det skulle innebära en *bestående* fara för barnets hälsa och utveckling att en förälder kvarstod som vårdnadshavare.[3]

Att ett barn som omhändertagits enligt 2 § LVU skulle löpa särskild fara, om vårdnadshavaren inte också fråntogs den legala vårdnaden enligt 6:7 FB, kan ifrågasättas mot bakgrund av de mycket omfattande vårdnadsbefogenheter som socialnämnd får genom omhändertagandet. En annan sak är att barnets rättigheter troligen skulle tillvaratas bättre om förhållanden kring den legala vårdnaden för omhändertagna barn klargjordes. *(Se ovan 4.3.4. vidare 6.3.2.)*

För de fall överföring av vårdnad enligt 6:7 FB är aktuell, kan noteras att bestämmelsen fokuserar på att barnet far illa pga. *vårdnadshavarens agerande*. Det skulle kunna föranleda en tolkning enligt vilken 6:7 FB skulle omfatta en snävare *personkrets* och därmed ha ett smalare tillämpningsområde än 2 § LVU, som behandlar *förhållanden i hemmet*. Praxis ger dock inget stöd för en sådan tolkning, utan istället uppfattas 6:7 FB omfatta samma personkrets som 2 § LVU. Det kan utläsas ur följande fall från HovR.

> I RH 1991:54 var fråga om förhållanden hänförliga till moderns alkoholiserade och kriminellt belastade sambo skulle leda till att *modern,* som inte bedömdes vara olämplig som vårdnadshavare, skulle fråntas vårdnaden. TR fann med stöd av 6:7 FB att så skulle ske. HovR anförtrodde vårdnaden åt modern, huvudsakligen mot bakgrund av att det saknades utredning som motsade moderns uppgifter om att hennes sambo endast haft enstaka återfall i alkoholmissbruk under det senaste året.[4]

Den andra situationen när en överföring av vårdnaden från föräldrar till familjehemsföräldrar bedöms som lämplig är om ett barn redan har vårdats utanför hemmet och det, trots långvariga och omfattande insatser från socialnämnds sida, inte kan återvända till sina föräldrar (6:8 FB).[5]

Enligt 6:8 FB kan vårdnaden överföras till särskilt förordnad vårdnadshavare om ett barn stadigvarande bott och fostrats i annat hem än i föräldrahemmet. Det betonas att barnet skall ha rotat sig i familjehemmet och

3 Prop. 1981/82:168 s. 37 f., 67 f.

4 Se även RÅ 1987 ref. 160 där vård enligt 2 § LVU medgavs mot bakgrund av att modern, som var ensam vårdnadshavare, inte kunde skydda barnet mot fysiskt våld i hemmet. Mor och barn bodde tillsammans med moderns sambo. *(Se vidare 5.3.2.)*

5 Prop. 1981/82:168 s. 37 f.

att det skall framstå som uppenbart bäst för barnet att rådande förhållanden består.[6] Jämfört med grunderna för överföring av vårdnad till familjehemsföräldrar enligt 6:7 FB framstår motiven för överföring av vårdnad enligt 6:8 FB som mer lättförklarliga. De anknyter bl.a. till uppfattningen om barns behov av stabilitet som är centrala i många tolkningar av barnets bästa.

Överföring av vårdnaden enligt 6:8 FB kan ske både när barnet varit frivillig placerat enligt SoL och när det varit tvångsomhändertaget enligt 2 § LVU. Vårdnadsövergång enligt 6:8 FB är inte heller beroende av om den ursprunglige vårdnadshavaren, föräldern, betraktas som olämplig. Avgörande är i stället tidsaspekten och barnets anknytning till familjehemmet respektive föräldrahemmet. Endast socialnämnd kan väcka talan enligt 6:8 FB. Till skillnad från överföring av vårdnad enligt 6:7 FB kan överföring av vårdnad enligt 6:8 FB inte *ex officio* tas upp av rätten. *(Se vidare 5.4.1.)*

I rättspraxis har frågan om överföring av vårdnad enligt 6:8 FB prövats bl.a. i NJA 1993 s. 666.

> Här var fråga om en fjortonåring som hade varit omhändertagen sedan 1980. RegR beslutade år 1987 om upphörande av vården. Flyttningsförbud meddelades 1990 av LR. Pojken bodde kvar i familjehemmet. Stadsdelsnämnden väckte talan mot de biologiska föräldrarna och yrkade att fosterhemsföräldrarna skulle utses till särskilt förordnade förmyndare. Föräldrarna bestred yrkandet. De anförde att det inte var uppenbart att det var bäst för pojken att rådande förhållanden bestod och hävdade att familjehemsföräldrarna var olämpliga. HD anförde att 6:8 FB var av undantagskaraktär och att det inte krävs att föräldrarna är olämpliga, men att det skall vara uppenbart att det är bäst för barnet om de rådande förhållandena består. Eftersom pojken bott större delen av sitt liv i familjehem, gav uttryck för en vilja att bo kvar där, hade bristfällig kontakt med de biologiska föräldrarna och då fosterföräldrarna var väl lämpade att handha vårdnaden, fann HD att vårdnaden skulle överföras till dem.[7]

Ytterligare en sida av saken är att en vårdnadsövergång i dessa fall insinuerar ett långvarigt åtskiljande av barn och föräldrar. En vårdnadsövergång kan därmed vara ett sätt att skapa kontinuitet och trygghet i barnets liv,

6 Prop. 1981/82:168 s. 40 f., 70.

7 Officiell statistik förs, som sagt, inte över omfattningen av verkställighet av vårdnad respektive umgänge. Som exempel kan dock nämnas år 1996 inkom till Stockholms LR 158 verkställighetsansökningar. 138 av dessa avsåg umgänge, 14 vårdnad och 6 överflyttning enligt 21:7. Anmärkas kan även att av de 14 ansökningar som avsåg vårdnad prövades endast en i sak. Se Johansson.

men är svårförenlig med uppfattningen att barn och biologiska föräldrar skall återförenas så fort förhållandena förbättrats.

I praktiken förekommer det ytterst sällan att den legala vårdnaden om ett omhändertaget barn överförs till familjehemsföräldrarna. Några exempel kan vara på sin plats. År 1995 var cirka 12 000 barn placerade av samhället för vård utanför de egna hemmet enligt SoL eller LVU. Hälften av dessa hade varit placerade i mer än tre år. Överflyttning av vårdnad med stöd av 6:8 FB, pga. att barnet har rotat sig i familjehemmet, skedde i ett 80-tal ärenden under perioden den 1 juli 1983 till den 31 december 1990. I snitt ger det ett 10-tal fall per år. Än mer sällan sker överföring av vårdnad enligt 6:7 FB.[8] *(Se vidare 5.3.5.)*

5.2 Materiella förutsättningar för överföring av vårdnad enligt FB

Civilrättslig prövning av vårdnadsfrågor motiveras av att föräldrarna är oense om vem av dem som skall ha den legala och faktiska vårdnaden. Avgörande för om en rättslig prövning skall ske, är om föräldrarna kan nå en överenskommelse i vårdnadsfrågan eller ej. Kan de det, jämställs i princip också en splittrad familj med en fungerande familjeenhet, detta oberoende av om föräldrarna är eller har varit gift med varandra eller ej. Ett undantag finns dock. Det utgörs av rättens officialkontroll av föräldrarnas överenskommelse i vårdnadsfrågan i samband med äktenskapsskillnad. *(Se vidare 5.4.1.)*

För det fallet att vårdnadsfrågan underställs rättslig prövning är det främsta materiella kriteriet för prövningen *barnets bästa*. Prövningen skall bygga på en *in casu*-bedömning och baseras på en *prognos* av de framtida förhållandena.[9] I lagförarbeten har man till viss del strävat efter att förtydliga innebörden av barnets bästa. Bland de faktorer i bedömningen av barnets bästa som brukar framhållas märks betydelsen av föräldrarnas *lämplighet*, föräldrarnas *överenskommelser*, *barnets vilja*, barnets *umgänge*

8 SoS-rapport 1995:8 s. 12–16. Övergår vårdnaden till familjehemsföräldrarna bortfaller socialnämnds tillsynsskyldighet enligt 26 § SoL och 38 § SoF. De nya vårdnadshavarna, de före detta familjehemsföräldrarna, får ett självständigt ansvar som vårdnadshavare för t.ex. umgängesfrågor och information. SOU 1994:139 s. 444. *(Se ovan 4.4.3.3.1.)*

9 Saldeen 1995 s. 70.

och *kontakt* med den föräldern som barnet inte bor med samt barnets behov av *stabilitet. (Se ovan 2.3.)*

Exempel på förhållanden som tillmäts mindre betydelse är respektive förälders ekonomiska förhållanden och den materiella standard som de kan erbjuda barnet. Föräldrarnas underhållsskyldighet gentemot barnet förväntas, åtminstone i teorin, leda till att barnet kommer att leva under likartade ekonomiska förhållanden oavsett vem av föräldrarna barnet bor med. *(Se ovan 1.5.)*

5.2.1 Lämplig vårdnadshavare

Tidigare har föräldrars lämplighet framhållits som ett viktigt kriterium för barnets bästa. Förvisso finns det också ett samband mellan principen om barnets bästa och lämplig vårdnadshavare i så måtto att en vårdnadshavare bör ha vissa kvalifikationer för att kunna tillgodose barnets bästa. I viss mån är frågan, om man väljer att diskutera vårdnadshavarens lämplighet eller barnets bästa, en fråga om val av utgångspunkt, dvs. om man väljer att fokusera på barnet eller på föräldrarna. Enligt den rådande meningen betonas barnets bästa.[10]

I rättssystem där gemensam vårdnad inte är möjlig för frånskilda och ogifta föräldrar framstår sambandet mellan barnets bästa och lämplig vårdnadshavare som tydligt. Också i tidigare svenska lagförarbeten har sambandet mellan barnets bästa och lämplig vårdnadshavare kommit tydligt till uttryck. Enligt dessa skulle vårdnaden anförtros åt den av föräldrarna som var lämpligast som vårdnadshavare.[11]

Saldeen anför att om utgången i en vårdnadstvist inte är gemensam vårdnad, så är föräldrarnas personliga egenskaper fortfarande avgörande för utgången av tvisten.[12] Också enligt gällande rätt skulle därmed barnets bästa vara liktydigt med att få den lämpligaste vårdnadshavaren. En sådan, som det kan tyckas självklar, utgångspunkt leder till åtminstone fyra problem. Det första är att bägge föräldrarna i en vårdnadstvist normalt betraktas som lämpliga vårdnadshavare. Det innebär att en bedömning av föräldrarnas lämplighet inte alltid leder särskilt mycket närmare en lösning av vårdnadsfrågan. Det andra problemet rör föräldrarnas integritet. Om föräldrar inte är involverade i en vårdnadstvist krävs det starka indikationer på att

10 Se t.ex. prop. 1994/95:224, Barnkonventionen artikel 3.
11 Prop. 1981/82:168 s. 35.
12 Saldeen 1995 s. 70.

deras barn far illa, för att det allmänna skall gå in och ifrågasätta deras lämplighet att inneha vårdnaden. Frågan om lämplig vårdnadshavare är därför också en fråga om vilka krav som generellt skall ställas på en vårdnadshavare och om dessa krav bör påverkas av en pågående vårdnadstvist eller äktenskapsskillnad. En tredje svårighet är att en skönsmässig bedömning av barnets bästa i det enskilda fallet kan leda till att vårdnaden bör anförtros en förälder som objektivt framstår som mindre lämplig än den andre.[13] Ett fjärde problem är att en »olämplighetsstämpling» av en förälder kan framstå som svårförenligt med presumtionen om kontakt mellan barn och föräldrar.

Av publicerad praxis att döma tas numera olämplighetsaspekten sällan upp som grund av domstol *ex officio*. Det brukar inte heller behövas, utan vid tvist enligt 6:5–6 FB tar parterna ofta upp motpartens olämplighet som en mer eller mindre central grund för den egna talan.[14] I de flesta publicerade rättsfall är dock ingen av parterna att betrakta som olämplig enligt rättens bedömning. När rätten uteslutit olämplighet, fokuseras bedömningen på frågan om vem av föräldrarna som i större utsträckning än den andra kan tillgodose barnets bästa.

Under vissa förhållanden, som tangerar tillämpningsområdet för 2 § LVU, skall som framkommit emellertid en förälders lämplighet läggas till grund för ett avgörande. Enligt 6:7 1 st. FB skall rätten således besluta om ändring i vårdnaden om en vårdnadshavare utsätter barnets hälsa eller utveckling för bestående fara pga. missbruk eller försummelse eller andra brister i omsorgen. Som framgått kan 6:7 FB tolkas extensivt i förhållande till personkretsen och även omfatta annan än vårdnadshavare såsom dennes sambo.[15] Frågan uppstår då om 6:7 FB även *kvalitativt* kan tolkas mer extensivt än vad som direkt kommer till uttryck i lagens ordalydelse, så att t.ex. en vårdnadshavare som inte förmår att tillgodose barnets rätt till trygghet, omvårdnad och en god fostran enligt 6:1 FB skulle kunna fråntas vårdnaden enligt 6:7 FB. Av rättskällorna framkommer dock att lagstadgandet snarast är att se som ett komplement till den sociala lagstiftningen.[16]

Det har tidigare framhållits att 6:7 FB är att se som ett led i definitionen av ett passivt barnets bästa. Rekvisiten för vårdnadsöverföring enligt 6:7

13 Se t.ex. NJA 1992 s. 93.
14 Se t.ex. NJA 1989 s. 335, NJA 1986 s. 338, NJA 1992 s. 666.
15 RÅ 1987 ref. 160, RH 1991:54. *(Se ovan 5.1.2.)*
16 Prop. 1981/82:168 s. 37 f.

FB uttrycker därmed en minimstandard för vad en vårdnadshavare kan tillåta sig utan att förlora vårdnaden. Detta tog HD fasta på i NJA 1995 s. 398.

> I NJA 1995 s. 398 om överföring av vårdnad enligt 6:5 FB gjorde HD en koppling mellan 6:7 FB och 6:1–2 FB vid bedömningen av förälders lämplighet och fann att: »Även om /faderns/ lämplighet som vårdnadshavare kan ifrågasättas, är förhållandena sådana att en lösning i enlighet med /barnets/ bestämda vilja inte kan antas medföra bestående fara för hennes hälsa eller utveckling på så sätt som sägs i 6 kap. 7 § FB.» *(Se vidare 5.2.3.2.)*

Att ribban för ett passivt barnets bästa enligt HDs praxis ligger lågt kan utläsas av NJA 1992 s. 93.

> I NJA 1992 s. 93 konstaterade HD att särskild anledning att ifrågasätta faderns lämplighet som vårdnadshavare förelåg. Fadern hade dömts för bl.a. misshandel och för att egenmäktigt ha fört bort sin treårige son och därefter under en tioårsperiod förhindrat kontakt mellan son och mor. Det ansågs dock vid en samlad bedömning inte vara tillräckligt för att bedöma fadern som en olämplig vårdnadshavare, utan han tilldömdes vårdnaden. *(Se vidare 5.2.3.2, 5.2.4.)*

Däremot fränerkändes en far vårdnad pga. olämplighet enligt 6:7 FB i RH 1990:127. Här gjordes en koppling mellan ett aktivt barnets bästa enligt 6:1 FB och vårdnadshavares lämplighet enligt 6:7 FB. Det kan noteras att bedömningen inte var prognosbaserad.

> Fråga var om vårdnaden om två barn, sju och åtta år gamla, vars far fyra år tidigare hade mördat deras mor och dömts till ett långvarigt fängelsestraff. Talan om vårdnadsöverföring hade väckts av socialnämnd. HovR fann, mot bakgrund av barnens rätt till trygghet och omvårdnad enligt 6:1 FB och vårdnadshavares ansvar enligt 6:2 FB, att fadern brustit i sina grundläggande skyldigheter som vårdnadshavare. Särskilt förordnad förmyndare utsågs.

I RH 1991:54 gavs 6:7 FB inte någon självständig betydelse. Istället gjordes en koppling mellan 6:7 FB, tillämpad *ex officio* vid vårdnadstvist enligt 6:5 FB, och 2 § LVU. *(Se ovan 5.1.1.)*

> HovR anförde att förhållandena i moderns hem inte var sådana att det motiverade ett ingripande enligt 2 § LVU och att förutsättningarna för att överlåta vårdnadsansvaret på någon annan än föräldern därmed inte kunde anses uppfyllda.

De refererade avgörandena bekräftar att 6:7 FB tillämpats på ett sätt som tydliggör skillnaden mellan ett aktivt barnets bästa enligt 6:1–2 FB och de krav som kan ställas på vårdnadshavarens lämplighet enligt 6:7 FB. Att en vårdnadshavare inte utsätter barnet för bestående fara i enlighet med rekvisiten för olämplighet enligt 6:7 FB, är inte detsamma som att vårdnadshavaren tillgodoser barnets behov enligt 6:1 FB.

Av rättsfallen framgår även att omständigheterna måste vara synnerligen graverande för att en vårdnadshavare skall bedömas som olämplig. Mord på sina barns mor utgör grund för att »olämpligförklara» en vårdnadshavare. Det gör däremot inte egenmäktighet med barn eller umgängessabotage. Det kan därför finnas anledning att modifiera uppfattningen att föräldrarnas personliga egenskaper skulle vara avgörande för utgången av en vårdnadstvist. Inte heller ger publicerad praxis anledning att tro att det ställs högre krav på en förälders lämplighet i samband med vårdnadstvist än annars, dvs. för att aktualisera ett omhändertagande enligt LVU.

5.2.2 Föräldrars överenskommelser

Föräldrars avtal om vårdnad är inte bindande. Men, som inledningsvis konstaterades, kan föräldrar nå en överenskommelse i vårdnadsfrågan, t.ex. i samband med separation, uppstår det ingen legal vårdnadstvist. Situationen är då jämförbar med en fungerande familj och någon offentlig inblandning sker inte. Ett undantag utgör visserligen den formella kontrollen av barnets bästa vid äktenskapsskillnad (6:5 2 st. FB). Denna har dock inte en sådan omfattning att den kan jämställas med en materiell prövning. *(Se vidare 5.4.1.)*

Föräldrars överenskommelse har tidigare betraktats som ett moment vid bedömningen av barnets bästa i samband med vårdnadsfrågor. Det har motiverats dels med att det är bra för barn med föräldrar som är överens, dels med att föräldrarna förmodas vara de som bäst känner sina barns behov.[17]

Under senare år har dock betydelsen av föräldrarnas inställning i vårdnadsfrågan blivit mer motsägelsefull. Å ena sidan anser lagstiftaren det vara viktigt att främja en utveckling som leder till att föräldrarna i så stor utsträckning som möjligt själva skall kunna komma överens om hur vård-

17 Prop. 1981/82:168 s. 34 f.

nads- och umgängesfrågor skall ordnas.[18] Å den andra har presumtionen om gemensam vårdnad som mest förenligt med barnets bästa förstärkts på så sätt att gemensam legal vårdnad kan utdömas, trots att en av föräldrarna yrkat ensam vårdnad men ändå inte motsätter sig gemensam vårdnad (6:5–6 FB).

Här bör framhållas att en överenskommelse om gemensam legal vårdnad betraktas som synonymt med att föräldrarna är överens i vårdnadsfrågan, t.ex. om formerna för den faktiska vårdnadens utformning. Därmed är trycket hårt på parterna att nå en överenskommelse om gemensam vårdnad. Det kan t.ex. utläsas ur presumtionerna om gemensam vårdnad i 6:5–6 FB. Presumtionen om gemensam vårdnad innebär även att betydelsen av brist på en fungerande överenskommelse mellan föräldrarna minskat i betydelse. *(Se ovan 2.3, vidare 5.4.1.3–4.)*

Det tycks emellertid finnas en medvetenhet hos lagstiftaren om att gemensam legal vårdnad kanske inte alltid är ett fungerande alternativ för utövande av den faktiska vårdnaden. En anledning att tro detta är att i samband med att presumtionen om gemensam vårdnad som mest förenligt med barnets bästa förstärktes, gjordes det också ett tillägg i SoL.[19] I 12 § SoL erinras numera om att socialnämnd har ett särskilt ansvar för barn och vuxna efter det att en vårdnadstvist fått en legal lösning.

I tidigare lagförarbeten framhölls som grundläggande att föräldrarna var överens om att ha gemensam legal vårdnad för att en sådan skulle kvarstå efter en skilsmässa eller vårdnadstvist. Motiveringen för det var att gemensam vårdnad annars inte skulle vara förenligt med barnets bästa, eftersom vårdnadsformen kräver ett nära samarbete mellan föräldrarna. Tanken utvecklades av departementschefen.[20]

> Om vårdnadsformen [gemensam vårdnad] skall kunna fungera och vara det stöd för barnen som är avsett kräver den att föräldrarna står i nära kontakt med varandra och sina barn och att föräldrarna har vilja och förmåga att samarbeta. I vissa fall kan förutsättningarna för en sådan nära föräldrakontakt saknas. Det kan också uppstå slitningar mellan föräldrarna som försvårar eller omöjliggör det samarbete som krävs.
>
> Vad jag nu har sagt innebär till en början att gemensam vårdnad inte bör påtvingas föräldrar som inte båda är positivt inställda till denna vårdnadsform. Det bör alltså inte komma i fråga att domstol skall kunna förordna om gemen-

18 Prop. 1990/91:8 s. 26.
19 Prop. 1990/91:8 s. 52.
20 Prop. 1981/82:168 s. 28 f. Se även 6:10 1 st. in fino FB. (SFS 1994:1433).

sam vårdnad mot en förälders vilja eller vägra att upplösa en sådan vårdnad trots att en av föräldrarna begär det.

Nu, 15 år senare, har uppfattningen att föräldrar bör vara överens för att kunna utöva en gemensam legal vårdnad på ett sätt som är till godo för barnet till stor del övergivits. I SOU 1995:79 föreslås tvärtom att gemensam vårdnad skall kunna utdömas, trots att en eller bägge föräldrarna motsätter sig det. Som motiv anförs lakoniskt att: »(i)nte heller är det givet att gemensam vårdnad är en dålig lösning för barnet bara för att en förälder motsätter sig det».[21] Utredningen hänvisar vidare till finsk rätt, enligt vilken domstol kan utdöma gemensam vårdnad trots att en eller bägge föräldrarna motsätter sig det.[22] Leder utredningens förslag till lagstiftning, innebär det att betydelsen av föräldrars brist på överenskommelse i vårdnadsfrågor blir så gott som obefintlig. *(Se ovan 2.4, 3.2.2.3.)*

Eftersom förslaget delvis motiveras med hänvisning till finsk rätt, kan det vara intressant att notera att finska studier bekräftar att den omständighet att föräldrarna inte vill ha gemensam vårdnad endast tillmäts synnerligen begränsad betydelse i rättstillämpningen. Gemensam vårdnad har även utdömts när det enligt utlåtande från socialnämnd framstått som »uppenbart att förälder inte förstått omfattningen av sitt ansvar som vårdnadshavare», eller när bägge föräldrar ansett att »den gemensamma vårdnaden bara försvårar barnens liv».[23]

I svensk publicerad praxis är RÅ 1996 ref. 52 ett av de fall där föräldrars överenskommelse åberopats. Avgörandet rörde verkställighet. Men parallellt med verkställighetsfrågan hade talan om vårdnad anhängigjorts vid allmän domstol. Här var betydelsen av föräldrars avtal, om bl.a. gemensam vårdnad, den faktiska vårdnadens utövande samt domsrätt, central.

Parterna hade ingått ett avtal om gemensam vårdnad som befästs av amerikansk domstol. Avtalet reglerade domsrätten, som skulle tillkomma amerikansk domstol, och den gemensamma vårdnadens närmare utformning. I vårdnadsdelen utgjorde avtalet en långtgående detaljreglering av huvudsakligen den innebörden att barnet från sex års ålder skulle bo två år hos modern i Sverige, två år hos pappan i USA och därefter två år hos mamma och ett år hos pappa till dess hon fyllde 18 år. Moderns yrkande om ensam vårdnad avvisades av TR med hänvisning till parternas avtal. Trots att varken domstol eller parterna äger

21 SOU 1995:79 s. 81.
22 A.a.
23 Kurki-Suonio 1995 s. 187–188.

att förfoga över domsrätten i ett indispositivt mål ansåg TR att man svårligen kunde bortse från deras överenskommelse, särskilt som det inte fanns anledning att tro att barnets bästa inte skulle tillgodoses i USA. TRs avvisningsbeslut överklagades. HovR återförvisade ärende till TR för en materiell bedömning. HovRs beslut överklagades. Prövningstillstånd meddelades ej.[24] *(Se vidare 5.8.)*

Sammantaget är föräldrars överenskommelse avgörande för om en rättslig prövning av vårdnadstvisten skall ske eller inte. Har emellertid en vårdnadstvist väl anhängigjorts, ges brist på överenskommelse endast begränsad materiell betydelse. Istället bör föräldrarna förmås att acceptera gemensam vårdnad. Utveckling går således i riktning mot att föräldrarnas överenskommelse tillmäts stor betydelse när de är överens om att vårdnaden skall vara gemensam. Men i de fall föräldrarna inte är överens, ges bristen på överenskommelse allt mindre betydelse.

5.2.3 Barns vilja

Två principiellt skilda perspektiv kan anläggas på barnets vilja vid tvist om vårdnad. Å ena sidan kan det hävdas att barnet bör få vara med och påverka utgången av en vårdnadstvist om sig självt. Å den andra kan det hävdas att barnet bör hållas utanför föräldrarnas tvist och inte åläggas ett ansvar som det inte är moget för.

5.2.3.1 BARNS VILJA I LAGFÖRARBETEN

Barnets vilja och barns rätt att komma till tals har varit föremål för utredning sedan slutet av 1970-talet.[25] Numera har uttryckliga bestämmelser om rättens skyldighet att ta hänsyn till barnets vilja införts i lagbestämmelserna om bl.a. vårdnad och umgänge (6:10 d, 6:15, 6:19 FB).[26] Denna lagstiftning motiverades som framkommit nästan uteslutande av värdebaserade skäl. *(Se ovan 3.2.2.3.)*

Också enligt äldre rätt skulle hänsyn tas till barnets vilja vid en materiell bedömning av barnets bästa i samband med överföring av vårdnad mellan föräldrarna.[27] I de äldre lagförarbetena markerades generellt de problem som är förknippade härmed kraftigare än i de senare förarbetena. Följande

24 Solna TR 1995-04-05, T66/95. HD 1996-12-16, Mål nr Ö4379/95 .

25 T.ex. SOU 1979:63, SOU 1987:7.

26 SFS 1995:1242. Prop. 1994/95:224. Se även 4:6 FB (om adoption), 48 § NamnL, prop. 1996/97:124 s. 98. *(Se vidare 5.3.3.)*

27 T.ex. prop. 1981/82:168 s. 66.

citat ur lagförarbeten från 1980-talets början och 1990-talets mitt sammanfattar några av dessa svårigheter.

> Domstolens uppgift är att söka den lösning som kan antas bäst svara mot barnets behov. Om barnet har en bestämd uppfattning och har nått en sådan mognad att dess önskemål bör respekteras, bör domstolen i allmänhet följa barnets önskan. När barnet har nått en sådan mognad kan inte besvaras generellt. Många gånger kan uppgiften att söka utreda vad barnet verkligen vill försvåras av att barnet uttrycker en uppfattning som inte svarar mot barnets innersta önskan. I allmänhet torde domstolen därför vara hänvisad till att väga in barnets egna uppgifter i den helhetsbedömning av samtliga omständigheter som bör beaktas i målet.[28]

> Barnet skall inte under några omständigheter behöva ta direkt ställning i en vårdnadskonflikt mellan föräldrarna eller i övrigt i ett vårdnadsmål.[29]

> Vad som är barnets verkliga vilja kan dock vara svårt att veta. Barnet kan på olika sätt påverkas till att ha en viss inställning och barnets inställning kan förändras från dag till dag. Det är därför viktigt att det som barnet ger uttryck för bedöms med sakkunskap och med hänsyn tagen till omständigheterna i det enskilda fallet.[30]

Av citaten framkommer att barnets vilja skall ges betydelse vid avgörandet av en vårdnadstvist. Men det framgår också att barnet aldrig skall behöva välja en förälder. Det framhålls även att barnets vilja är en svårtolkad grund för en bedömning av barnets bästa.

Den materiella betydelsen barnets vilja skall ges för ett vårdnadsavgörande är således svår att definiera. I viss mån sammanhänger bedömningen med barnets *ålder och mognad*. Huvudprincipen är, med stöd av grunderna för verkställighetsreglerna i 21 kap. FB, att barnets önskemål bör respekteras från tolv års ålder eller från det barnet uppnått motsvarande mognad.[31]

Att åldersgränsen tolv år har försetts med en brasklapp, »eller uppnått motsvarande mognad», innebär i princip att det saknas en bestämd åldersgräns från vilken barnets vilja skall beaktas i vårdnads- och umgängesfrågor. I praktiken har tolvårsgränsen hittintills haft stor betydelse som rikt-

28 Prop. 1981/82:168 s. 66. (Sic!)

29 Prop. 1981/82:168 s. 78.

30 Prop. 1994/95:224 s. 27.

31 Enligt äldre rätt var gränsen 15 år. Ändrat genom SFS 1983:485. Se prop. 1982/83:165 s. 17 f. I SOU 1996:111 och prop. 1994/95:224 presenteras även andra relevanta åldersgränser. *(Se ovan 2.1.)*

märke. Det bör emellertid framhållas att någon åldersgräns inte förekommer i den senare lagstiftningen om hänsynen till barnets vilja (6:10 d FB). Vid avgörande av en vårdnadstvist skall därmed hänsyn också tas till små barns önskningar.

Det finns också ett samband mellan barnets ålder och mognad och *tolkningen* av barnets vilja, eftersom barn uttrycker sin vilja på olika sätt beroende av ålder och mognad. Vid tolkning av barnets vilja har som sagt förutom barnets *utveckling* även frågan om barnet har utsatts för *påtryckningar* för att ta ställning för den utvalda föräldern varit central.

Hur barnets vilja har tolkats och vilken betydelse den har givits i praxis behandlas i följande avsnitt. *(Se vidare 5.6.1.2.)*

5.2.3.2 BARNS VILJA I PRAXIS

Huvudregeln är således att hänsyn skall tas till barnets vilja vid avgörandet av vårdnads- och umgängesmål. Omfattningen av denna »hänsyn» är i likhet med bedömning av barnets bästa i stort beroende av en skönsbedömning i det enskilda fallet. Här redogörs för hur barnets vilja har bedömts i några publicerade rättsfall.[32]

I NJA 1988 s. 448 beaktades barnets vilja inte. Det motiverades med att barnet inte gett uttryck för en *bestämd uppfattning*.

> Målet rörde vårdnad om en nästan trettonårig pojke. HD slog fast att barns egna synpunkter generellt borde tillmätas stor vikt. *In casu* fann dock domstolen att pojken inte uttryckt en tillräckligt bestämd uppfattning för att den skulle kunna ges avgörande betydelse i målet.

I NJA 1992 s. 93 utryckte barnet med all önskvärd tydlighet att han ville att fadern skulle få vårdnaden om honom. Här hade HD att ta ställning till vilken betydelse som skulle tillmätas det förhållandet att barnet utsatts för *påtryckningar* att välja fadern. Även sambandet mellan barnets vilja och vårdnadshavares *lämplighet* var aktuellt.

> HD tillmätte här en trettonårig pojkes vilja betydelse för utgången av vårdnadstvist. Pojken hade, som en följd av en egenmäktighet av fadern, bott tio år i Tunisien. Avgörandet är intressant därför att barnet hade varit föremål för starka påtryckningar från fadern, men endast haft sporadiskt kontakt med modern sedan han förts bort. Enligt HD gjorde sig barnets vilja särskilt gällande vid byte av hemland. HDs ledamöter var inte eniga. Två av justitieråden tog bl.a.

32 Angående äldre rätt se Beckman & Höglund B IV:7, BIV:9, B IV:18.

det faktum att återförandet inte skulle kunna verkställas mot barnets vilja, annat än om det skulle befinnas nödvändigt för barnets bästa, till intäkt för att avgörande till förmån för modern inte skulle leda till en förflyttning av barnet mot dess vilja. *(Se ovan 5.2.1, vidare 5.2.4.)*

I NJA 1992 s. 93 gavs det förhållandet att barnet varit föremål för påtryckningar mindre relevans vid bedömningen av barnets vilja. Inte heller i NJA 1995 s. 398 förtogs betydelsen av barnets vilja av att det utsatts för påtryckningar att välja en förälder. Även i detta avgörande belyses sambandet mellan barnets vilja och bedömningen av vårdnadshavares lämplighet. En slutsats som kan dras av avgörandet är att barnets vilja beaktas så länge en förälder inte bedöms som olämplig enligt 6:7 FB. En annan slutsats är att barnets vilja begränsar betydelsen av andra kriterier för att fastställa barnets bästa. *(Se ovan 5.2.1.)*

Målet rörde en trettonårig flicka som kraftigt tog avstånd från sin mor (och storebror), till förmån för sin far. Fråga var om flickans, i och för sig otvetydiga, uttalanden verkligen återspeglade hennes egna önskemål och behov. Enligt HovR framstod det, efter att flickan hörts av rätten, som uppenbart att hon stod under mycket stark påverkan av sin far. Av detta skäl fäste HovR ingen avgörande vikt vid barnets verbalt uttalade vilja. HD berörde inte frågan om påverkan, utan noterade att barnet hade en mognad som var normal för en trettonåring och att hon klart hade uttalat att hon ville leva med sin far.[33]

Dessa tre avgöranden har rört barn som passerat tolvårsgränsen. I följande domar är fråga om något yngre barn. I NJA 1992 s. 666 tillmättes inte en nioårig flickas vilja betydelse. HD kommenterade inte barnets ålder, men framhöll att hon utsatts för påverkan av modern och att flickans uttalanden därför inte kunde beaktas.

Avgörandet rörde vårdnaden om en nioårig flicka som bott den allra största delen av sitt liv med sin mor och endast träffat fadern vid ett fåtal tillfällen. Flickan hade uttalat att hon inte ville träffa sin far. KamR hade lämnat begäran om verkställighet av faderns umgängesrätt utan bifall med hänvisning till ett barn- och ungdomspsykiatriskt utlåtande. Enligt det förelåg ej ringa risk för att flickans kroppsliga eller själsliga hälsa skulle skadas om verkställighet av allmän domstols dom ägde rum. HD tog fasta på att en överflyttning av vårdnaden av flickan skulle innebära en stor omvälvning med ovissa följder för barnet. *(Se vidare 5.2.4.)*

33 Se även RH 1983:123.

Inte heller tog HovR i RH 1991:54 hänsyn till det tioåriga barnets vilja. Avgörandet rörde fråga om särskilt förordnad förmyndare enligt 6:7 FB skulle utses att i moderns ställe handha vårdnaden.

> I målet gav barnet, som periodvis varit omhändertagen enligt 2 § LVU och som hade en far som var dömd för misshandel av honom och en mor som sammanbodde med en kriminellt belastad och alkoholmissbrukande man, uttryck för att han önskade bo i det familjehem där han placerats. Detta påverkade inte utgången i målet, utan modern fick vårdnaden. *(Se ovan 5.2.1, vidare 5.3.3.)*

Men i RH 1992:78 gavs en nioårings vilja avgörande betydelse för utgången av vårdnadstvisten.

> Fråga var om en nioårig pojke som hade drabbats av svåra förluster i form av flera dödsfall i familjen. Det var ostridigt att pojken visade symtom på att inte må bra. Vid tiden för HovRs avgörande bodde han hos sin far, styvmor och flera halvsyskon. Till sin lärarinna sa pojken att han ville vara och bo hos sin mamma. I kombination med att modern kunde erbjuda en god hemmiljö som var välkänd för pojken och där han hade väletablerade kamratkontakter fann HovR att det var mest förenligt med barnets bästa att modern fick vårdnaden. Rätten konstaterade även att han var moderns enda barn och att mamman hade möjlighet att mera aktivt ta del av hans skolarbete, omvårdnad och uppfostran i övrigt.

Sammanfattningsvis gäller, som så ofta i vårdnadsärenden, att det är svårt att göra en entydig tolkning av rättsfallen. Tidigare förefaller emellertid sällan enbart barnets vilja varit tillräckligt att basera ett avgörande på. Däremot har barnets vilja i kombination med andra faktorer tillmätts stor betydelse. Rätten har då, som i RH 1992:78, även tagit hänsyn till viljan hos relativt små barn. I NJA 1995 s. 398 baserade HD, i enlighet med då ännu ej gällande lagstiftning, sitt avgörande till stor del på barnets vilja. Fråga var om ett äldre barn, men det är oklart vilken betydelse åldern hade. NJA 1995 s. 398, liksom NJA 1992 s. 93, motsäger uppfattningen att barnets vilja inte skall tillmätas avgörande betydelse om barnet utsatts för alltför stora påtryckningar. Utgången i NJA 1992 s. 93 tyder på att ju större förändring för barnet en dom skulle innebära, desto större betydelse ges barnets vilja. NJA 1995 s. 398 är också av intresse då HD avgjorde vårdnadstvisten med referens till 6:7 FB och ett passivt barnets bästa. Därmed avstod domstolen från att lägga en helhetsbedömning av barnets situation till grund för avgörandet. En möjlig tolkning härav är att det äldre barnets vil-

ja begränsar prövningens omfattning så länge ett passivt barnets bästa inte är hotat.

5.2.4 Stabilitet, umgänge och kontakt

Traditionellt har barnets behov av stabilitet och kontinuitet uppfattats som en viktig aspekt vid en bedömning av barnets bästa. Annorlunda uttryckt har risker förknippade med att barnet tvingas byta miljö och huvudsaklig omvårdare uppmärksammats.[34]

Under senare tid har den svenske lagstiftaren emellertid kraftigt betonat betydelsen av barns *kontakt* med bägge sina föräldrar. Det ledde år 1991 till lagstiftning, enligt vilken rätten skall fästa särskilt avseende vid barnets behov av en god och nära kontakt med bägge föräldrarna (6:6 a FB). Bestämmelsen, är vid sidan av bestämmelsen om barnets vilja, den enda närmare definitionen av barnets bästa som influtit i lagstiftningen. Barnets möjlighet att hålla kontakt med bägge sina föräldrar skall i ett vårdnadsavgörande kunna ges större värde än barnets behov av stabilitet.[35] Medverkar den faktiske vårdnadshavaren inte till att umgänge kommer till stånd, s.k. *umgängessabotage*, skall det således kunna leda till en vårdnadsövergång om det i övrigt är mest förenligt med barnets bästa.[36] I specialmotiveringen betonades dock att domstol måste visa lyhördhet för de motiv som en förälder anför för att inte vilja medverka till att barnet får träffa den andra föräldern.[37]

Tanken på att umgänge inte under alla förhållanden är förenligt med barnets bästa befästes i lag 1993.[38] Enligt denna bestämmelse, 6:15 3 st. FB, skall rätten vid beslut om umgänge beakta risken för att barnet i samband med utövande av umgänge utsätts för övergrepp, olovligen bortförs, kvarhålls eller annars far illa. *(Se ovan 4.5.1.)*

Bestämmelsen i 6:6 a FB torde få störst betydelse vid omprövning av vårdnad, särskilt om barnets kontakt med den förälder som barnet inte bor med inte fungerat. Vid omprövning har barnet normalt hunnit etablera sig hos en förälder, vilket även kan vara fallet under en långdragen vårdnads-

34 Goldstein m.fl. 1996 s. 7. Smith 1980 s. 391 f.
35 Prop. 1990/91:8 s. 61. Se även Öberg 1992 s. 5 f.
36 Prop. 1990/91:8 s. 37.
37 Prop. 1990/91:8 s. 61.
38 SFS 1993:213. *(Se ovan 3.2.2.5.)*

process.[39] Vid bedömningen av barns behov av stabilitet versus umgänge blir också betydelsen av tidsaspekten särskilt tydlig.

Enligt förarbetena »får domstolen väga barnets behov av en god relation med båda föräldrarna mot barnets behov av kontinuitet och stabilitet i sin tillvaro. Vid denna bedömning är det viktigt att inte kontinuitetsaspekten slentrianmässigt ges företräde».[40] *(Se vidare 5.3.4.)*

Problemet har berörts i flera publicerade avgöranden om vårdnadsöverföring. Rättsfrågan har här varit barnets bästa, tolkat som behov av umgänge jämfört med barnets behov av stabilitet. I samtliga fall var fråga om vårdnadshavare som aktivt motverkat umgänge och barn som sedan en längre tid bodde hos vårdnadshavaren. I de flesta av fallen var det även fråga om barn som hade bristfällig kontakt med den andre föräldern. Ett undantag utgör NJA 1989 s. 335, som också är det enda fallet där HD beslutat om vårdnadsövergång från den umgängessaboterande modern till fadern. Av betydelse för utgången var att far och dotter hade en etablerad relation och det därmed var mindre risk för att flickan skulle fara illa av ett miljöbyte. Avgörandena kan sammanfattas i följande schematiska framställning:

Främja stabilitet	*Motverka umgängessabotage*
NJA 1986 s. 338	
	RH 1987:60
	NJA 1989 s. 335
----------	Lagändring 6:6a § FB
NJA 1992 s. 93	
NJA 1992 s. 666	
----------	Lagändring 6:15 4 st. FB
NJA 1994 C 5	
RH 1994:3	
NJA 1995 s. 398	

Fig. 4

Sammanställningen visar att i publicerad praxis har barnets behov av stabilitet fått företräde framför dess behov av kontakt med bägge sina föräldrar. Figuren kan även ses som ett exempel på de begränsningar som *in casu*-prognoserna medför avseende prejudikatbildning på vårdnadsområdet.

39 Se även Saldeen 1989–90 s. 340 ff.

40 Prop. 1990/91:8 s. 61. Vid vård enligt SoL eller LVU anses barnets rätt till kontinuitet och stabilitet vara grundläggande. Prop. 1989/90:28 s. 52. *(Se vidare 5.3.4).*

Det finns därför anledning att tro att en annan bedömning görs på TRs nivå.

Med den begränsning som ligger i detta kan rättsläget rörande överföring av vårdnad enligt 6 kap. FB sammanfattas enligt följande: Så länge ett passivt barnets bästa inte hotas har frågan om föräldrars lämplighet begränsad betydelse för bedömningen av barnets bästa, inte heller ges föräldrars brist på överenskommelser annat än begränsad betydelse. Större tyngd har barnets behov av stabilitet och barnets vilja. *(Se vidare 6.4.)*

Som en jämförelse presenteras i det följande avsnittet materiella förutsättningar för vård enligt 2 § LVU. Som framhållits motiveras jämförelsen med att vård enligt 2 § LVU kan uppfattas som en *de facto* överföring av vårdnaden. Redan här skall en grundläggande skillnad mellan överföring av vårdnad enligt 6 kap. FB och vård enligt 2 § LVU framhållas. Vård enligt 2 § LVU aktualiseras typiskt sett när ett passivt barnets bästa är hotat, vid överföring av vårdnad enligt 6 kap. FB är det ett undantag.

5.3 Materiella förutsättningar för vård enligt 2 § LVU

Ett barn kan under vissa omständigheter omhändertas mot föräldrarnas vilja. Förutsättningar för vård i sådana fall regleras i 2 och 3 §§ LVU. Som tidigare framhållits utgör omhändertagande enligt LVU ett undantag från den frivillighetsgrund som socialtjänstens insatser för den enskilde i princip vilar på. Det förklaras av att samhällets särskilda ansvar för barn och unga medför att det i vissa situationer måste finnas möjlighet att bereda barnet vård utan samtycke.[41] *(Se ovan 4.3.4.)*

I 3 § LVU regleras de s.k. *beteendefallen*. Härmed avses de fall när ett omhändertagande aktualiseras pga. att barnet genom eget beteende utsätter sin hälsa eller utveckling för en påtaglig risk att skadas genom *missbruk* av beroendeframkallande medel, *brottslig verksamhet* eller något annat *socialt nedbrytande beteende*. Lagstadgandet blir sällan tillämpligt vid omhändertaganden av små barn.[42]

Anknytningen till vårdnadsrätten är svagare vid omhändertaganden en-

41 Se t.ex. SOU 1994:139 s. 97 f. Prop. 1989/90:28 s. 38.

42 Prop. 1989/90:28 s. 66 f.

ligt 3 § LVU jämfört med omhändertaganden enligt 2 § LVU. Ett omhändertagande enligt 3 § LVU är inte i första hand ett ingripande i vårdnadshavarens rättigheter, utan ett uttryck för samhällets maktbefogenheter mot den unge själv. Omhändertaganden enligt 3 § LVU tar sikte på beteenden som är kriminella eller ligger nära de kriminaliserade och som därmed ofta har beröring med straffrätten. Ett omhändertagande enligt 3 § LVU kan aktualiseras när den unge gjort sig skyldig till kriminaliserade handlingar, såsom misshandel, stöld eller skadegörelse, men straff enligt BrB inte kan utdömas eller inte lämpligen bör utdömas. Det kan bero på att den unge inte uppnått straffbar ålder eller att tillräckligt ingripande brottspåföljd inte kan ådömas. Men framförallt möjliggör ett omhändertagande enligt 3 § LVU ett preventivt ingripande i syfte att skydda den unge.

Bestämmelsen i 2 § LVU tar sikte på de fall att barnet löper påtaglig risk att fara illa pga. förhållanden i hemmet, det s.k. *miljöfallet*. Det är i allmänhet en omskrivning av att vårdnadshavare brister i förmåga att tillgodose barnets behov. Här är anknytningen till vårdnadsrätten mer påtaglig än vid omhändertaganden enligt 3 § LVU. Den unge skall skyddas mot vårdnadshavarens aktiva eller passiva beteende, inte mot sitt eget. Den följande framställningen begränsas till att behandla omhändertaganden enligt 2 § LVU. Som tidigare har anförts utgör omhändertaganden så omfattande inskränkningar av vårdnadshavarens rättigheter att de kan jämställas med en överföring av vårdnaden till socialnämnd.

Angående uppdelningen mellan vård enligt 2 § och 3 § LVU kan framhållas att det i praktiken kan vara oklart om ett barns vårdbehov är avhängigt brister i omsorgen eller om vårdbehovet beror på barnets eget beteende. I det första fallet skall vård beredas enligt 2 § LVU, i det andra enligt 3 § LVU. Problemet var aktuellt i RÅ 1989 not 169.

> En trettonårig flickas beteende, omfattande missbruk av beroendeframkallande medel och kriminalitet, bedömdes vara en konsekvens av förhållanden i hemmet. Vårdnadshavaren uppfattades som auktoritär, kontrollerande och utan förståelse för att barnets kritiska situation kunde bero på förhållanden i hemmet. Vidare framhölls vårdnadshavarens homosexuella samboförhållanden med andra kvinnor som en ångestskapande omständighet. I ärendet bereddes barnet vård enligt 2 § LVU och inte enligt 3 § LVU.

Till skillnad från bedömningen vid överföring av vårdnad enligt 6 kap. FB skall ett omhändertagande enligt LVU i princip inte vara prognosbaserat. Ett visst prognostänkande ligger dock i rekvisitet »påtaglig risk» för skada.

Det måste emellertid vara fråga om en klar och konkret risk för skada på den unges hälsa eller utveckling vid tiden för domstolsprövningen.[43] *Riskrekvisitet* ersatte i samband med införande av 1990 års LVU *farerekevisitet* i 1980 års LVU. Lagändringen motiverades med att en lag som syftar till att skydda barn och ungdomar aldrig får bygga på förutsättningen att den unge redan skall ha utsatts för en konstaterbar skada. Införandet av riskrekvisitet sågs vidare som ett förtydligande av de legala grunderna för omhändertaganden och en kodifiering av praxis.[44] Det kan noteras att farerekvisitet består i 71 § SoL, angående anmälan om misshandel m.m. mot underårig, liksom i 6:7 FB om överföring av vårdnad pga. olämplig vårdnadshavare.[45] *(Se ovan 5.1.2.)*

Tillämpningen av riskrekvisitet i 2 § LVU har prövats av RegR i ett antal fall.[46] Så skedde t.ex. i RÅ 1995 ref. 64 och RÅ 1995 ref. 46. I bägge avgörandena var fråga om ensamstående förälders handikapp respektive psykisk sjukdom medförde att en påtaglig risk för skada av barnets hälsa eller utveckling förelåg pga. brister i omsorgen. *(Se vidare 5.3.2.2.)*

RÅ 1995 ref. 64 rörde en ensamstående mor som till följd av hjärnskada led av stresskänslighet och bristande mognad. Vid tiden för RegRs avgörande var hennes barn tre och fem år. Familjen uppbar ett synnerligen omfattande stöd enligt SoL. Periodvis var fyra personer anställda på heltid och en på halvtid för att vara modern behjälplig i hemmet. Barnen utvecklades huvudsakligen positivt. Inför RegR anförde kommundelsnämnden att de massiva stödinsatserna i hemmet utgjorde en riskfaktor för barnen. Det exemplifierades med att hemmet fick en institutionsliknande karaktär, att barnen utsattes för lojalitetskonflikter och att täta personalbyten ägde rum. Det anfördes även att moderns tillkortakommanden skulle komma att medföra större risker ju äldre barnen blev. RegRs majoritet fann inte att sådana risker för barnens utveckling förelåg att de utgjorde skäl för ett omhändertagande. Två av regeringsråden var skiljaktliga. Med hänvisning till de samstämmiga uttalanden som gjorts av barnläkare och psykologer förordade de bifall till vård enligt 2 § LVU.

Att riskrekvistet tolkas restriktivt bekräftas av utgången i RÅ 1995 ref. 46 och RÅ 1996 ref. 61.

43 Prop. 1989/90:28 s. 62 ff.

44 A.a.

45 Prop. 1989/90:28 s. 61. Observera dock att farerekvisitet i 71 § SoL föreslås ersättas med, motsvarande, ett riskrekvisit. Prop. 1996/97:124 s. 104 f.

46 Angående tillämpning av farerekvisitet, se t.ex. RÅ 1985 2:46.

I RÅ 1995 ref. 46 hade modern till en fyraårig flicka omhändertagits för vård enligt LPT. Samma dag omhändertogs barnet enligt LVU. Av utredningen ansågs framgå att modern led av en allvarlig psykisk störning. Däremot fanns det inget som tydde på att barnet skadats pga. bristande omsorger. RegR fann inte att en påtaglig risk, i betydelsen konkreta skaderisker för en allvarlig inverkan på barnets hälsa och utveckling, förelåg. Vård medgavs ej.

Riskrekvisitet i förhållande till vårdens resultat behandlas i RÅ 1996 ref. 61.

RÅ 1996 ref. 61 rörde en sextonårig flicka som led av depression och kronisk trötthet och som sedan flera år försummade sin skolgång. Vård enligt 2 § LVU medgavs av LR och KamR med bl.a. den motiveringen att flickan skulle genomgå en fullständig medicinsk och barnpsykiatrisk undersökning. Undersökning och behandling ledde ej till någon förbättring. RegR fann att det därmed inte kunde anses visat att det fanns sådana brister i hemmet att det motiverade tvångsvård. Angående de risker för flickans utveckling som hennes skolfrånvaro innebar framhöll RegR att hennes skolplikt upphört. *(Se vidare 5.3.2.2.)*

5.3.1 Samtycke

Som framkommit syftar LVU till att ge samhället en möjlighet att bereda barn vård när samtycke från, i första hand, vårdnadshavare inte kan erhållas. LVU utgör ett komplement till SoL när frivilliga insatser inte är tillräckliga och ett undantag från SoLs samförståndsprincip genom att den som är under 18 år får beredas vård utan samtycke av vårdnadshavare eller barnet självt.[47] Huvudregeln är att om stödåtgärder för barnet kan vidtas på frivillig väg, skall tvångsåtgärder inte användas. Vård skall då ske enligt SoL. Det medför att vårdnadshavarens rättigheter inte inskränks, utan den legala bestämmanderätten över barnet kvarstår hos vårdnadshavaren. Det innebär t.ex. att vårdnadshavaren har rätt att avbryta vården eller annars kontakta barnet på ett sätt som kan framstå som svårförenligt med vårdens syfte. *(Se ovan 4.3.4.)*

En förutsättning för att ett barn skall kunna vårdas enligt LVU är därmed att samtycke från vårdnadshavare och barnet självt, om det fyllt 15 år, inte kan erhållas (1 § LVU). Vid vård enligt 2 § LVU är barnet ofta under 15 år och det är då endast aktuellt med vårdnadshavarens samtycke. Hu-

47 Prop. 1979/80:1 s. 212, 581. Strömberg s. 142. Se även Allmänna råd 1981:2 s. 12, Krantz 1982 s. 3. Appelberg 1986 s. 186 f.

vudprincipen, att vård enligt LVU inte kan meddelas om samtycke till vård enligt SoL lämnats, är emellertid försedd med undantag.[48]

5.3.1.1 VÅRD TROTS SAMTYCKE

Vissa krav ställs på samtyckets form och innehåll för att samtycket skall kunna åberopas som skäl mot ett omhändertagande. Bland dessa märks att det skall ha lämnats frivilligt. Vidare märks att den enskilde skall ha fullt klart för sig vad samtycket innebär. Slutligen skall samtycket ha givits i en sådan otvetydig och klar form att det inte kan råda någon tvivel om dess existens och innebörd. Formellt ställs inga krav på skriftlighet men det rekommenderas av bl.a. bevisskäl.[49] Det framhålls även att den enskilde bör äga psykiska förutsättningar för att avge en giltig viljeförklaring och ha god insikt i samtyckets innebörd och konsekvenser.[50]

Det ligger nära till hands att associera lokutionen *äga psykiska förutsättningar för att avge giltiga viljeförklaringar* med civilrättens regler om rättslig handlingsförmåga.[51] Rättslig handlingsförmåga tillkommer enligt huvudregeln myndiga fysiska personer som inte ställts under förvaltarskap enligt FB. Kraven på psykiska förutsättningar för att lämna samtycke till vård enligt LVU förefaller vara högre än de krav som ställs för rättslig handlingsförmåga generellt. En grund för en sådan slutsats är kravet på att den samtyckande skall ha *god* insikt om innebörden av den vård han samtycker till.[52]

Frågan om samtycke diskuterades ingående av socialutskottet vid beredningen av 1980 års LVU. Enligt utskottet måste det finnas utrymme för att ingripa med stöd av LVU även när ett formellt giltigt samtycke lämnats, om det fanns särskilda skäl såsom att barnets säkerhet eller den planerade vården annars skulle äventyras. Men utskottet konstaterade också att ett formellt korrekt samtycke inte utan vidare kunde frånkännas sin sedvanliga rättsliga betydelse.[53] En lagtolkning som inte godtog samtycke också när det fanns viss anledning att tro att det inte var allvarligt menat skulle strida mot legalitetsprincipen och innebära att LVUs tillämpningsområde utvidgades i förhållande till lagtextens uttryckliga innehåll. För att få möj-

48 Bramstång 1985 s. 213 f.
49 Appelberg 1986 s. 187.
50 Prop. 1979/80:1 del A s. 581.
51 Se t.ex. Adlercreutz 1995 s. 114 f.
52 Bramstång s. 216 f.
53 SoU 1979/80:44 s. 100.

lighet att omhänderta barn enligt LVU, trots att det finns ett formellt korrekt samtycke, förordade utskottet en *extensiv* tolkning av begreppet *behövlig vård*.

Enligt utskottets tolkning av begreppet »behövlig vård» måste hela den planerade vården täckas. Finns det anledning att tro att det formellt giltiga samtycket kan komma att *återkallas* innan hela behandlingsprogrammet är genomfört, skall LVU kunna tillämpas. Enligt utskottet kan liknande skäl anföras för vård enligt LVU när föräldrarna samtyckt till vård utanför hemmet, men det finns anledning att tro att föräldrarna kan komma att störa vården av barnet, t.ex. genom att besöka barnet vid olämpliga tidpunkter. Slutligen anförde utskottet att det, oaktat samtycke, kan finnas skäl att tillgripa åtgärder enligt LVU i syfte att kunna garantera barnets trygghet om det utsatts för svåra övergrepp, t.ex. incest eller allvarlig misshandel.[54] Andra exempel på situationer när vård kan beredas, trots att samtycke eventuellt föreligger, är när vårdnadshavaren *inte kan nås*, t.ex. pga. utlandsvistelse eller aktivt undanhållande.[55]

Ett antal typsituationer kan således urskiljas då vård kan beredas med stöd av LVU trots att samtycke föreligger. De är för det första när det finns anledning att tro att samtycket inte är allvarligt menat; för det andra när samtycke inte omfattar hela den planerade vården; och för det tredje när det finns anledning att tro att samtycket inte kommer att bestå under hela den tid som behövs för att genomföra den planerade vården.[56] Till dessa undantag kommer de fall när barnets trygghet anses kräva att vårdnadshavarens rättigheter gentemot barnet begränsas.

Bramstång har betecknat diskussionen kring *samtycke* respektive *behövlig vård* som krystad.[57] De ojämna styrkeförhållanden som råder mellan den enskilde vårdnadshavaren och socialnämnd medför även att en parallell till avtalsrättens bestämmelser svårligen låter sig göras. Bedömningen av samtycket görs ensidigt av socialnämnd och åtminstone delvis på grunder som motiveras av barnets vårdbehov, inte vårdnadshavarens trovärdighet.

5.3.1.2 SAMTYCKE I PRAXIS

Möjlighet att bereda barn vård enligt 2 § LVU, trots att samtycke till frivillig vård lämnats, har varit fråga för RegRs bedömning i ett antal rättsfall.

54 SoU 1979/80:44 s. 100 f.
55 Bramstång s. 213. Prop. 1979/80:1 del C s. 10 f. Se även Hollander 1988 s. 181.
56 Appelberg 1986 s. 189.
57 Bramstång 1985 s. 215.

Fråga om ett barns trygghet i förhållande till en vårdnadshavare som utsatt det för allvarliga övergrepp var aktuell i RÅ 1983 2:87 (I).

> En far hade, mot sitt nekande, dömts för otukt med sin fjortonåriga dotter. Han samtyckte till samhällsvård för dottern enligt SoL. RegRs majoritet fann att det var en väsentlig del av vården att flickan skyddades från kontakt med fadern. Det kunde inte garanteras om fadern hade kvar vårdnadsansvaret. Skäl fanns därför att meddela vård med stöd av 2 § LVU.

Också i RÅ 1989 not 169 ansågs barnets trygghet kräva att vårdnadshavarens rättigheter gentemot det suspenderades genom ett omhändertagande.

> I RÅ 1989 not 169 bedömdes samtycke i relation till en allvarlig konflikt mellan en trettonårig dotter och hennes mor. RegR fann här att begreppet »behövlig vård» omfattade att dottern kunde känna sig säker på att modern inte skulle ingripa på ett störande sätt i vården om henne. En sådan trygghet kunde enligt RegRs bedömning inte åstadkommas så länge modern hade vårdnadsansvaret. *(Se ovan 5.3.)*

I bägge dessa fall begränsades således rättsverkningarna av samtycket med hänsyn till barnets behov av skydd gentemot vårdnadshavaren. Avgörandena motiverades även av att det fanns anledning att tro att samtycket inte skulle bestå under hela den planerade vården. Så var även fallet i RÅ 1996 not 98.

> Fråga var om vård för två barn, vars föräldrar var skilda men hade gemensam vårdnad. Modern, som var hospitaliserad, hade tidigt samtyckt till vård. Fadern lämnade samtyckte först i RegR. RegR fann att vård skulle beredas. Det framhölls att faderns samtycke tillkommit sent och att barnen hade ett starkt behov av att känna trygghet för att fadern inte skulle ingripa störande i vården.

I RÅ 1983 2:87 (II, III) och RÅ 1990 ref. 13 var fråga om samtycket var allvarligt menat, alternativt om vårdnadshavaren hade tillräcklig insikt i samtyckes innebörd.[58] I bägge fallen ansågs samtycket hindra vård.

> RÅ 1983 2:87 (II) rörde samtycke från vårdnadshavare med ett långvarigt och omfattande narkotikaberoende. Mot bakgrund av att föräldrarna förbehållslöst samtyckt till vården, samarbetade väl med de sociala myndigheterna och arbetade på att befria sig från sitt beroende ansågs deras samtycke utgöra hinder

58 Se även Appelberg 1986 s. 190 f.

mot vård enligt LVU. Även i RÅ 1983 2:87 (III) fann RegR att samtycke förhindrade vård enligt LVU. Detta trots att vårdnadshavaren, enligt RegR, visat brist på psykisk balans och tidigare haft svårt att fullfölja åtaganden hon gjort.

I RÅ 1990 ref. 13 var fråga om alkoholmissbrukande vårdnadshavares samtycke till vård var en tillförlitlig grund för frivillig samhällsvård. I målet fann KamR, med hänvisning till moderns missbruk och sociala situation, att hennes samtycke inte kunde uppfattas som en garanti för att vården av barnet skulle kunna genomföras. RegR tog däremot fasta på att hon tidigare accepterat att barnet vårdats utanför hemmet och samarbetat med de sociala myndigheterna. Samtycket godtogs därmed.

Att ett samtycke är förenat med begränsningar kan vara anledning att, oaktat detta, bereda barnet vård enligt 2 § LVU. Så skedde i RÅ 1986 ref. 4 och RÅ 1986 not 502. I RÅ 1986 ref. 4 var fråga om tidsbegränsat samtycke.

Vårdnadshavaren hade samtyckt till att hennes trettonårige son vårdades i familjehem under ett år. KamR bedömde inte detta vara tillräckligt för att frivillig vård skulle kunna beredas. Socialnämnden anförde att det, oaktat att samtycket var allvarligt menat, fanns risk för att vårdnadshavaren under påverkan av andra personer skulle avbryta vården. RegR ändrade inte KamRs dom. *(Se vidare 5.3.3.)*

I RÅ 1986 not 502 var samtycket begränsat med hänsyn till vem som skulle vårda barnet.[59]

Fråga om vård av en nyfödd dotter till en schizofren kvinna. Modern hade samtyckt till vård i familjehem under förutsättning att hennes syster och svåger skulle vårda barnet. Dessa förutsättningar ansågs inte kunna uppfyllas, utan barnet bereddes vård enligt 2 § LVU. *(Se vidare 5.3.4.)*

I RÅ 1995 ref. 38 godtogs samtycke som lämnats på ett sent stadium av förhandlingarna. Samtycket var även villkorat på så sätt att barnet inte skulle placeras för långt bort från vårdnadshavaren. Det kan noteras att ett sådant villkor är väl i linje med de rättigheter som tillerkänns en vårdnadshavare under ett omhändertagande. *(Se ovan 4.2.3.1.)*

Fallet rörde en flicka som omhändertagits när hon var sju månader pga. föräldrarnas bristande förmåga att tillgodose hennes behov. I överklagande till

59 Se även RÅ 1982 2:74 refererade av Appelberg 1986 s. 190.

KamR samtyckte fadern, som tillsammans med modern var vårdnadshavare, till vård i form av familjehemsplacering för dottern. Han framställde som villkor att familjehemmet inte skulle vara avlägset beläget och att han skulle ha goda möjligheter till en nära kontakt med dottern. KamRs majoritet godtog inte samtycket med hänvisning till att det fanns anledning att befara att det skulle återkallas. Fadern överklagade och vidhöll sin talan. RegR godtog samtycket.

Sammantaget förefaller det som RegR har varit restriktiv vid meddelande av vård enligt LVU när samtycke funnits, i enlighet med principen att ett rättsligt bindande samtycke inte utan vidare kan frånkännas rättsverkningar. Men RegRs inställning kan även ha andra orsaker, en kan t.ex. vara att den tid som hunnit förflyta ger RegR mer realistiska möjligheter att bedöma om samtycket var allvarligt menat.

5.3.2 Miljö och olämplig vårdnadshavare

Enligt 2 § LVU skall ett omhändertagande ske om »det på grund av misshandel, otillbörligt utnyttjande, brister i omsorgen eller något annat förhållande i hemmet finns en påtaglig risk för att den unges hälsa eller utveckling skadas».[60]

Det ligger i sakens natur att en problemsituation ofta är hänförlig till fler än ett av lagens rekvisit.[61] Ett omhändertagande skall grundas på en klar och konkret risk för skada på den unges hälsa eller utveckling. Subjektiva antaganden om att barnet riskerar att skadas eller ovidkommande omständigheter som samhällsvärderingar får inte läggas till grund för ett tvångsomhändertagande.[62] I specialmotiveringen framhålls att enbart problem hos föräldrarna inte skall föranleda ett omhändertagande, utan bedömningen måste göras utifrån de följder som dessa problem medför för barnet.[63] Angående de konkreta förutsättningarna för omhändertaganden betonas vikten av att de formuleras så tydligt och precist som möjligt i lagtexten.[64] *(Se vidare 5.5.1.)*

60 Se även FNs förklaring om barnets rättigheter 1959, enligt vilken barn skall skyddas mot »neglect, cruelty and exploitation». Artikel 19 Barnkonventionen, enligt vilken konventionsstaterna skall vidta lämpliga åtgärder för att skydda barnet mot »alla former av fysiskt eller psykiskt våld, skada eller övergrepp, vanvård eller försumlig behandling, misshandel eller utnyttjande, innefattande sexuella övergrepp...» *(Se ovan 4.2.)*

61 Prop. 1989/89:28 s. 108.

62 Prop. 1989/90:28 s. 63.

63 Prop. 1989/90:28 s. 108.

64 Prop. 1989/90:28 s. 64 f.

5.3.2.1 MISSHANDEL OCH OTILLBÖRLIGT UTNYTTJANDE

Redan ringa fysisk *misshandel* kan utgöra grund för ett omhändertagande, om det inte är fråga om en enstaka överilad handling. Allvarlig misshandel bör regelmässigt leda till att den unge omhändertas, åtminstone för en tid. Med psykisk misshandel förstås att den unge utsätts för psykiskt lidande genom systematiska kränkningar, nedvärderingar eller terrorisering. Med *otillbörligt utnyttjande* avses främst att barnet utnyttjas sexuellt eller i pornografiskt syfte av någon av föräldrarna eller med föräldrarnas godkännande. Även den situationen att barnet åläggs ett allt för stort ansvar eller alltför ansträngande kroppsarbete omfattas i begreppet otillbörligt utnyttjande.[65] Åtminstone de senare fallen ligger nära brister i omsorgen.

Endast i ett fåtal av RegRs avgöranden har det varit fråga om misshandel som huvudsaklig grund för omhändertagande enligt 2 § LVU.

RÅ 1987 ref. 160 rörde förutsättningar för vård enligt LVU av en polsk femårig flicka. I samband med att modern sökt akut sjukvård för barnet konstaterades livshotande skada på bukspottskörteln, armbrott, blåmärken bl.a. på insidan av låren och svullnader. Modern och hennes sambo förnekade att barnet utsatts för misshandel. RegRs majoritet fann att barnet misshandlats eller på annat sätt utsatts för fysiskt våld. Modern, som var ensam vårdnadshavare, ansågs ha brustit i omsorgen genom att inte ha skyddat barnet mot misshandeln. Däremot hävdades inte att hon personligen hade utsatt flickan för misshandel. Förutsättningar för vård bedömdes föreligga. Se även RH 1991:54.

I RÅ 1991 not 206 var fråga om förutsättningar för vård pga. brister i relationen mellan mor och barn samt misstänkt misshandel. Initialt förefaller anmälningarna om och erkännande av misshandel ha använts för att kvalificera ett omhändertagande pga. brister i relationen mellan barn och vårdnadshavare. Föräldrarna samtyckte till vård och omhändertagandet enligt LVU upphävdes.

I RÅ 1996 ref. 91 var bl.a. fråga om det förekommit misshandel eller brister i omsorgen. En baby omhändertogs efter att ha vårdats för bl.a. hjärnskador. En äldre halvbror omhändertogs pga. misshandel alternativt brister i omsorgen. Beslut om vård enligt LVU för ytterligare två syskon fattades av KamR pga. brister i omsorgen. RegR upphävde vården med motiveringen att det inte förelegat sådana brister i omsorgen som medfört en påtaglig risk för barnens fysiska eller psykiska hälsa.

Att omhändertaganden inte gjorts i andra fall av misstänkt barnmisshandel har kritiserats av JO.

65 Prop. 1989/90:28 s. 65, 107.

I ett av de fallen som varit föremål för JOs granskning var fråga om ett flertal anmälningar till socialnämnd om misstänkt misshandel av en fyraårig tysk pojke och hans nyfödde halvbror. Anmälningarna föranledde ingen åtgärd från socialnämndens sida. Kort tid efter den senaste anmälan dödades pojken. Moderns pojkvän dömdes för bl.a. mord och grov misshandel och modern för bl.a. grov misshandel. Den ansvariga avdelningschefen på socialförvaltningen dömdes på JOs talan för tjänstefel, eftersom anmälningarna om pojken inte föranlett någon åtgärd.[66]

I ett annat fall var fråga om en tvåårig flicka som dog till följd av grov misshandel. Två månader tidigare hade en biträdande barnöverläkare, som behandlat flickan, gjort en anmälan om misstänkt barnmisshandel. Styvfadern dömdes för grov misshandel och grovt vållande till barnets död. Det förhållandet att barnet inte omhändertagits kritiserades av JO liksom den bristande kommunikationen mellan sjukhus och socialtjänst.[67]

Med *otillbörligt utnyttjande* avses i första hand att barnet utnyttjats sexuellt. I de publicerade fallen där otillbörligt utnyttjande varit grund för omhändertagande enligt 2 § LVU har det varit fråga om incestuösa sexuella övergrepp mot barnet.

I RÅ 1985 Ab 59 var fråga en sjuårig flicka som uppgavs uppvisa en rad symtom, som tydde på sexuella övergrepp och bedömdes som känslomässigt mycket störd och i behov av barnpsykiatrisk behandling. Det anfördes att hennes ensamstående far inte klarat av att komma till rätta med barnets tidiga störning pga. föräldrarnas separation. LR beslutade om vård enligt 2 § LVU. KamR upphävde LRs beslut, huvudsakligen mot bakgrund av att incestmisstankarna inte var styrkta. RegR fann att flickans allvarliga störning, oavsett om incest förekommit eller ej, måste häröra från förhållanden i hemmet och fastställde LRs dom.

I RÅ 1993 not 290 var fråga om en fjortonårig adopterad flicka som enligt utredning hade allvarliga känslomässiga störningar. Störningarna berodde, enligt bedömningen i LR och KamR, till väsentlig del på att det förekommit incest mellan dottern och adoptivfadern, som dömts för sexuella övergrepp mot henne av TR. Enligt LR och KamR förelåg grund för omhändertagande enligt

66 JO 1992/93 s. 319.

67 JO 1992/93 s. 341. Se även JO 1996/97 s. 268 rörande skäl för ingripanden enligt 6 § LVU samt anmälningsskyldighet enligt 71 SoL pga. incestmisstankar.

LVU. Vid tiden för RegRs prövning hade HovR ogillat åtalet mot fadern. Med hänsyn främst till detta återförvisades målet till KamR. Noteras kan att barnet och hennes biträde inför KamR anförde att barnet önskade bo kvar i föräldrahemmet. *(Se vidare 5.3.3.)*

Även det förhållandet att barnet åläggs ett alltför stort ansvar eller hårt arbete kan som sagt utgöra otillbörligt utnyttjande. En sådan situation var aktuell i RÅ 1985 2:26.

Här anförde socialnämnd som grund för omhändertagande av en syskonskara, uppväxta under svåra förhållanden i flyktingläger, bl.a. att barnen inte fått tillfälle att läsa sina läxor, eftersom alltför stor del av hemmets skötsel lagts på dem. I den fortsatta handläggningen betonades dock huvudsakligen andra faktorer som grund för ett omhändertagande, såsom de traumatiska upplevelser barnen utsatts för under flyktingtillvaron, moderns svårigheter att anpassa sig till det svenska samhället och att ge barnen ett rimligt mått av förståelse och omvårdnad. RegR upphävde KamR beslut om vård.

Misshandel och otillbörligt utnyttjande är relativt tydliga rekvisit för omhändertagande. Av publicerad praxis att döma går sådana övergrepp sällan vidare som LVU-mål. Men sker det förefaller det vara något vanligare att psykisk, och inte fysisk, misshandel åberopas som grund för ett omhändertagande. Endast mer sällan åberopas sexuella övergrepp som grund härför. Det är också vanligare att försummelse och vanvård åberopas av socialnämnd.[68] Det är då problem som kan hänföras till rekvisiten brister i omsorgen och andra förhållanden i hemmet.

5.3.2.2 BRISTER I OMSORGEN OCH ANDRA FÖRHÅLLANDEN I HEMMET

Lokutionen *brister i omsorgen* tolkas som att det föreligger sådana brister i den materiella omsorgen att barnets hälsa äventyras eller att tillsynen eftersätts så att barnet inte får det skydd som är nödvändigt med hänsyn till dess ålder, dvs. utsätts för vanvård. Även sådana fall räknas hit då föräldrar inte medverkar till att barnet får nödvändig medicinsk behandling samt fall av psykisk och känslomässig försummelse. Det har betonats att uppräkningen inte är heltäckande.[69]

Andra förhållanden i hemmet syftar bl.a. på fall när missförhållanden i hemmet inte i första hand beror på vårdnadshavaren själv utan på någon

68 SoS 1995:21 s. 27 f.
69 Prop. 1989/90:28 s. 65.

annan, t.ex. en sambo.[70] Så var t.ex. fallet i RÅ 1987 ref. 160 där barnet utsatts för misshandel av vårdnadshavarens sambo. *(Se ovan 5.3.2.1.)*

Det finns anledning att tro att den kvantitativt vanligaste grunden för omhändertaganden är föräldrars missbruk och psykiska störningar.[71] I ett stort antal av de publicerade rättsavgörandena, där omhändertagande enligt 2 § LVU varit aktuellt pga. brister i omsorgen, har det även varit fråga om föräldrar med handikapp av fysisk eller psykisk natur och/eller missbruksproblem. Följande rättsfallsreferat kan få illustrera detta.

I RÅ 1983 Ab100 var fråga om vårdbehov pga. föräldrarnas spritmissbruk. Hemmiljön präglades av föräldrarnas inbördes konflikter och regelbundna alkoholförtäring. Socialjour och polis var inkopplade. Omhändertagandet avslogs av LR, men bifölls av KamR och RegR.

I RÅ 1984 Ab116 anförde en social distriktsnämnd som grund för ett omhändertagande att vårdnadshavaren led av utvecklingsstörning och psyko-sociala problem. Det medförde ett torftigt socialt och personligt liv med svårigheter bl.a. att sköta ekonomi, hygien och kosthållning samt oförmåga att sköta ett arbete. Vårdnadshavaren ansågs ha en mycket orealistisk inställning till vad det innebär att ha hand om och vårda ett barn, sakna tolerans mot stress samt brista i känslomässig mognad. Hon saknade helt stöd av släkt eller vänner. Även barnafadern framstod som helt olämplig att delta i vården av barnet. Beslut om omhändertagande fastställdes av samtliga instanser.

I RÅ 1985 2:83 (I) var fråga om vård av nyfödd pga. psykisk sjukdom hos föräldrar. Dessa led av schizofreni och narcomania abusus cannabis sativa. Med hänsyn till att föräldrarna med medicinering fungerade adekvat och hade god kontakt med barnet upphävde RegR omhändertagandet.

RÅ 1985 2:83 (II) rörde en sexårig flicka vars föräldrar var sjukpensionerade. Modern led av återkommande psykotiska perioder. Fadern uppfattades som en person med små resurser att stå emot motgångar och sociala påfrestningar. Omhändertagandet initierades av att modern misshandlades av fadern. LR beslöt om vård enligt LVU. KamR fastställde LRs dom. RegR ändrade KamRs dom och lämnade ansökan om vård utan bifall. RegRs motiv för att inte bifalla ansökan om vård var att de störningarna barnet uppvisat hade kunnat botas snabbt, varför RegR ansåg att de inte var av mer djupgående natur. Det var inte heller visat att andra brister i omsorgen om barnet eller annat förhållande i hemmet utgjorde fara för barnet.

70 Prop. 1989/90:28 s. 109.
71 Lundström s. 192.

I senare praxis, såsom RÅ 1995 ref. 64 och RÅ 1995 ref. 46, har riskrekvisitet varit centralt *(Se ovan 5.3.)* I andra fall från RegR har omhändertaganden enligt 2 § LVU varit aktuella pga. brister i omsorgen och förhållanden i hemmet, men utan att det hävdats att föräldrarna var missbrukare eller led av sjukdom.

I RÅ 1992 ref. 6 anfördes som grund för ett omhändertagande av en tvåårig flicka att det kunde riktas allvarliga anmärkningar mot hennes mor vad gällde omvårdnaden av barnet såsom hygien, klädval, mathållning och sängtider. Flickan hade haft ingrodd smuts på kroppen och karies. Socialnämnden hävdade också att det var fråga om en djupgående konflikt mellan föräldrarna, där barnet fick sitta mellan. LR beslöt att barnet skulle omhändertas enligt 2 § LVU. Inför KamR anfördes att modern hade stora problem, var arbetslös, nedstämd över brytningen med barnets far och uppträdde aggressivt. KamR fastställde LRs beslut. Omhändertagandet upphävdes av RegR med motiveringen att bristerna i den fysiska omsorgen inte var så omfattande att de utgjorde vanvård.

Missförhållanden i hemmet, misstanke om misshandel samt att modern brast i den känslomässiga omsorgen om sonen åberopades som grund för ett omhändertagande i RÅ 1992 not 640. KamR upphävde LRs beslut om omhändertagande med motiveringen att förhållandena i hemmet förändrats så att den påtagliga risk för barnets hälsa som förelegat upphört. Det ansågs inte heller att modern brast i den känslomässiga omsorgen på så sätt att hon var olämplig att vårda honom. RegR fastställde KamRs beslut med motiveringen att det inte framkom av utredningen som gjorts efter upphörandet av tvångsvården att det förelåg risker som motiverade ett omhändertagande.

I RÅ 1995 ref. 39 var fråga om förutsättningar för vård pga. brister i föräldrarnas omsorg av en 18 månader gammal pojke och 32 månader gammal flicka. Föräldrarna uppfattades brista i insikt om och förmåga att tillgodose barnens behov. Barnen uppvisade symtom i form av kräkningar, viktminskning, depression, etc. Barnens egna ombud förordade att omhändertagandet skulle bestå eftersom barnen funnit sig väl tillrätta och utvecklades mycket positivt. RegR upphävde omhändertagandet med motiveringen att föräldrarna inte var markant avvikande och att de efter erfarenheterna av ett tvångsingripande rimligen skulle komma att samarbeta bättre med socialnämnd.

Sammantaget bekräftar genomgången av RegRs praxis att brister i miljön är att hänföra till frågan om vårdnadshavarens förmåga att tillgodose barnets behov och att förhållanden normalt är jämförliga med rekvisiten för 6:7 FB. Vid ingripanden eftersträvas ett passivt barnets bästa. Däremot är

det svårt att finna ett samband mellan kriterierna för omhändertaganden enligt 2 § LVU och ett aktivt barnets bästa. Snarare understryker RegRs praxis vid omhändertaganden enligt 2 § LVU det förhållandet att ett aktivt barnets bästa inte beaktas.

5.3.3 Barns vilja

Barn har formellt talerätt i LVU-mål. Barn under 15 år representeras av en särskild ställföreträdare (36 § LVU).[72] Betydelsen av barnets vilja vid omhändertaganden framstår som närmare förknippad med de processuella förhållandena vid omhändertaganden enligt 2 § LVU än med de materiella förutsättningarna för omhändertaganden. Det motiverar att den materiella betydelsen av barnets vilja här endast presenteras översiktligt. *(Se vidare 5.5.3.2.)*

Enligt lagförarbetena till LVU måste barn få komma till tals i kontakten med socialtjänsten och ett barnperspektiv skall anläggas på arbetet. Däremot åläggs domstol inte att vid den materiella bedömningen ta särskild hänsyn till barnets vilja såsom görs vid överföring av vårdnad enligt 6 kap. FB.[73] I mål om omhändertaganden enligt 2 § LVU skall det yngre barnet höras om det kan vara till nytta för utredningen och barnet inte tar skada av att höras (56 § 2 st. SoL, 36 2 st. LVU). Om barnets vilja inte överenstämmer med socialnämndens bedömning, skall barnet genom den särskilda ställföreträdaren kunna agera oberoende av såväl socialnämnd som vårdnadshavare.[74] Särskilt framhålls betydelsen av barnets vilja i samband med flyttningsförbud (24 § LVU).[75] *(Se vidare 5.3.5.)*

Vid omhändertaganden enligt 2 § LVU förefaller *yngre* barns inställning i publicerad rättspraxis tillmätas betydelse främst för att belägga om barnet har funnit sig tillrätta i familjehemmet, dvs. skäl som ligger nära frågan om stabilitet. *(Se vidare 5.3.4.)*

Praxis rörande *äldre* barns inställning är motsägelsefull. I RÅ 1996 ref. 61 gavs en femtonårig flickas vilja inte betydelse. Detsamma gällde i RÅ 1993 not 290 och RÅ 1986 ref. 4 rörande fjortonåringars önskan. I RÅ

72 SFS 1995:1242. Se prop. 1994/95:224 s. 44 f. Det ansågs inte behövligt att förstärka barnets rätt att komma till tals i sociala mål i samband med att motsvarande lagändringar gjordes i FB.

73 Prop. 1994/95:224 s. 32 f. Se även prop. 1996/97:124 s. 98 f.

74 Prop. 1994/95:224 s. 46. I statistiskt material uppges att barnets biträde i det stora flertalet mål biträder socialnämndens förslag. Se SoS 1995:21 s. 43.

75 Prop. 1979/80:1 del A s. 541.

1989 not 169 och i RÅ 85 2:26 ansågs däremot en trettonårings respektive en femtonårings vilja ha betydelse för bedömningen av behov av vård pga. hemförhållanden.

Sammantaget ges barnets vilja mindre materiell betydelse vid omhändertaganden enligt 2 § LVU än vid överföring av vårdnad enligt FB. Det är konsekvent vid en jämförelse med tillämpningen av barnets vilja som materiellt kriterium för överföring av vårdnad enligt 6 kap. FB. Som framkommit av bl.a. HDs domskäl i NJA 1995 s. 368 och NJA 1992 s. 93 förutsätter ett beaktande av barnets vilja vid vårdnadstvist att den föräldern som barnet önskar leva med inte är olämplig som vårdnadshavare och att ett passivt barnets bästa ej träds för när. Vid omhändertaganden enligt 2 § LVU är det ett passivt barnets bästa, alternativt uttryckt vårdnadshavarens lämplighet, som bedöms. Barnets vilja tillåts därför inte påverka bedömningen.

5.3.4 Stabilitet och umgänge

Inom socialtjänstens individomsorg betraktas kontinuitets- och närhetsprinciperna generellt som vägledande.[76] Det kan vara en anledning till att barns behov av stabilitet och möjlighet att rota sig förefaller diskuteras mer i samband med omhändertagande enligt 2 § LVU än vad som numera görs i samband med överföring av vårdnad enligt FB. *(Se ovan 5.2.4.)*

I LVUs förarbeten slås fast att barnets rätt till kontinuitet och stabilitet bör vara ett övergripande mål för alla hjälpinsatser, oavsett om det gäller stöd i hemmet eller vård utom hemmet. Det motiveras med att: »Det är ett grundläggande behov hos alla barn att känna tillhörighet och i största möjliga utsträckning slippa utsättas för avbrott i betydelsefulla relationer».[77] I det senare reformarbetet betonas ytterligare att vården bör utformas så att den främjar barnets samhörighet med föräldrar, syskon och andra för barnet viktiga personer. Det föranleder en försiktig rekommendation för att placera barn som behöver familjehem hos släktingar.[78]

Rekommendationen medför att det kan ifrågasättas om bedömningen av barnets behov av kontinuitet i förhållande till kontakt med modern som gjordes i RÅ 1986 not 502 skulle bli densamma nu.

Här stod valet mellan att placera ett spädbarn, med moderns samtycke, hos

76 T.ex. prop. 1979/80:1 Prop. 1989/90:28 s. 46, 52 f. SOU 1994:139 s. 98 f.
77 Prop. 1989/90:28 s. 52.
78 Prop. 1996/97:124 s. 113 f.

släktingar eller utan samtycke hos en av socialnämnden utsedd familj. Som fördel med att placera barnet hos släktingarna (som tillhörde samma etniska minoritet som mor och dotter) framhölls att det skulle underlätta kontakten mellan barn och förälder. Till fördel för den andra familjen talade att flickan hade bott hos dem hela sitt, 18 månader långa, liv. RegR biföll med denna motivering talan om vård enligt 2 § LVU. *(Se ovan 5.3.1.)*

Umgänge med den biologiska familjen betraktas som viktigt för att bibehålla kontinuiteten i barnets relation till föräldrarna och möjliggöra ett återförenande av barn och föräldrar. Som framkommit har det betonats vid tillämpningen av artikel 8 Europakonventionen. I fallet *Olsson I mot Sverige* fann domstolen sålunda att en kränkning av artikel 8 förelåg, eftersom de tre omhändertagna barnen placerats långt från varandra och från föräldrarna. Det försvårade umgänge och kontakt mellan barn och föräldrar. Sverige fälldes också av Europadomstolen i fallet *Margareta och Roger Andersson mot Sverige* angående inskränkningar i umgänge. En mor hade förbjudits att träffa sin son och att ha kontakt med honom genom brev och telefon. Socialnämnds skyldighet att aktivt verka för att umgänge verkligen kommer till stånd framgår av fallet *Hokkanen mot Finland.*[79] *(Se ovan 4.2.3.1.)*

Också utanför socialtjänstlagarnas direkta tillämpningsområde kommer stabilitetsaspekten till tydligare uttryck i lagstiftning rörande vårdnad med anknytning till omhändertaganden, dvs. när socialnämnd är taleberättigad, än i lagstiftning rörande vårdnadstvist mellan föräldrar. Ett exempel är 6:8 FB. Här stadgas att om ett barn stadigvarande vårdats och fostrats i ett annat enskilt hem än föräldrahemmet och det är uppenbart bäst för barnet att de rådande förhållandena får bestå, så kan vårdnaden föras över på familjehemsföräldrarna.

Enligt 6:8 FB görs ingen (o)lämplighetsprövning av föräldrahemmet, utan det avgörande är att barnet har etablerat sig i ett annat hem. Vid bedömningen av överföring av vårdnad framhålls betydelsen av umgänge mellan barnen och de biologiska föräldrarna som avgörande för om en överföring av vårdnaden enligt 6:8 FB skall ske. Om umgänge inte förekommit, talar det för en övergång av vårdnaden till fosterhemsföräldrarna i syfte att garantera barnet kontinuitet, trygghet och stabilitet. *(Se ovan 5.1.1.)*

79 ERD 130 (1988, Olsson), ERD 226 (1992, M. och R. Andersson), ERD 299 A (1994, Hokkanen).

Betoningen av stabilitet och kontinuitet vid omhändertaganden av barn enligt 2 § LVU kan jämföras med 6 kap. FBs bestämmelser om bristande kontakt som grund för överföring av vårdnad enligt 6:5–6 FB (6:6 a FB). Fungerar umgänget inte mellan barn och förälder när barnet är omhändertaget enligt 2 § LVU, är det en anledning att diskutera överföring av vårdnaden från föräldrarna till familjehemsföräldrarna i syfte att främja barnets behov av stabilitet (6:8 FB). Om umgänge mellan barn och umgängesförälder inte fungerar, kan det enligt 6:6 a FB vara en anledning till att överföring av vårdnaden till umgängesföräldern skall ske i syfte att få till stånd ett fungerande umgänge med bägge föräldrarna i framtiden.[80] *(Se ovan 4.5.)*

Reglerna är konsekventa på så sätt att det är vårdnadshavaren som får stå för följderna av att umgänge inte äger rum. Men bestämmelsen är mindre konsekvent med tanke på att socialnämnd enligt 14 § LVU åläggs ett ansvar för att den unges behov av umgänge med föräldrar och andra vårdnadshavare tillgodoses. Reglerna är även mindre konsekventa eftersom de i det ena fallet betonar barns behov av stabilitet och i det andra barns behov av umgänge.

5.3.5 *Förutsättningar för upphörande av vård enligt 2 § LVU och flyttningsförbud*

Vård enligt 2 § LVU skall upphöra efter beslut av socialnämnd eller domstol om det inte längre finns skäl för omhändertagandet (9 § LVU). I annat fall upphör vården automatiskt när den unge fyllt 18 år.

Flyttningsförbud kan meddelas när vård enligt LVU upphört.[81] Beslut om flyttningsförbud fattas av LR på ansökan av socialnämnd (24 § LVU). Beslutet innebär ett förbud för vårdnadshavaren att under viss tid eller tills vidare ta hem barnet från familjehemmet. Vårdnadshavarens bestämmanderätt över barnet sätts ur spel, trots att vården enligt LVU upphört. Tillfälliga flyttningsförbud kan meddelas av socialnämnds ordförande och skall underställas LR inom en vecka (27, 28 §§ LVU). Flyttningsförbud är avsedda att vara kortvariga och därför skall socialnämnd minst en gång per kvartal ompröva om beslutet fortfarande behövs (26 § LVU). *(Se vidare 5.5.5.)*

Flyttningsförbud syftar till att bevaka barnets bästa och att ge barn och

80 Se prop. 1990/91:8 s. 37 f.

81 Se NJA 1993 s. 666 samt ERD 130 (1988, Olsson), ERD 250 (1992, Olsson II).

föräldrar möjlighet att återanknyta till varandra innan barnet flyttar hem till föräldern.[82] Förutsättningarna för att kunna meddela ett flyttningsförbud är att det föreligger en inte obetydlig risk för att barnets kroppsliga eller psykiska hälsa skulle ta skada, om barnet tvingades flytta från det hem där det befinner sig. Enbart en övergående störning eller annan tillfällig olägenhet är inte tillräckligt för att meddela ett förbud.[83]

Bland de omständigheter som skall beaktas i samband med beslut om flyttningsförbud är barnets *ålder, utvecklingsgrad, egenskaper* och *känslobindningar*. Vidare måste hänsyn tas till den *tid* barnet har vårdats på annan plats än hos föräldrarna, de *levnadsförhållanden* barnet har och de det skulle komma till. Föräldrarnas *kontakter* med barnet under den tid som de har varit åtskilda skall också vägas in. *Barnets vilja* är en viktig faktor vid bedömningen av om det föreligger behov av att meddela flyttningsförbud, till skillnad från vid bedömningen av om vård enligt 2 § LVU skall beredas.[84] Att barnets vilja skall beaktas förklaras av att varken vårdnadshavare eller familjehemsföräldrarna längre torde bedömas som olämpliga att handha vårdnaden. *(Se ovan 5.3.3.)*

Som framkommit har Europadomstolen i mål mot Sverige prövat flyttningsförbud. I två av fallen fälldes Sverige; i det ena för att flyttningsförbud och inskränkningar i umgängesrätt utfärdats utan lagstöd;[85] i det andra för att flyttningsförbud med begränsad umgängesrätt förelegat under alltför lång tid.[86] Däremot har begränsade flyttningsförbud bedömts vara motiverade för viss tid.[87] *(Se ovan 4.2.3.1.)*

5.4 Vissa processuella förhållanden vid överföring av vårdnad enligt FB

I det följande diskuteras vissa processuella förhållanden i samband med överföring av vårdnad enligt FB. Fokus ligger på samband mellan de processuella och de materiella reglerna. En övergripande fråga blir därmed om de processuella bestämmelserna är adekvata för att tillvarata barnets bästa

82 Prop 1989/90:28 s. 79 f. 118 f.

83 Prop. 1979/80:1 del A s. 541.

84 A.a.

85 ERD 250 (1992, Olsson II). Avgörande före lagstiftning om umgänge och flyttningsförbud (31 § LVU).

86 ERD 156 (1989, Eriksson).

87 ERD 226 B (1987, Reime).

och andra materiella bestämmelser för överföring av vårdnad. Här kan erinras om att en av huvudambitionerna bakom vårdnadsrätten är att en överenskommelse mellan föräldrarna skall komma till stånd och domstolsprocess undvikas. För det fallet att en stämningsansökan inges försöker normalt ombud och domstol att förmå parterna att träffa en uppgörelse före huvudförhandling. »Förlikningstanken» har kommit att prägla också de processuella reglerna. Framställningen i de följande avsnitten är huvudsakligen deskriptiv. I förekommande fall utvecklas de rättspolitiska aspekterna närmare i kapitel 6.[88]

Inledningsvis kan påpekas att processuella regler rörande vårdnad, vid sidan av RB, återfinns i 6:16–22 FB samt 20 kap. FB. Härav framgår t.ex. att rätten vid huvudförhandling i mål om vårdnad inför TR skall bestå av en lagfaren domare och tre nämndemän (20:1 FB jämte 14:17ÄktB). Vissa variationer är dock tillåtna. Rätten kan således vara domför med en domare och endast två nämndemän om den tredje fått förhinder sedan huvudförhandling påbörjats. Föreligger särskilda skäl får antalet lagfarna domare utökas med en till. Hålls huvudförhandling i förenklad form skall rätten bestå av en lagfaren domare (1:3 a 2 st. RB). Rätten är även domför med en lagfaren domare om, i andra fall än när huvudförhandling hålls i förenklad form, rätten anser det tillräckligt och parterna samtyckt till det eller utan samtycke om målet är av enkel beskaffenhet (1:3 a 3 st. RB). Tvistiga vårdnadsmål har dock anförts som exempel på mål när huvudförhandling i förenklad form inte bör förekomma utan parternas samtycke.[89] Ärendeförfarandet enligt ÄrendeL är relativt vanligt vid tillämpning av 6 kap. FB (6:17 2–3 st. FB).[90] TR är då domför med en lagfaren domare. Om det finns särskilda skäl med hänsyn till ärendets beskaffenhet får TR bestå av en lagfaren domare och tre nämndemän.

88 Genomgången är inte heltäckande i den mening att den utgör en steg för steg redovisning av processen. För en sådan genomgång hänvisas till Heuman 1991, Saldeen 1995, Walin 1996, Appelberg och Wetter.

89 Tottie s. 523. Angående förhandling inför HovR, se 14:18 ÄktB. Observera även 3 §, 10 § Förordning (1949:661) om skyldighet för domstol att lämna uppgifter i mål och ärenden enligt föräldrabalken, m.m. Uppgifter om ett intermistiskt beslut, dom eller slutligt beslut om vårdnad skall sändas till skattemyndighet och socialnämnd där barnet är eller senast var folkbokfört samt till den allmänna försäkringskassa där vårdnadshavaren är eller skulle ha varit folkbokfört. I vissa fall skall meddelande även sändas till Centrala studiestödsnämnden.

90 Se Fitger 1996 s. 28.

5.4.1 Indispositiva tvistemål, officialprincipen och rättssäkerhet

Processuella bestämmelser ger en ram för den rättsliga prövningen vid domstol och annan myndighet. De reglerar såväl behörig myndighets handläggning av saken som parternas processföring. I ett vidare perspektiv avspeglar processreglerna även det samhällsintresse ett rättsområde har.[91] Traditionellt anses familjerätten vara ett område där samhället har ett långtgående intresse av att utöva kontroll i syfte bl.a. att bevaka barnets bästa. Ett uttryck för det är att stora delar av familjerätten är statusrelaterad och indispositiv (17:3 RB & contrario). Ett exempel utgör det förhållandet att medverkan av domstol eller registrering hos skattemyndighet krävs för att en överföring av den legala vårdnaden skall komma till stånd.

I svensk doktrin framhålls som självklart att tvister om vårdnad är indispositiva.[92] Att föräldrarnas överenskommelser om vårdnaden tillmäts jämförelsevis stor materiell betydelse och av lagstiftaren, åtminstone tidigare, ansetts ha ett »egenvärde» har inte påverkat denna inställning.[93] Det har inte heller det förhållandet att föräldrar under vissa omständigheter kan »avtala» om vårdnaden, dvs. träffa en överenskommelse som utan materiell prövning av myndighet läggs till grund för reglering av vårdnadsförhållandet (6:4 FB, 6:3 2 st. FB).

Indispositiviteten i mål och ärenden om vårdnad avspeglar sig dock i olika inslag av *officialprövning* i domstolarnas handläggning.[94] Här märks främst domstols skyldighet att om det anses nödvändigt införskaffa *utredning* utöver parternas (6:17 FB, 6:10 d FB), att domstol kan agera *utan yrkande* och att domstolen utövar en *kontrollerande* funktion (6:4–10 FB).[95]

Officialprövning i vårdnadsfrågor sker för att domstol skall kunna bevaka barnets personliga intressen. Vid sidan av det enskilda barnets intressen finns även ett allmänt intresse av att barn garanteras en god uppväxtmiljö. Andra fördelar som kan uppnås med ett indispositivt förfarande, t.ex. skydd av svagare part och utjämnande av icke-önskvärda processuella

91 Lavin JT 1989–90 s. 75.

92 Ekelöf I s. 56 f. Beckman & Höglund s. B IV:13.

93 Se Prop 1981/82:168 s. 34. Westberg s. 856. *(Se ovan 1.4.)*

94 Se 6:17 2 st. FB. Saldeen s. 62. Walin 1996 s. 224.

95 Wennnergren diskuterar skillnaden mellan *officialprövningsprincipen* och *officialprincipen*. Han förbehåller termen officialprövningsprincipen för vad som i denna framställning betecknas som domslutsinriktad officialprövning, dvs. rättens möjlighet att döma över annat eller mer än vad som omfattas av parternas yrkanden. Med officialprincipen avser han rättens ansvar för utredningens fullständighet. Han framhåller också att enighet inte råder beträffande termernas innebörd. Wennergren 1995 s. 106 f.

obalanser mellan parterna, brukar däremot inte diskuteras i samband med vårdnad. Inte heller diskuteras de nackdelar som tillämpningen av officialprincipen anses kunna medföra. Till sådana nackdelar hänförs att officialprincipen kan utgöra ett hot mot den enskildes rättssäkerhet, bidra till ett mindre effektivt processförfarande och leda till att domarnas opartiskhet ifrågasätts.[96] Angående domslutsinriktad officialprövning har anförts att det är en officialprövningsteknik som för tankarna till det inkvisitoriska förfarandet. Det genomgripande sätt på vilket domstolen kan beröva parterna inflytande över processen har betecknats som »en systemfrämmande företeelse i den moderna, kontradiktoriska civilprocessen».[97]

Att vårdnadsmål betecknas som indispositiva förklarar att domstol i samband med överföring av vårdnad inte har enbart en tvistelösande funktion. Rätten skall som sagt även kontrollera föräldrarnas eller andra vårdnadshavares lämplighet och överenskommelser i förhållande till barnets bästa. *(Se ovan 3.1.2.)* Kontrollen avser dock inte att skydda barnet mot varje slag av olämplig förälder.[98] Tvärtom är den begränsad till att garantera barnet vad som här betecknas som ett passivt barnets bästa, dvs. ett skydd mot sådana brister i omvårdnaden som kan medföra en bestående fara för barnet. Det kan framhållas att domstolens kontroll i praktiken oftast består av att socialnämnden informeras om den pågående vårdnadstvisten och bereds tillfälle att yttra sig (6:19 FB). Sådana yttranden inkommer endast i ett synnerligen begränsat antal fall.

Rättens kontroll av ett passivt barnets bästa i samband om överföring av vårdnad kompletterar det ansvar för att barn inte far illa som vilar på socialnämnd. Det innebär att ett passivt barnets bästa vid vårdnadstvister bevakas av såväl allmän domstol som av socialnämnd.[99] Däremot är det oklart om domstols officialansvar bidrar till att tillgodose ett aktivt barnets bästa. *(Se vidare 5.4.1.1.)*

De processuella bestämmelserna utgör som sagt en ram för den rättsliga prövningen. Ett syfte med denna ram är att trygga den formella rättssäkerheten och tillse att beslutet fattas i formellt korrekta former. Att så sker uppfattas som en förutsättning för materiell rättssäkerhet – att beslutets innehåll skall bli »rätt» och »rättvist».[100] Ingripanden i vårdnad genom om-

96 Westberg s. 25 f. Dübeck 328 f.
97 Westberg s. 819.
98 Westberg s. 879 f.
99 Westberg s. 871.
100 Se t.ex. Bramstång 1984 s. 869 f., Hydén 1984 s. 12, Hollander 1985, s. 28.

händertagande enligt LVU är, och har varit, föremål för en omfattande rättssäkerhetsdiskussion.[101] Motsvarande diskussion saknas i samband med överföring av vårdnad enligt FB. Det förklaras av att diskussionen om rättssäkerhet traditionellt bygger på att det finns en risk för att staten begagnar sin maktposition gentemot den enskilde på ett obehörigt sätt. En vårdnadstvist mellan två formellt jämnstarka parter, i princip kapabla att tillvarata sina egna intressen, anses självfallet inte medföra sådana risker. Det kan emellertid finnas anledning att även i samband med vårdnadstvist enligt 6 kap. FB uppmärksamma rättssäkerhetsfrågan. Bland sådana anledningar märks de begränsningar i partsautonomin som föreligger och det förhållandet att överföring av vårdnad enligt 6 kap. FB till stor del skall göras utifrån en diskretionär prövning av barnets bästa.

5.4.1.1. UTREDNINGSSKYLDIGHET, BEVISNING OCH LAGTOLKNING

Som ett led i officialansvaret skall rätten tillse att vårdnadsfrågor blir tillbörligt utredda (6:19 1 st. FB). Domstol har här ett särskilt ansvar för att kontrollera att ett passivt barnets bästa inte träds för när. Särskilt framhålls att rätten har ansvar för att tillse att barnets vilja klargörs. Domstolens utredningsskyldighet omfattar möjligheten att höra barnet inför rätta, om särskilda skäl talar för det och det är uppenbart att barnet inte kan ta skada av att höras (6:19 4 st. FB). För det fallet att rätten uppdrar åt socialnämnd att göra en vårdnadsutredning, har den som genomför utredningen att, om det inte är olämpligt, söka klargöra barnets vilja (6:19 3 st. FB).[102] Det har hittills varit ovanligt att barnet hörs inför rätta. Så skedde dock i NJA 1995 s. 398. *(Se ovan 5.2.3.2.)*

Utan att närmare rangordna de skilda inslagen av officialansvar i ett vårdnadsmål, kan det konstateras att domstols möjlighet att inhämta utredning utöver parternas är central. Det är ju rimligen i utredning som parterna valt att inte åberopa som det kan finnas skäl till varför deras yrkanden eventuellt inte skall bifallas. Men också i indispositiva mål består utredningen huvudsakligen av bevisning och rättens ansvar för utredningen mo-

101 Se för översikt prop. 1989/90:28 s.49 f. Se även t.ex. Krantz 1984. Sundberg-Weitman 1985 s. 86 f. Hollander 1985 s. 28, 200 f. Rättssäkerhetsaspekten kommer också till uttryck i Europakonventionen (artiklarna 6 och 8). Varken Europadomstolen eller kommissionen har ansett att civilrättsliga domstolsavgöranden utgör inskränkningar av det offentliga i den enskildes rätt till skydd för privat- och familjeliv. *(Se ovan 4.2.)*

102 SFS 1995:1242. Prop. 1994/95:224 s. 17. Prop. 1981/82:168, s. 66, 77.

difieras och kompletteras i varierande omfattning av parternas bevisbörda.[103]

Som ett obligatoriskt moment i rättens utredningsskyldighet åligger det rätten att denuntiera socialnämnd om den pågående vårdnadstvisten (6:19 2 st. FB). Denuntieringens syfte är att klargöra att ingendera föräldern är olämplig på så sätt att ett passivt barnets bästa träds för när. Socialnämnd som har relevanta upplysningar är skyldig att lämna dessa till rätten (6:19 2 st. 2 m. FB).[104] I de allra flesta mål om överföring av vårdnad har socialnämnd inte sådana upplysningar att lämna. Det beror rimligen på att barnet före uppkomsten av vårdnadstvisten inte levde under sådana förhållanden att ett passivt barnets bästa äventyrades, dvs. att det var aktuellt med åtgärder enligt 6:7 FB, SoL eller LVU.

Rättens utredning behöver däremot inte omfatta en vårdnadsutredning från socialnämnd utan kan till stor del baseras på parternas grunder, om den bedöms tillräcklig.[105] Tillbörlig utredning behöver inte heller utesluta att ett vårdnadsmål undantagsvis avgörs trots att någon av parterna ej är personligen närvarande (44:6 RB).[106] Gör emellertid rätten bedömningen att det behövs ytterligare utredning, utöver parternas och denuntieringen till socialnämnd, har rätten möjlighet att uppdra åt socialnämnden eller något annat organ att verkställa sådan utredningen (6:19 2 st. FB).[107] I praktiken förordnas vårdnadsutredningar relativt sällan. Under 1993 begärdes i landet knappt 2 000 vårdnads- och umgängesutredningar. Antalet vårdnadsdomar var 1992 cirka 13 500, till detta kom cirka 200 domar om umgänge.[108]

Rättens utredningsskyldighet kan således ofta begränsas till denuntiering. Det har framhållits som väsentligt att domstolen förordnar om utredning endast när det är nödvändigt.[109] I vissa fall har det dock ansetts utgöra rättegångsfel när rättens utredning inte omfattat en vårdnadsutred-

103 Zahle 1976 s. 673. Se även JO 1992/93 s. 319 f. särskilt s. 338 f.

104 SFS 1990:1526. Prop. 1990/91:8 s. 43 f., 65 f. Angående äldre rätt se Westberg s. 871.

105 Se för annan uppfattning Heuman 1991 s. 106. Jämför dock 6:18 FB (SFS 1983:485) och 6:19 FB (SFS 1990:1526).

106 Se t.ex. Svea HovRs dom 1994–09–13, T 1778/93, DT 42. Se dock NJA 1974 s. 184. Se även Beckman & Höglund BIV:14.

107 Prop. 1990/91:8 s. 43 f., 65. SOU 1979:63 s. 101.

108 SOU 1995:79 s. 273. Se även Öhberg 1996. Enligt denna studie genomfördes endast vårdnadsutredningar i 2 procent av vårdnadsärenden aktuella vid mindre advokatbyrå åren 1991–1994.

109 SOU 1995:79 s. 120.

ning. Så kan t.ex. vara fallet om parternas utredning är bristfällig. I RH 1989:82 bedömdes TR inte ha fullgjort sin undersökningsplikt. TRs utredning begränsades till en muntlig uppgift från kvinnan om att hon under sitt äktenskap fött ett barn som maken inte var far till.

> I mål om äktenskapsskillnad m.m. mellan en svensk man och en brasiliansk kvinna, hade TR förordnat att kvinnan skulle ha vårdnaden för ett inom äktenskap fött barn och ålagt mannen underhållsskyldighet. TRs handläggning ansågs utgöra rättegångsfel. Detta dels därför att utredning saknades angående barnets födelse, nationalitet och uppehållsort, dels därför att frågan avgjorts trots att mannen anhängiggjort en särskild bördstalan.

Rättegångsfel kan även föreligga om TR låtit göra en vårdnadsutredning men betydande förändringar har skett inför prövning hos överrätt.

> I NJA 1987 s. 48 hade en ett år gammal vårdnadsutredning lagts till grund för överföring av vårdnaden om tre barn från modern till fadern. Efter det att vårdnadsutredningen gjorts hade fadern flyttat ihop med en ny kvinna och hennes tre barn. HD undanröjde HovRs dom med motiveringen att underlåtenheten att fullfölja utredningsskyldigheten genom att låta göra en ny vårdnadsutredning inneburit rättegångsfel. Målet hade inte blivit allsidigt belyst.

Även i NJA 1994 C 5 hade betydande förändringar skett i förhållande till socialnämnds vårdnadsutredning.

> I målet lade HovR en tre år gammal utredning till grund för att ge fadern vårdnaden om en femårig flicka som levt med sin mor hela sitt liv. Modern hade haft ensam vårdnad om flickan. HD undanröjde HovRs dom med motiveringen att HovR inte fullföljt sin utredningsskyldighet och att detta fått bestämmande inverkan på utgången i målet. Särskilt framhöll HD att faderns familjeförhållanden förändrats genom att han fått två barn till.

Att begära vårdnadsutredning är således inte ett obligatoriskt moment. Men som framgår av praxis kan det ibland utgöra rättegångsfel om rätten inte låter göra en sådan utredning. Så har varit fallet när rätten enbart haft tillgång till parternas uppgifter och sakförhållandena är oklara. Så har även varit fallet när det funnits anledning att tro att omfattande förändringar inträffat sedan tidigare utredning. En orsak till att rätten inte uppdrar åt socialnämnd att göra en vårdnadsutredning kan vara att det tar lång tid. Tidsaspekten talar därför för att rätten begränsar sin undersökning till denuntiering av socialnämnd och parternas utredning. Mot det talar dock det

förhållandet att den tappande parten har möjlighet att få domen undanröjd såsom skett i de redovisade fallen. Det i sin tur innebär, om inte annat, att vårdnadstvisten drar ut ytterligare på tiden.

Vad som förstås med »tillbörligt utredda» är således något oklart. En pragmatisk tolkning av utredningsskyldigheten är att vårdnadsfrågan skall vara tillräckligt väl utredd för att domaren skall ha fog för att anse att utgången av vårdnadsfrågan är förenligt med barnets bästa.[110] Utredningen skall med andra ord vara så fullständig att bevisvärdering kan ske på ett fullgott sätt.[111]

Bevisvärderingen kompliceras av att barnets bästa måste både tolkas och bevisas i en process om överföring av vårdnad. Som konstaterats ovan finns det ingen entydig tolkning av rättsfrågan barnets bästa. Tolkningen skall bygga på en helhetsbedömning. I princip innebär det att ett outtömligt antal faktorer kan komma att beaktas. Vilka materiella rättsfakta som skall åberopas och bevisas kan därför variera från fall till fall och även förändras under processens gång.

Bevisreglerna bör dock förstärka de materiella reglerna, såsom förhärskande materiella presumtioner om barnets bästa.[112] Det innebär att bevisbördan placeras på den av parterna som yrkat en utgång som inte är förenlig med rådande presumtioner. Om t.ex. en förälder yrkar ensam vårdnad, har denne bevisbördan för varför ensam vårdnad skulle vara mer förenligt med barnets bästa än gemensam vårdnad i enlighet med huvudpresumtionen. Tolkningen av rättsfaktumet *barnets bästa* såsom liktydigt med gemensam vårdnad manifesteras i 6:5 1 st. FB och 6:6 1 st. FB. Enligt dessa bestämmelser kan domstol besluta om gemensam vårdnad trots att en av föräldrarna motsätter sig det. Vilka bevisstyrkekrav som krävs i ett vårdnadsmål har inte diskuterats i någon större omfattning. Utrymmet för bevisbörderegler är begränsat inom den indispositiva rätten. Till stor del är de avhängiga den materiella presumtionens tyngd.[113]

Vid tolkning av rättsfrågan enligt 6:5 1 st. FB och 6:6 1 st. FB måste även 6:6 a FB beaktas. Enligt 6:6 a FB skall rätten fästa särskild avseende vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Här förefaller rättsfrågan var klarlagd och endast bevisfrågor kvarstå. Bedöm-

110 Se t.ex. prop. 1981/82:168 s. 53.

111 Diesen 1996–97 s. 526. Se även Petrén 1977 s. 156, 159, G. Edelstam s. 190 f.

112 Se Bolding s. 132. Lindell s. 301 f. Barnets bästa uppfattas här som en rättsfråga och inte som en presumtion i bevisrättsligt hänseende. *(Se ovan 2.1.)*

113 Se dock Appelberg s. 137 f., 415 f. Prop. 1990/91:8 s. 31 f., 58 f., 209 f.

ningen kompliceras emellertid av att en sammanvägning skall göras med 6:15 4 st. FB vid tolkningen av 6:6 a FB. Och enligt 6:15 4 st. FB skall rätten beakta om risk föreligger för att barnet i samband med utövande av umgänge utsätts för övergrepp, olovligen bortförs eller kvarhålls eller annars far illa.[114] Föreligger det sådan risk skall 6:6 a FB inte tillämpas.

Bestämmelserna om överföring av vårdnad kan således ses som exempel på integrering av frågor om tolkning av rättsregler med frågor om bevisvärdering i lagstiftningen. En sådan integreringen av bevis- och rättsfrågor framstår som tydligast i 6:4 1 st. FB och 6:5 2 st. FB. Enligt lagrummen får domstol *ex officio* upphäva en gemensam vårdnad om den är *uppenbart oförenlig med barnets bästa.* Om »uppenbart» skall bedömas som ett beviskrav, så skulle det i enlighet med värdemetoden innebära att oförenligheten måste göras helt säker.[115] Om däremot »uppenbart» tolkas som en rättsfråga är det tillräckligt att oförenligheten är av allvarligt slag.[116] Med beaktande av rådande materiella presumtioner torde dock krävas synnerligen starka skäl för att domstol *ex officio* skall upphäva en gemensam vårdnad.

Lagtextens integrering av lagtolkning och bevisning ger utslag i praktiken. Också vid process om överföring av vårdnad sker ofta en ömsesidig påverkan av tolkning av rättsregler och bevisvärdering i såväl parternas inlagor som i rättens bedömning. Ett exempel utgör NJA 1992 s. 93.

> Bägge föräldrarna yrkade här ensam vårdnad enligt 6:5 FB. I TR tolkade käranden rättsfrågan »bäst för barnet» som synonymt med att barnet fick leva med den lämpligaste vårdnadshavaren. Kärandens bevistema inför TR var således föräldrarnas lämplighet som vårdnadshavare. Svaranden berörde även barnets miljö och vilja. TRs bedömning baserades helt på den av käranden introducerade tolkningen av bäst för barnet och kärandens talan bifölls i vårdnadsdelen. Parternas respektive grunder var väsentligen desamma inför HovR. Men HovR vidgade tolkningen av rättsfrågan »bäst för barnet» till att omfatta barnets rätt till omvårdnad, trygghet, en god fostran och behov av umgänge med den föräldern som inte var vårdnadshavare. Vid bedömningen tog HovR hänsyn till lämplig vårdnadshavare, barnets miljö samt barnets vilja. HovR fastställde TRs dom i vårdnadsdelen. HD vidgade tolkningen av rättsfrågan vad som var bäst för barnet, till att omfatta samtliga föreliggande omständigheter och gjorde därmed en helhetsbedömning. HD upphävde HovRs dom.

114 Prop. 1992/93:139 s. 9.
115 Ekelöf IV s. 31.
116 Westberg s. 860. Se Appelberg s. 154 f.

I NJA 1989 s. 335 var relationen mellan tolkningen av rättsfrågan bäst för barnet och motsvarande bevistema annorlunda.

> Ingen av parterna gjorde någon uttrycklig tolkning av rättsfrågan »bäst för barnet» inför TR, men hade omfattande bevisteman. Kärandens omfattade lämplighet, umgänge, relation till syskon och henne själv samt invand miljö. Svarandens bevistema omfattade motsvarande omständigheter (med undantag av syskonrelationen). I TRs bedömning beaktades föräldrarnas lämplighet, förmåga att tillse umgänge, barnets invanda miljö och relation till syskon. Svaranden fick vårdnaden. Inför HovR anförde vadesvaranden som tolkning av rättsfrågan barnets bästa, förälders lämplighet. Som bevisning anförde han att vadekäranden hållit sig gömd med barnet och förhindrat kontakt mellan honom och barnet. HovR vidgade tolkningen av barnets bästa till att omfatta hemmiljö och moderspresumtion, däremot gjordes ingen närmare värdering av åberopad bevisning. Vadeklaganden tillerkändes vårdnaden. Inför HD anförde parterna inga nya tolkningar av rättsfrågan barnets bästa utan betonade umgängesfrågan och relationen till respektive förälder samt moderspresumtionen. Inte heller anfördes några nya bevisteman. HDs bedömning baserades på barnets behov av umgänge med bägge föräldrarna. HD ändrade HovRs dom.

Troligen i syfte att undvika en sådan integrering av lagtolkning och bevisvärdering har Svea HovR i ett opublicerat rättsfall krävt att parterna detaljerat skall ange förhörs- och bevistema.[117]

> Enligt HovR var bedömningen av vad som kunde anses vara bäst för barnet en bedömning som rätten hade att göra, inte parterna eller vittnena. Enligt HovR hade vittnena således att vittna angående enstaka sakförhållanden, t.ex. att part inte är labil, att förskolans lokaler är allergisanerade, att barnet föddes genom kejsarsnitt, etc.

Bevisvärdering har vidare behandlats i RH 1992:78 rörande vårdnadstvist om en åttaårig pojke. Tolkningen av barnets bästa, var i princip baserad på lämplig vårdnadshavare och barnets vilja. Bedömningen fokuserade på bevisvärdet av uttalanden av barnets lågstadielärare.

> Hon hade bl.a. riktat relativt allvarlig kritik mot förhållandena hos pappan och uppgett att barnet ville bo hos sin mamma. Enligt TRs bedömning tillmättes dessa uttalanden mindre vikt. TR gjorde gällande att lärarinnan ansåg att modern borde ha vårdnaden om barnet och att hennes vittnesmål färgats av det. HovR fäste däremot avgörande vikt vid lärarens vittnesmål. »Lågstadielärare

117 Svea HovR Mål T 1250/95. Se skrivelser 1995–10–11 samt 1996–01–22.

kommer erfarenhetsmässigt nära sina elever och vinner deras förtroende på ett särskilt sätt.» *(Se ovan 5.2.3.2.)*

Av publicerad praxis framgår således att olika tolkningar av barnets bästa kan komma att ligga till grund för parternas yrkanden respektive för domslutet. Prövas målet i flera instanser, kan det förekomma skilda tolkningar i de olika instanserna. Det kan som i NJA 1992 s. 93 leda till att parterna anför bevisning för en tolkning av barnets bästa, medan rätten lägger en annan tolkning till grund för sin bedömning.

Sammantaget förefaller utgången i vårdnadsmål vara mer beroende av tolkningen av rättsfrågan barnets bästa än av bevisningen av bevistemat barnets bästa. Bevisbördan åligger den part som åberopar omständigheter som inte omfattas av gängse materiella presumtioner om barnets bästa. Rättens utredningsskyldighet är av betydelse främst för att kontrollera ett passivt barnets bästa. Den kan även utgöra ett led i rättens strävan att få till stånd en uppgörelse mellan parterna. *(Se vidare 5.4.1.3.)*

5.4.1.2 DOMSLUTSINRIKTAD OFFICIALPRÖVNING

I syfte att bevaka ett passivt barnets bästa har domstol i vårdnadsmål kompetens att döma över annat eller mer än vad parterna yrkat, dvs. att utöva domslutsinriktad officialprövning. Domslutsinriktad officialprövning i tvistemål innebär att rätten inte är bunden av 17:3 RB. Det medför att processens yttre ram, mot en eller bägge parternas vilja, kan vidgas till att avse prövning av en rättsföljd som är alternativ eller kumulativ till den som omfattas av parternas yrkanden och grunder.[118] I stort saknas handläggningsregler för domslutsinriktad officialprövning, men en analogi har förordats till de regler som gäller för parts processföring.[119]

Den domslutsinriktade officialprövningen i vårdnadsmål formuleras i vissa fall i termer av att domstol skall kontrollera att föräldrars överenskommelser är förenliga med barnets bästa. Enligt 6:4 1 st. FB och 6:5 2 st. FB stadgas t.ex. att domstolen skall tillse att föräldrars överenskommelse om vårdnaden inte är uppenbart oförenlig med barnets bästa. I andra fall stadgas att vissa frågor kan prövas utan yrkanden i äktenskapsmål eller mål enligt 6:5–6 FB. Så är fallet om det finns risk för bestående fara för barnets hälsa eller utveckling på så sätt som stadgas i 6:7 FB. Officialprövning skall även göras om vårdnadshavare skall förordnas efter föräldrarnas död och

118 Westberg s. 839. *(Se ovan 5.4.1.)*
119 Westberg s. 828.

föräldrarna, eller en av dem, gett till känna vem de önskar som vårdnadshavare. Denne skall då förordnas om det inte är olämpligt (6:10 a 4 st. FB).[120]

Behovet av att kunna meddela dom som inte omfattas av parternas yrkanden sammanhänger ofta med förekomsten av en överenskommelse mellan föräldrarna. Är parterna inte överens i vårdnadsfrågan, har de normalt framställt yrkanden som omfattar samtliga tänkbara utgångar av vårdnadstvisten, dvs. ensam vårdnad för endera förälder och eventuellt gemensam vårdnad. Normalt kan domstolen godta något av yrkandena.

Domslutsinriktad officialprövning blir därför endast aktuellt vid tillsättande av särskilt förordnad vårdnadshavare enligt 6:7 FB, pga. akut hot mot ett passivt barnets bästa. Överväger domstol att *ex officio* tillsätta en särskilt förordnad vårdnadshavare, är förhållandena ofta sådana att socialnämnds ansvar och talerätt enligt 6:7 FB aktualiseras. Mot bakgrund av att förordnande av vård för barn utanför hemmet är frågor som annars behandlas av socialnämnd och förvaltningsdomstol kan det ifrågasättas om allmän domstol är rätt instans att *ex officio* avgöra sådana frågor. Det kan därför diskuteras om inte en lämpligare lösning vore att socialnämnd i sådana fall rekommenderas att i större utsträckning utnyttja sin möjlighet att väcka talan enligt 6:7–8 FB eller intervenera.[121] *(Se ovan 5.1.1, vidare 6.4.1.)*

För det fallet att ingendera föräldern yrkat gemensam vårdnad kan rätten inte besluta om denna vårdnadsform. Domstol kan inte tilldöma någon vårdnaden mot dennes vilja.[122] Däremot kan rätten döma till gemensam vårdnad om en av föräldrarna önskar gemensam vårdnad och den andre inte motsätter sig det (6:5 1 st. FB, 6:6 1 st. FB).[123] Det kan förefalla oklart om rätten härmed bifaller den ene partens yrkande om ensam vårdnad eller bedriver domslutsinriktad officialprövning. Med tanke på att beslutet inte går utanför parts yrkande tycks det närmast som om rätten bifaller yrkandet (se 17:3 1 st. RB). Rätten torde dock ha avstått från sin tvistelösande funktion till förmån för ett »förlikningsarbete» i syfte att förmå den tappande parten att acceptera motpartens yrkande. *(Se ovan 5.2.2, vidare 5.4.1.3.)*

Omfattningen av domstols officialansvar varierar beroende av om yr-

120 Prop. 1993/94:251 s. 186. Se om förmyndare 10:7 FB.

121 Prop. 1978/79:12 s. 152.

122 Prop. 1981/82:168.

123 Prop. 1990/91:8. SFS 1990:1526. Enligt förslag skall gemensam vårdnad kunna utdömas mot en, men inte bägge, föräldrarnas önskan. SOU 1995:79 s. 142 f.

kanden i vårdnadsfrågan väcks i samband med skilsmässa eller i samband med separation mellan sammanboende föräldrar. Ansvaret är mer omfattande vid äktenskapsskillnad. Det är endast då kontrollmöjligheterna enligt 6:5 2 st. FB aktualiseras, vilka ger domstol möjlighet att upplösa den gemensamma vårdnaden mot föräldrarnas vilja.

Det kan ifrågasättas om detta är förenligt med familjerättens *neutralitetsgrund* enligt vilken lagstiftningen bör vara neutral i förhållande till olika samlevnadsformer.[124] Det innebär bl.a. att ingen åtskillnad skall göras mellan barn födda inom och utom äktenskap. Möjligheten till särskild domslutsinriktad officialprövning i samband med äktenskapsskillnad är även mindre förenlig med huvudregeln enligt vilken den gemensamma vårdnaden skall bestå efter äktenskapsskillnad (6:3 2 st. FB). Möjligen utgör 6:5 2 st. FB en kvarleva av äldre tiders syn på skilsmässa, enligt vilken äktenskapsskillnad var anledning nog att frånta bägge föräldrarna vårdnaden.[125] I praktiken torde 6:5 2 st. FB så gott som aldrig tillämpas så att det leder till ensam vårdnad mot bägge föräldrarnas önskan.

Det bör även understrykas att barnets vilja kan läggas till grund för domslutsinriktad officialprövning. I undantagsfall förutskickas barnets vilja kunna leda till upplösning av en gemensam vårdnad mot föräldrarnas vilja.[126]

Att föräldrars överenskommelse om gemensam vårdnad skall kontrolleras av domstol enligt 6:4 1 st. FB förefaller mer adekvat än prövning enligt 6:5 2 st. FB. Bestämmelsen aktualiseras om föräldrarna är förhindrade från att utnyttja möjligheten att låta registrera gemensam vårdnad enligt 6:4 2 st. FB. Så är fallet när förordnande om vårdnaden tidigare har meddelats, dvs. normalt om föräldrarna tidigare tvistat om vårdnaden, eller om föräldrar och barn inte är svenska medborgare. Har vårdnadsfrågan tidigare varit tvistig och tvisten medfört att ena föräldern fått ensam vårdnad, förefaller det motiverat att besluta om ändring i vårdnaden först efter en materiell prövning. Vad avser den situationen att familjen endast har svag anknytning till Sverige, utgör även det skäl för en prövning.[127]

124 Prop. 1973:32 s. 64.

125 Se NJA II 1950 s. 68 f., 72. Ingen ändring föreslagen i SOU 1995:79.

126 Prop. 1994/95:224 s. 35 f.

127 Walin 1996 s. 163, Saldeen s. 68. Se 6:17 2 st. FB. Notera NJA 1995 s. 770. *(Se ovan 5.8.)*

5.4.1.3 MEDLING

Domstolsprocessen är ett trubbigt instrument i vårdnadsfrågor som inte löser de underliggande problemen. Därför är ambitionen som sagt att sådana frågor skall avgöras med minsta möjliga inblandning av domstol.

Strävan att förmå parterna att nå en överenskommelse i vårdnadsfrågan, och därmed undgå en vårdnadstvist, kommer till uttryck på många sätt i 6 kap. FB. Till de tydligaste exemplen hör möjligheten att förordna om samarbetssamtal (6:18 FB) i syfte att »förlika» parterna och presumtionen om gemensam vårdnad i 6:3 2 st. FB, 6:5 1 st. FB och 6:6 1 st. FB. Av 6:3 2 st. FB framgår att den gemensamma vårdnaden skall bestå efter äktenskapsskillnad. Enligt 6:5 1 st. FB och 6:6 1 st. FB åligger det rätten att verka för att parterna accepterar gemensam vårdnad, förutsatt att det inte är uppenbart oförenligt med ett passivt barnets bästa.[128] Ytterligare exempel på den vikt som samförståndslösningar har i frågor om vårdnad är den särskilda handläggningsform som möjliggör för föräldrarna att väcka talan i frågor om vårdnad och umgänge genom gemensam ansökan (6:17 FB). Dom meddelas då normalt på handlingarna utan förhandling. »Förliks» parterna vid förberedande förhandling meddelas dom utan huvudförhandling (6:17 FB, 17:6 RB, 42:18 RB).[129]

Ett viktigt moment i försöken att ena föräldrar är samarbetssamtal (6:18 FB). Syftet med samarbetssamtal är att föräldrarna skall nå en samförståndslösning som är till godo för alla inblandade och att vårdnadskonflikten skall kunna lösas utan domstols medverkan.[130] Genom 1990 års lagstiftning kan domstol ta initiativ till samarbetssamtal, också mot föräldrarnas vilja. Att samarbetssamtal kan åläggas föräldrarna utan deras samtycke skiljer förfarandet från dispositiv civilrättslig förlikningsverksamhet (42:17 RB). Vid sådan anses gälla att rätten inte skall pressa part att gå in i förhandlingar eller utöva påtryckningar för att ett förlikningsförslag skall godtas.[131]

Leder samarbetssamtal inte till en överenskommelse mellan parterna, »redovisas» de åter till domstol.[132] Även denna »redovisning» rimmar illa

128 Se även förslaget om obligatorisk gemensam vårdnad och möjlighet för socialnämnd att godkänna avtal om gemensam vårdnad. SOU 1995:79 s. 80 f., 105 f.

129 Prop. 1978/79:12 s. 152 f. Walin 1996 s. 184. Heuman 1991 s. 92 f. Se SOU 1982:26 s. 76 f. Beckman o. Höglund BIV:13. Se även 14:4 ÄktB.

130 SOU 1995:79 s. 57. Prop. 1981/82:168 s. 47. SOU 1979:63 s. 94 f.

131 Se Heuman 1991 s. 123. Enligt JO bör dock rätten inte vid förordnanden om samarbetssamtal ge direktiv om inriktningen av samtalen. JO 1995/96 s. 74 ff.

132 SOU 1995:79 s. 60.

med de restriktioner som förekommer inom dispositiv civilprocess angående åberopande av motparts utomprocessuella förlikningserbjudande. Vid sådana tvister gäller, i syfte att ge parterna möjlighet att klargöra sina positioner och skapa möjlighet till förlikning, att förprocessuella uttalanden inte skall tillmätas något betydande bevisvärde om det åberopas av motparten. Ett förprocessuellt uttalanden som har karaktär av ett förlikningserbjudande får inte åberopas av motpartens ombud.[133] Det har förordats att förbudet mot att åberopa förlikningserbjudanden skall tolkas extensivt och även omfatta överenskommelser i indispositiva mål.[134] Konkret skulle det innebära att om t.ex. fadern förklarar sig vara beredd att avstå från vårdnaden, under förutsättning av att han får visst umgänge och modern förkastar erbjudandet, så får moderns advokat inte åberopa förlikningserbjudandet inför rätta.

Ett sådant förslag är dock svårförenligt med rättens utredningsansvar i indispositiva tvister. Det är också uppenbart att »redovisningen» av samarbetssamtalen till rätten inkluderar eventuella förslag om uppgörelser i vårdnadsfrågan. Riskerna med att så sker är delvis desamma vid vårdnadstvister som vid dispositiva tvister, nämligen att rätten påverkas av de framförda förslagen. Det kan dock diskuteras till vems fördel det är. I en vårdnadstvist torde, mot bakgrund av presumtionen om gemensam vårdnad som mest förenlig med barnets bästa, ett erbjudande om en samförståndslösning normalt vara till materiell fördel för den av parterna som gav budet och tolkas som ett tecken på samarbetsvilja.

Sammantaget har det medlingsarbete som sker genom samarbetssamtal lite gemensamt med förlikning som sker i dispositiva tvister. Pressen på parterna att delta är uppenbar. Likaså är förväntningarna på parterna att uppnå en överenskommelse i form av gemensam vårdnad höga. Gränserna mellan utredning i syfte att få fram beslutsunderlag och medling framstår som flytande. Som framkommit finns det en konkret koppling mellan samarbetssamtal i förlikningssyfte och rättens utredningsskyldighet när den fullföljs genom en vårdnadsutredning.[135]

5.4.1.4 NÄRMARE OM SAMARBETSSAMTAL

För att begränsa antalet rättsliga tvister om vårdnad och för att hjälpa föräldrarna att nå en överenskommelse som är förenlig med barnets bästa,

133 43 § Vägledande regler om god advokatsed. Se Heuman 1991 s. 87–90, 122.
134 Heuman 1991 s. 105–107.
135 SOU 1995:79 s. 136 f. *(Se ovan 5.4.1.1.)*

prioriteras således medling mellan föräldrarna.[136] En form för medlingsarbete är som sagt *samarbetssamtal.* Sådana samtal mellan föräldrarna bör ledas av en eller två personer med erfarenhet av relationsbehandling av vuxna och med särskilda kunskaper om barn och barns behov. Målet för samtalen är att få föräldrarna att nå sådana samförståndslösningar om barnet som gagnar samtliga inblandade parter.[137]

Genom 1991 års lagstiftning blev kommunerna skyldiga att tillhandahålla möjlighet till samarbetssamtal och domstol gavs som sagt möjlighet att initiera samarbetssamtal.[138] I samband därmed diskuterades om det, enligt norskt mönster, borde bli *obligatoriskt* för vårdnadstvistande föräldrar att delta i samarbetssamtal.[139] Detta hade även diskuterats tio år tidigare, då tanken avvisades bl.a. med hänvisning till kommunernas brist på kompetenta samtalsledare.[140] 1991 års lagstiftning är något av en kompromiss.

Föräldrarnas samtycke krävs inte för att domstol skall kunna initiera samarbetssamtal. Men det är inte heller aktuellt med tvångsåtgärder mot en förälder som inte vill delta. Utgångspunkten är att samarbetssamtal skall förordnas så fort det kan »antas tjäna något syfte».[141] Som exempel på situationer när samarbetssamtal inte bör äga rum utan samtycke nämns de fall när det framstår som utsiktslöst att samtalen skulle kunna leda till en samförståndslösning. Motsvarande gäller om vårdnaden skall övergå till särskilt förordnad vårdnadshavare.[142]

Konsekvenserna av att en förälder i annat fall inte ville delta i samarbetssamtal diskuterades i samband med lagstiftningen. Fråga var om en förälder som motsatte sig samarbetssamtal automatiskt skulle betraktas som en olämplig vårdnadshavare. Tanken avvisades av departementschefen, som framhöll att det kunde finnas godtagbara skäl till att en förälder inte ville medverka i samarbetssamtal, såsom tidigare misshandel.[143] *(Se ovan 5.2.1.)*

Sekretesskydd har ansetts som en förutsättning för att samarbetssamtalen

136 Prop. 1990/91:8 s. 27.

137 Prop. 1981/82:168 s. 47.

138 SFS 1990:1526. Se även lag (1973:650) om medling mellan samlevande.

139 Prop. 1990/91:8 s. 26 f. Enligt norsk rätt är samarbetsamtal, »maekling», obligatoriskt sedan den 1 januari 1993, (26 § Barneloven).

140 Prop. 1981/82:168 s. 47 f.

141 Prop. 1990/91:8 s. 29 f.

142 Prop. 1990/91:8 s. 30.

143 Prop. 1990/91:8 s. 30.

skall kunna utföras på ett ändamålsenligt sätt. Det har framhållits att en förutsättning för att samtalen skall fungera bra är att föräldrarna känner att de kan lämna ut sig under samtalens gång, utan att vad de sagt kan komma att användas emot dem vid en eventuell domstolsprocess. Därför bör uppgifter som framkommit under samarbetssamtalen inte användas i en vårdnadsutredning och de personer som lett samarbetssamtalen bör inte göra vårdnadsutredningen, om inte föräldrar och samtalsledare är överens om det.[144] Sekretessen vid samarbetssamtal grundas på 7:4 1 st. SekrL och 7:4 2 st. SekrL. Det starkaste skyddet erhålls genom 7:4 2 st. SekrL, s.k. *familjerådgivningssekretess.*

Familjerådgivningssekretess innebär att alla uppgifter som en person lämnat i förtroende eller i samband med rådgivning är hemliga, oavsett om det skulle vara till men för den enskilde eller inte, om uppgiften röjdes. Samtalsledaren får därför inte lämna uppgifter som är belagda med familjerådgivningssekretess till andra verksamheter inom socialtjänsten som t.ex. vårdnadsutredning; inte heller kan samtalsledaren vittna i rättegång (36:5 2 st. RB).[145] I praktiken skyddas dock mindre än 30 procent av samarbetssamtalen av sekretess enligt 7:4 2 st. SekrL. I stället tillämpas den svagare s.k. *socialtjänstsekretessen* enligt 7:4 1 st. SekrL.[146]

Socialtjänstsekretess innebär att uppgifterna får lämnas ut, om det står klart att den enskilde eller honom närstående inte lider men av det. Uppgifter från samarbetssamtal kan användas i en vårdnadsutredning, eftersom samarbetssamtal inte utgör en verksamhet som är självständig i förhållande till socialtjänsten i övrigt. Uppgifter från samarbetssamtal kan också användas i andra ärenden än vårdnadsutredning avseende barnen eller föräldrarna.[147] Socialstyrelsen har försvarat det bristande sekretesskyddet med att lagförarbetenas målsättningar inte är realistiska.[148]

Cirka 25 procent av alla separerande föräldrar hade år 1993 sådan kontakt med socialtjänsten som kunde jämställas med samarbetssamtal. Knappt 85 procent av alla samarbetssamtal ägde rum innan talan om vårdnad eller umgänge väckts. I cirka 80 procent av dessa fall kom föräldrarna

144 SOU 1979:63 s. 99.

145 Ds 1989:52 s. 39 f. Undantag i 7:4 2 st. SekrL görs när uppgiftsskyldighet följer av lag eller förordning, t.ex. enligt 71 § 3 st. SoL angående misshandel av underårig i hemmet. Se 14:2 SekrL.

146 SOU 1995:79 s. 136 f. Endast drygt 15 procent av kommunerna kan erbjuda samarbetssamtal med familjerådgivningssekretess.

147 Ds 1989:52 s. 39 f.

148 SoS rapport 1989:10 s. 51 f. SOU 1995:79 s. 129.

fram till en överenskommelse om barnen. Drygt 15 procent av samarbetssamtalen initierades genom remiss från domstol efter det att talan om vårdnad eller umgänge väckts. Vid drygt 50 procent av dessa samtal kom föräldrarna fram till en överenskommelse.[149]

Det kan noteras att förlikningstalet 80 procent stämmer väl överens med de 82 procent av vårdnadsdomarna som i samband med äktenskapsskillnad, oavsett om samarbetssamtal förekommit eller ej, innebär att den gemensamma vårdnaden består.[150] Det har inte heller kunnat utredas om samarbetssamtal lett till att antalet tvistiga vårdnadsmål kvantitativt har minskat.[151]

5.4.2 Talerätt och processbehörighet

Vårdnad betraktas som en rättighet respektive skyldighet som tillkommer föräldrarna. Därför är det föräldrarna som är taleberättigade i mål om vårdnad och umgänge, inte barnet.[152] Barn är däremot part och taleberättigade i sociala mål och ärenden, till skillnad från föräldrar som inte har del i den legala vårdnaden. *(Se vidare 5.5.3.)*

5.4.2.1 FÖRÄLDRARS M.FL.S STÄLLNING

Föräldrarnas talerätt vid begäran om överföring av vårdnad om barn framgår av 6:4–6 FB, 6:9–10 FB och i umgängesfrågor 6:15 FB. En förälder är taleberättigad också när han inte har del av den legala vårdnaden (6:6 FB, 6:10 FB). Talerätten omfattar initiativrätt, argumentationsrätt och rätt att överklaga.

Särskilt förordnade vårdnadshavare har rätt att på begäran bli entledigad, men är i övrigt endast taleberättigad om två särskilt förordnade vårdnadshavare utsetts och en av dem inte längre vill att vårdnaden skall vara gemensam (6:10 b FB). Har vårdnaden övergått till särskilt förordnad vårdnadshavare, kan föräldrarna väcka talan enligt 6:10 1 st. FB om att få vårdnaden återflyttad på sig. Även socialnämnd är taleberättigad enligt 6:10 2 st. FB, men inte de särskilt förordnade vårdnadshavarna. När särskilt förordnade vårdnadshavare skall tillsättas pga. vårdnadshavares olämplighet, är initiativrätten förbehållen socialnämnd eller rätten som kan ta upp frågan *ex officio* (6:7 4 st. FB). Vid entledigande av särskilt för-

149 SOU 1995:79 s. 59 f.
150 SCB Vårdnad och underhåll 1992 s. 6
151 SOU 1995:79 s. 63 f.
152 Prop. 1994/95:224 s. 15.

ordnade vårdnadshavare tillkommer talerätt och partsbehörighet socialnämnd samt de förordnade vårdnadshavarna.

Också i vissa andra mål om vårdnad och umgänge enligt FB har som framkommit socialnämnd talerätt, inklusive initiativrätt (6:7–10 c FB).[153] I ärenden enligt 6:9 FB skall rätten på anmälan av socialnämnd överföra vårdnaden på förälder eller särskilt förordnad vårdnadshavare om en ensam vårdnadshavare avlidit och barnet därmed står utan vårdnadshavare. Socialnämnd är även taleberättigad i mål enligt 6:15 3 st. FB, om annan än förälder begär umgängesrätt med barnet. Här kan även erinras om domstols möjlighet att *ex officio* förordna om vårdnaden. *(Se ovan 5.1.2, 5.4.1.2.)*

Ofta företräds envar förälder av ett juridiskt ombud. Mål om vårdnad m.m. är rättsförhållanden av stark personlig karaktär. Det anses därför viktigt att rätten, som ett led i utredningen, får tillfälle att bilda sig en uppfattning om respektive förälder genom att träffa dem under förberedelse och förhandling. Den personliga närvaron är också ofta en förutsättning för rättens medlingsarbete och kontroll av ett passivt barnets bästa. *(Se ovan 5.4.1.1.)*

5.4.2.2 BARNS STÄLLNING

Det har konstaterats att barnets vilja numera skall tillmätas förhållandevis stor materiell betydelse vid överföring av vårdnad enligt FB. Däremot har barnets vilja endast begränsad materiell betydelse vid omhändertaganden enligt 2 § LVU. Processuellt är som sagt förhållandena de omvända. Barn har ingen talerätt i mål om vårdnad enligt 6:5–6 FB, men väl i mål enligt LVU. En begränsad talerätt för barn, omfattande argumentations- och klagorätt, i vårdnads- och umgängesmål och ärenden har förordats i olika sammanhang.[154] Förslagen har inte lett till lagstiftning som förändrat barnets processuella ställning utan barnets vilja skall klargöras genom utredning.[155] *(Se ovan 5.2.3.)*

Som skäl *för* talerätt för barn har bl.a. anförts att det är en allmän princip att den som har ett av rättsordningen skyddat intresse också skall ha tale-

153 Se t.ex. Beckman & Höglund B IV:3.

154 SOU 1987:7. Ds 1994:85. Prop. 1994/95:224. SFS 1995:1242. Bland remissinstanserna inför 1996 års lagstiftning förordades en utvidgad talerätt för barn t.ex. av BRIS och Rädda Barnen.

155 Se prop. 1994/95:225. SFS 1995:1242.

rätt därom.[156] *Mot* talerätt för barn har bl.a. anförts att barn inte skall behöva ta parti för någon av föräldrarna i tvisten, vilket uppfattas som svårförenligt med en formell talerätt. Ett annat argument är att barnets vilja i tillräcklig utsträckning kan komma till rättens kännedom genom utredning.[157] Det har också påpekats att om barnet skulle tillerkännas en egen ställföreträdare, skulle denne lätt komma att överta rollen som domare.[158] En formell talerätt för barnet har vidare bedömts som oförenlig med de civila vårdnadshavarnas rätt att företräda barnet. Talerätt för barn i vårdnadsfrågor skulle därför endast vara ändamålsenlig om föräldrarna fråntogs rätten att företräda barnet.[159]

Barnet som vårdnadstvisten rör är således inte part i vårdnads*tvisten* mellan föräldrarna och har därmed inte talerätt eller processbehörighet (6:5–6 FB). Barn är inte heller taleberättigade vid utseende av särskilt förordnad vårdnadshavare (6:10 b, c FB). Däremot kan det vara intressant att notera att barn har talerätt i vissa närliggande rättsområden. Barn har således i praxis tillerkänts talerätt, men inte processbehörighet, om vårdnadshavare skall utses pga. att en ensam vårdnadshavare har avlidit (6:9 2 st. FB). Också i förmyndarmål har barn talerätt oavsett ålder och processbehörighet när det är över 16 år (10:18 FB).[160] Frågan om barns processuella ställning när ensam vårdnadshavare har avlidit har prövats av HD.

> I NJA 1975 s. 543 förordnades en sjuttonårig flickas mor av TR till vårdnadshavare för henne, när fadern som var ensam vårdnadshavare avlidit. Sjuttonåringen anförde besvär över domvilla. Hennes grunder var bl.a. att rätten inte fullföljt sin skyldighet att undersöka moderns lämplighet som vårdnadshavare. HovR avvisade talan med motiveringen att hon inte själv ägde föra talan mot beslut. HDs majoritet fastställde HovRs beslut.

Fallet har kommenterats av *Jacobsson*. Enligt henne innebär avgörandet att HD även tagit ställning till flickans talerätt i vårdnadsfrågan och funnit att hon inte bort tillerkännas sådan.[161] Men i senare praxis har NJA 1975

156 Prop. 1994/95:224 s. 28. Se artikel 12 Barnkonventionen. Prop. 1989/90:107 s. 42 f.

157 Prop. 1994/95:224 s. 29.

158 Smith 1980 s. 656.

159 Jacobsson s. 156.

160 Prop. 1994/95:224 s. 22. Se SOU 1996:111 s. 318 f. Förslag angående avskaffande av 16 års gränsen har ej lagts.

161 Jacobsson s. 97.

s. 543 emellertid tolkats som att avgörandet enbart rörde processbehörighet och inte talerätt. Så skedde i NJA 1983 s. 170.

> I NJA 1983 s. 170 hade fadern av TR förordnats till vårdnadshavare, sedan modern som varit ensam vårdnadshavare avlidit. Parallellt med TRs förordnande flyttade barnet till sin mormor, en placering som tillstyrktes av socialnämnd. På mormoderns begäran utsågs god man för barnet. Barnet anförde, genom den gode mannen, besvär över TRs beslut att utse fadern till vårdnadshavare. I HD uppkom frågan om barnet ägt föra talan i målet. HD fann att barnet kunde vara part i målet med den gode mannen som ställföreträdare. HD motiverade sitt ställningstagande bl.a. med att räckvidden av NJA 1975 s. 543 begränsades till frågan om processbehörighet.

Enligt praxis har barnet således talerätt men inte processbehörighet vid tillämpning av 6:9 2 st. FB när en ensam vårdnadshavare dött. Det har anförts att situationen är speciell i dessa fall, bl.a. därför att tvistemomentet är svagt och att det inte skulle bli en tvåpartsprocess om inte barnet hade talerätt.[162] För en sådan talerätt talar även en analogi till barnets ställning i sociala mål.

Andra alternativ för att bevaka barnets intressen när en ensam vårdnadshavare gått bort, såsom att ge socialnämnd talerätt, förefaller inte närmare ha diskuterats.[163] För en sådan lösning talar bl.a. att nämnden har att anmäla att barnet behöver en vårdnadshavare (6:9 FB, 42 § SoF). Ytterligare ett argument är att det, i likhet med vad som anförts mot en talerätt för barn i vårdnadsmål, är mindre tilltalande att barnet skall föra en process mot en av föräldrarna. Sådana betänkligheter gör sig särskilt gällande i en situation där barnet endast har en förälder kvar i livet.

Till skillnad från vårdnadsmål har barn som fyllt 16 år talerätt och processbehörighet i ärenden om *förmynderskap, godmanskap och förvaltarskap* (10:18 FB, 11:15 FB, 11:21 FB). Yngre barn har talerätt, men är inte processbehörighet i förmyndarärenden.[164] Sådana ärenden rör som bekant huvudsakligen barnets ekonomiska angelägenheter och inte dess personliga. Talerätten för barn över 16 år omfattar ansökan om förordnande eller entledigande av förmyndare, god man eller förvaltare samt rätt att överklaga. Bestämmelserna har tillkommit i syfte att ge barnet, dess närstående och överförmyndare möjlighet att påverka förvaltningen m.m. av den unges

162 Ds 1994:85 s. 17.
163 Se om denna möjlighet enligt 6:10 FB. Prop. 1978/79:12 s. 151 f.
164 Se NJA 1968 s. 292.

tillgångar. Det brukar framhållas att ett motsatsförhållande mellan barnet och dess närstående inte uppstår till följd av barnets talerätt i sådana fall.[165] Till det kommer att talerätten harmonierar med den utökade civilrättsliga rättshandlingsförmåga barn över 16 år tillerkänns. *(Se ovan 4.4.1.1.)*

Enligt gällande rätt är barnets processuella befogenheter således beroende av om det är en vårdnads- eller förmynderskapsfråga som prövas. Numera följer förmynderskapet av vårdnaden.[166] Om ingen av barnets föräldrar kan vara vårdnadshavare, skall vårdnaden anförtros åt en eller två *särskilt förordnade vårdnadshavare*. Normalt blir den särskilt förordnade vårdnadshavaren även förmyndare. Före lagstiftning den 1 juli 1995 anförtroddes vårdnaden i sådana fall åt *särskilt förordnade förmyndare*.[167] Barn tillerkänns, till skillnad från förhållandena vid tillsättande av särskilt förordnade förmyndare, inte talerätt i frågor rörande särskilt förordnad vårdnadshavare. Barn över 16 år behåller i och för sig sin talerätt och processbehörighet i förmynderskapsfrågor (10:18 FB). Men särskilt förordnad förmyndare skall numera endast utses när barnets förmögenhetsförhållande är komplicerade. Det rekommenderas då att såväl en förmyndare som en vårdnadshavare utses.[168] *(Se ovan 4.4.1.)*

Den nya konstruktionen, med förordnad vårdnadshavare istället för förordnad förmyndare, förefaller därmed ha minskat utrymmet för barnets talerätt. Konstruktionen kan också medför att en åtskillnad görs mellan sådana barn som har en tillräckligt stor förmögenhet för att barnets förmögenhetsförhållanden skall kunna betraktas som »komplicerade» och andra barn.

5.4.3 Interimistiska förordnanden

En konsekvens av ambitionen att i största möjliga utsträckning ena föräldrarna är att förberedande förhandlingar fått allt större praktisk betydelse. Under förberedelse kan rätten meddela interimistiska förordnanden om vårdnad m.m. för tiden till dess frågan avgörs genom dom eller beslut (6:20 FB). Sådana beslut kan verkställas, men rättskraften är begränsad genom att beslutet när som helst kan ändras av rätten (6:20 3 st. FB).[169]

Interimistiska beslut i vårdnadsfrågor fattas därför att det finns behov av

165 Jacobsson s. 85.
166 Prop. 1993/94:251 s. 102 f.
167 Prop. 1993/94:251 s. 102 f. SFS 1994:1436.
168 Prop. 1993/94:251 s. 103.
169 Se Ekelöf III s. 84 f. Zahle 1994 s. 116.

att lösa ett antal praktiska frågor utan att invänta slutlig dom eller beslut. Ett slutligt avgörande kan dra ut på tiden av flera orsaker. Hit hör domstols arbetsbelastning, socialtjänsts arbetsbelastning om vårdnadsutredning begärts, den tid det tar för parterna att förbereda talan samt betänketid enligt 5:1 ÄktB när vårdnadsfrågan väckts i samband med äktenskapsskillnad. En viktig orsak är också samarbetssamtal och annat medlingsarbete mellan parterna.

Interimistiska beslut skall i likhet med andra beslut om vårdnad m.m. fattas utifrån barnets bästa. Ett interimistiskt förordnande avser normalt ensam legal vårdnad. Men har vårdnaden varit gemensam kan det interimistiska beslutet begränsas till avse faktisk vårdnad, ett s.k. *begränsat förordnande*. Då regleras var barnet skall bo i avvaktan på en slutlig dom eller förlikning i vårdnadsfrågan. Begränsade förordnanden om barnets boende har ansetts lämpligt om den gemensamma vårdnaden kan antas bestå. Också om domstol förordnat om samarbetssamtal, har ett begränsat förordnande om barnets boende förordats. Men kan det antas att parterna inte kommer att kunna komma överens om en fortsatt gemensam vårdnad, bör det interimistiska förordnandet avse ensam vårdnad.[170]

Interimistiska beslut kan inte meddelas, om vårdnadsfrågan inte är anhängiggjord.

> I RH 1991:71 avvisades talan om interimistiskt beslut om barns boende i mål om äktenskapsskillnad där vårdnadsfrågan i övrigt inte var tvistig. Föräldrarna var överens om att den gemensamma vårdnaden skulle bestå. Modern yrkade att TR till dess laga kraft vunnen dom förelåg skulle besluta att barnen skulle bo hos henne. TR beslöt interimistiskt att barnen skulle bo hos fadern. Modern anförde besvär och yrkade att HovR interimistiskt skulle besluta att barnen skulle bo hos henne. HovR undanröjde TRs beslut och avvisade parternas yrkanden med motiveringen att interimistiskt beslut om vårdnad och boende endast får meddelas i mål eller ärende om vårdnad och inte som här i ett äktenskapsmål där frågan om vårdnad i övrigt inte väckts.

Rättsläget kan uppfattas som otillfredsställande. Också i de fall där föräldrarna avser att den gemensamma legala vårdnaden skall bestå kan det finnas behov av att, under den ofta konfliktfyllda tid som följer en ansökan om äktenskapsskillnad, reglera frågan om barnets boende. Det är därför glädjande att Vårdnadstvistutredningen föreslagit att sådana interimistiska beslut skall kunna meddelas också när enbart frågan om barnets boende

170 Prop. 1990/91:8 s. 67.

är tvistig.[171] En sådan lösning är väl förenlig med syftet bakom instiftandet av begränsade interimistiska beslut och utvecklingen av vårdnadsrätten i stort; nämligen att begränsa vårdnadstvisten och verka för att barn kan leva under trygga förhållande fram till dess ett slutligt avgörande föreligger.[172]

Annan kritik som riktats mot interimistiska beslut har gällt brister i beslutsunderlaget i kombination med att det interimistiska beslutet skulle få alltför stor prejudicerande betydelse. Det skulle vara till fördel för den av föräldrarna som barnet bor hos till följd av det interimistiska beslutet.[173] *(Se ovan 2.4.)*

Frågan är då om interimistiska beslut normalt fattas för att ett förhållande tillsvidare skall bestå eller förändras. Här måste skiljas på de fall när ett interimistiskt beslut fattas i samband med att yrkande framställs om upplösning av gemensam vårdnad enligt 6:5 FB eller om talan rör ändring av vårdnaden vid ensam vårdnad enligt 6:6 FB. Fattas interimistisk beslut i samband med talan om upplösning av gemensam legal och faktisk vårdnad, finns det inget förhållande att låta bestå. Det interimistiska beslutet kommer att innebära en legalisering av en förändring.

Annorlunda förhåller det sig om barnet tidigare bott med endast en av sina föräldrar. Här har rätten att välja mellan att interimistiskt befästa ett bestående förhållande eller att besluta om en förändring, genom att ge den av föräldrarna som inte tidigare har bott med barnet interimistisk vårdnad. I en sådan situation torde rätten ofta låta det rådande förhållandet bestå i avvaktan på mer fullständig utredning oavsett om talan om vårdnad väckts enligt 6:5 FB eller 6:6 FB. Rimligen förstärks denna tendens, om den av föräldrarna som har barnet boende hos sig är ensam vårdnadshavare. I en sådan situation är rätten också hänvisad till att besluta om interimistisk ensam vårdnad för någon av föräldrarna.

Vid interimistiska beslut har TR möjlighet, men är inte ålagd, att inhämta *snabbyttrande* från socialnämnd (6:20 2 st. FB).[174] Däremot är det inte tillåtet att ta upp vittnesbevisning som underlag för interimistiskt beslut om vårdnad (36:19 RB, 35:8 RB). Rättegången skulle få en felaktig tyngdpunkt om muntlig bevisning tilläts redan vid sammanträde för munt-

171 SOU 1995:79 s. 151, 88 f.
172 Prop. 1990/91:8 s. 48.
173 Prop. 1990/91:8 s. 47.
174 Clevesköld m.fl. s. 109.

lig förberedelse.[175] Det är också tänkbart att rättens och ombudens försök att ena föräldrarna skulle hämmas.

Förbudet mot bevisupptagning hindrar dock inte part som är missnöjd med ett snabbyttrande att bemöta detta genom att inhämta »motbevisning» i form av yttranden. Kombinationen av förbud mot bevisupptagning, rättens möjlighet att inhämta snabbyttranden och parts möjlighet att bemöta dem, har ansetts leda till en situation där bevisomedelbarheten riskerar att gå förlorad. Samtidigt är parts möjlighet att fritt åberopa bevisning begränsad.[176]

5.4.4 Överklagande och omprövning

En parts syfte med ett överklagande är naturligtvis att få sin sak prövad av högre instans i hopp om att få större gehör för sin talan och därmed de av honom oönskade rättsverkningarna av TRs beslut eliminerade. En dom om vårdnad eller ett beslut om vårdnad eller umgänge kan enligt FB verkställas, trots att domen eller beslutet inte vunnit laga kraft (21:1 FB, 6:20 3 st. FB). Mot bakgrund av presumtionen om barns behov av stabilitet kan detta vara till fördel för den av parterna som vunnit i underinstans och till nackdel för den tappande parten. Denne kan endast få ytterligare en prövning av saken av överinstans. Men även det förhållandet att ett överklagande innebär att processen drar ut på tiden kan som tidigare antytts ofta vara till fördel för svaranden i HovR.

Också principen om *res judicata* är urholkad i mål och ärenden om vårdnad och umgänge enligt FB. I de flesta fall kan en omprövning ske under åberopande av nya omständigheter.[177] Syftet med rätten till omprövning är att skapa garantier för att vårdnadsfrågan löses utifrån vad som vid varje tidpunkt är bäst för barnet. Men som negativt framstår att omprövning kan leda till att föräldrarnas konflikt blossar upp igen och att rätten till omprövning kan användas i »trakasserande» syfte. Omprövningsrätten kan också uppfattas som oförenlig med barnets bästa i betydelsen barns behov av stabilitet.[178]

Tolkningen av rekvisitet »nya omständigheter» i samband med ompröv-

175 Prop. 1981/82:168 s. 55. Zahle 1994 s. 117.

176 Heuman 1991 s. 106. Se även RH 1994:11. HovR avvisade här bevisning med motiveringen att det var lagstiftarens intention att interimistiska beslut skall fattas på ett summarisk beslutsunderlag som inte omfattar muntlig bevisning.

177 Prop. 1990/91:8 s. 49 f.

178 A.a. Goldstein m.fl. s. 37, 89.

ning är liberal.[179] Enbart tidsfaktorn i kombination med att barnet har blivit äldre eller att barnet har rotat sig hos endera föräldern kan utgöra en ny omständighet. I publicerad praxis åberopas ofta också det förhållandet att umgänge inte har kommit till stånd.[180] Reglerna om rättegångskostnader vid obefogad process avser dock att motverka omotiverade omprövningar (6:22 2 st. FB, 18:3 RB).[181]

Möjligheten till omprövning har ansetts minska behovet av resning. I undantagsfall kan det finnas ett beaktansvärt behov för part att erhålla resning av dom som meddelats i vårdnadsfrågan. Men särskilt när nya omständigheter eller bevis tillkommit efter domens meddelande, bör möjligheten till omprövning utnyttjas, inte resning.[182]

Möjligheten till omprövning har tillmäts betydelse vid bedömning av *reformatio in pejus*. Fråga om förbudet mot ändring till parts nackdel när endast denne part fullföljt talan i högre instans har prövats av HD i NJA 1993 s. 751 i mål som rörde umgänge. HDs resonemang förefaller kunna tillämpas analogt på vårdnad.

> En far hade tillerkänts visst umgänge genom dom i TR. Endast fadern fullföljde talan till HovR och yrkade att han skulle tillerkännas umgänge i större omfattning. Vadesvarande, modern, yrkade att HovR skulle besluta att umgänget skulle upphöra. HovR inskränkte faderns umgänge. Fadern sökte revision och anförde domvillobesvär pga. överträdelse av förbudet mot reformatio in pejus. HD lämnade talan utan bifall. Även om principen i och för sig gällde i indispositiva mål utgjorde, enligt HD, omprövningsrätten skäl för HovR att kunna frångå den.[183]

HDs avgöranden visar att grundsatsen om *reformatio in pejus* är uttunnad i mål om vårdnad och umgänge. Det är logiskt särskilt med tanke på att sådana avgöranden skall tillgodose barnets bästa, inte föräldrarnas rätt.

Bland begränsningar i möjligheten att *överklaga* märks att HovRs interimistiska beslut i vårdnadsfrågor inte kan överklagas (20:11–12 FB). Interimistiska beslut om umgänge kan, till skillnad från interimistiska beslut om vårdnad, inte bli föremål för resning.[184]

179 Se prop. 1990/91:8 s. 49 f.

180 T.ex. NJA 1994 C 5, NJA 1992 s. 666, NJA 1992 s. 93. Se även grunderna till 6:6 a FB. Prop. 1990/91:8 s. 37 f.

181 Prop. 1983/84:78 s. 47. Se även prop. 1990/91:8 s. 50. *(Se nedan 5.4.5.)*

182 NJA 1993 s. 226.

183 Se även t.ex. NJA 1994 s. 128. *(Se ovan 4.5.1.)*

184 Se NJA 1992 s. 420 och NJA 1988 s. 429.

5.4.5 Rättegångskostnader

Det är dyrt med domstolsprocesser. Rättegångskostnaderna kan därför medföra att parternas processuella ställning blir beroende av deras ekonomiska resurser. Rättegångskostnader kan därmed användas som ett medel för att minska processbenägenhet, t.ex. till förmån för utomprocessuell medling. Mot ett sådant användande står rättsstatens ambition att allmänheten skall kunna få en del rättsliga ärenden prövade av en opartisk domstol, oberoende av ekonomiska resurser. Därför utgår allmän rättshjälp till enskild för kostnader i vissa rättsliga angelägenheter såsom vårdnad och umgänge (16 § RhjL).

Den allmänna rättshjälpen är inkomstrelaterad och den rättssökande är skyldig att betala en rättshjälpsavgift. Allmän rättshjälp innebär att kostnader för framförallt juridiskt biträde, eller delar av kostnaderna, stannar på det allmänna. Däremot utgår inte ersättning för motparts kostnader. Sådana kostnader kan täckas av en rättsskyddsförsäkring.

Bestämmelser enligt vilken rättshjälp generellt blir subsidiär till en privat rättsskyddsförsäkring träder i kraft den 1 december 1997. Det innebär bl.a. att rättshjälpen blir subsidiär till det rättsskydd som ingår i privata hemförsäkringar.[185] Den som tidigare uppburit rättshjälp och betalt en inkomstrelaterad avgift, kommer att i det nya system i de flesta fall betala en icke-inkomstrelaterad självrisk på normalt 20 procent. Ersättningsnivåerna begränsas för de fall rättshjälp beviljas. Det privata rättsskyddet omfattar inte tvister som uppstår i samband med separation eller skilsmässa. Rättshjälp skall även fortsättningsvis utgå i sådana fall.

Till skillnad från vad som normalt gäller för rättegångskostnader i civilmål bär vardera parten sina kostnader i vårdnadsmål (6:22 FB, 18:1 RB). Regeln infördes i samband med införandet av gemensam vårdnad för ogifta. Undantag kan dock göras för det fallet att en part uppsåtligt eller genom försummelse föranlett onödig rättegång (6:22 2 st. FB, 18:3 RB). Även i andra fall kan undantagsvis omständigheterna vara sådana att part bör förpliktas att helt eller delvis ersätta motpartens rättegångskostnader. Som exempel har angetts de fall när en förälder som inte har del i vårdnaden gång på gång väcker talan i vårdnadsfrågan.[186] *(Se ovan 5.4.4.)*

Ytterligare undantag från principen om att vardera parten bär sina kostnader görs vid *verkställighet*. Förvaltningsdomstol får efter vad som är skäligt förordna att den ena parten skall ersätta motpartens kostnader (21:13 1

185 Prop. 1996/97:9 s. 1.
186 Walin s. 192.

st. FB). Kostnader i samband med medlingsarbete, hämtning eller omhändertagande och för läkarundersökning, betalas av allmänna medel. Rätten får dock efter vad som är skäligt besluta att den part som har föranlett kostnad för hämtning helt eller delvist skall återbetala kostnaden till staten (21:13 FB).

5.5 Vissa processuella förhållanden vid omhändertaganden enligt 2 § LVU

På liknande sätt som ambitionen att förmå föräldrarna att nå en överenskommelse alltmer kommit att prägla processen vid överföring av vårdnad, präglas de processuella bestämmelserna i samband med omhändertaganden enligt LVU av den diskussion om rättssäkerhet som förts i samband med tvångsvård av barn. Framställningen i de följande avsnitten är huvudsakligen deskriptiv och avser att diskutera processuella förhållanden och förutsättningarna för omhändertaganden.[187] I förekommande fall utvecklas de rättspolitiska aspekterna i kapitel 6.

Erinras kan om att SoL och LVU är speciallagstiftning och FL och FPL tillämpas subsidiärt vid process om omhändertaganden av barn. Också RB och dess grunder tillämpas analogt av förvaltningsdomstolarna. Ju större konsekvenser ett förvaltningsärende får för den enskildes rättssäkerhet, desto noggrannare är förvaltningsförfarandet reglerat.

5.5.1 Utredningsskyldighet, bevisning och lagtolkning

Officialprincipen inom förvaltningsprocessen innebär normalt att klaganden inte kan begränsa domstolsprövningen genom att endast åberopa vissa grunder som stöd för sin talan, utan rätten skall göra en helhetsbedömning.[188] Emellertid har en förskjutning skett från tillämpningen av officialprincipen i riktning mot en ökad tillämpning av förhandlingsprincipen.[189] Tillämpningen av officialprincipen i LVU-mål har även tidigare betecknats som »försiktig».[190] *(Se vidare 5.5.2.)*

I likhet med förhållandena i indispositiva tvistemål, har domstolen i förvaltningsmål ett uttryckligt ansvar för att tillse att målet blir så utrett som

187 För en närmare redogörelse av förvaltningsprocessen se Wennergren 1995.
188 Lavin 1995 s. 147.
189 Se SFS 1995:1692. Prop. 1995/96:22. Wennergren 1995 s. 76 f., 107.
190 Ragnemalm 1992 s. 57 f.

dess beskaffenhet kräver (8 § FPL). Ansvaret anses sträcka sig olika långt i skilda typer av mål och kompletteras av parternas bevisning.[191] Det har dock framhållits att det i stor utsträckning måste ligga på parterna själva att anskaffa utredning.[192] En fråga i samband med mål enligt LVU är i vilken omfattning socialnämnds utredningsskyldighet modifierar rättens motsvarande skyldighet.

En annan fråga är vad som krävs för att initiera utredning mot barn och föräldrars vilja. Det är inte helt självklart att en anmälan enligt 71 § SoL skall leda till att ett ärende uppkommer. Så skall t.ex. inte ske om en anmälan är uppenbart ogrundad.[193] Men det är inte heller självklart vad som avses med en uppenbart ogrundad anmälan. För att denna bedömning inte skall bli helt avhängig en enskild tjänstemans arbetsbelastning och skön, torde det normalt krävas viss utredning.[194] Förvaltningsmyndighets utredning skall generellt vara av sådan omfattning att den kan leda till ett objektivt korrekt beslut, alternativt kunna prövas gentemot gällande beviskrav.[195]

Ett ärende om vård enligt 2 § LVU anhängiggörs av socialnämnd och nämnden har därmed utredningsansvaret på beredningsstadiet.[196] Den enskildes inställning saknar i enlighet med officialprincipens grunder, betydelse för utredningens omfattning. Till skillnad från vad som gäller i samband med vårdnadstvister, kan som sagt utredning initieras mot bägge föräldrarnas vilja och kan därmed ses som ett led i ett tvångsingripande. Nämnden skall inom ramen för sitt författningsstadgade ansvar för barn utreda samtliga relevanta omständigheter, oberoende av om de åberopats av saklegitimerad enskild eller någon annan.[197] Hur starka misstankar om missförhållanden som krävs för att socialnämnd skall kunna företa utredning mot den enskildes vilja har inte angetts generellt.[198] Av viss betydelse

191 Wennergren 1995 s. 108.

192 Prop. 1971:30 s. 529 f. Edelstam s. 132.

193 Clevesköld m.fl. s. 79

194 Bramstång s. 195 f. Se t.ex. JO 1992/93 s. 319 f. *(Se ovan 5.3.)*

195 Prop. 197980:1 del A s. 562. Bramstång s. 156. Clevesköld m.fl. s. 102. Edelstam s. 364.

196 Se prop. 1979/80:1 del A s. 562. Clevesköld m.fl. s. 99. SOU 1981:46 s. 67, Edelstam s. 19.

197 Ragnemalm 1992 s. 74.

198 Clevesköld m.fl. s. 104. Bramstång s. 195 f. Förslag har även lagts enligt vilket socialtjänstens utredningsskyldighet enligt 50 § SoL i ärenden som rör skyddet av barn och ungdomar förtydligas i de fall vårdnadshavaren motsätter sig utredning. Prop. 1996/97:124 s. 109 f.

är i vilken form sådan utredning kan ske. Ju större ingrepp i de enskildas liv, desto starkare misstankar krävs. *(Se ovan 5.3.1.)*

> JO har funnit anledning att kritisera ett omedelbart omhändertagande av två syskon pga. misstanke om incest. JOs kritik rörde inledningsvis det förhållandet att man inte sökt nå en frivillig överenskommelse med föräldrarna. Vidare ansåg JO att nämnden borde ha inhämtat ytterligare utredning i form av uppgifter från barnhälsovård samt från föreståndaren vid det daghem där barnen tidigare gått innan beslut om omedelbart omhändertagande togs. I övrigt kritiserades det förhållandet att det, pga. julsemestrar, dröjde fem veckor från det omedelbara omhändertagandet till dess att läkarundersökning av barnet skedde. Slutligen kritiserades de umgängesrestriktioner som rått.[199]

Förutsättningar för att utredning skall kunna initieras mot föräldrars och barns vilja sammanhänger med tolkningen av rekvisiten för omhändertagande enligt 2 § LVU. Delvis som en följd av kritik rörande förutsättningarna för omhändertaganden enligt 2 § LVU har dessa som sagt specificerats något i 1990 års LVU.[200] Det har medfört att rättsfrågan vid omhändertaganden numera är mer preciserad än rättsfrågan vid överföring av vårdnad enligt FB. I det första fallet är rättsfrågan »om det pga. misshandel, otillbörligt utnyttjande, brister i omsorgen eller något annat förhållande i hemmet finns en påtaglig risk för att den unges hälsa eller utveckling skadas», i det andra »efter vad som är bäst för barnet». Det i sin tur har lett till att den ovan beskrivna integreringen av bevisvärdering och lagtolkning som sker vid överföring av vårdnad enligt FB är mindre påtaglig vid omhändertaganden av barn enligt LVU.[201] Det betyder emellertid inte att problemet är obefintligt inom socialrätten. Inom doktrinen kan skönjas några skilda synpunkter. Dessa har utformats mot bakgrund av 1980 års LVU men har ändå viss relevans här.

Bramstång betonar behovet av att särskilja bevisfrågor från lagtolkningsfrågor och förordar en restriktiv lagtolkning. Enligt honom är en omsorgsfull analys av lagtexten nödvändig för att legalitetsprincipen skall kunna upprätthållas.[202] Han har vidare anfört att rekvisitet »behov av vård» vid en närmare precisering omfattar följande fyra aspekter; intensivitetskravet, varaktighetskravet, aktualitetskravet och mottaglighetskravet.[203] *Hollan-*

199 JO Dnr 4666–1995. *(Se vidare 5.5.4.)*
200 Prop. 1989/90:28 s. 51.
201 Prop. 1989/90:28 s. 64–65, 107. Bramstång s. 204 f., 219.
202 Bramstång s. 201 f. Bramstång FT 1985 s. 11 f. Se även Hollander s. 43.
203 Bramstång FT 1985 s. 4 f.

der framhåller betydelsen av grundlig och allsidig dokumentation liksom en tydlig argumentation och klart motiverade beslut. Men hon understryker även att de rättssäkerhetsbrister som ligger i diffust formulerade ingripanderekvisit inte kan kompenseras av en väl utbyggd och detaljrik handläggning.[204] *(Se ovan 3.2.)*

Omhändertaganden enligt 2 § LVU skall således göras när det finns en »påtaglig risk» för att den unges hälsa eller utveckling skadas. Även här kan diskuteras om »påtaglig risk» är att betrakta som en rättsfråga eller en bevisfråga. Rimligen kan resonemanget angående begreppet »uppenbart» i 6:4 1 st. FB och 6:5 2 st. FB föras analogt beträffande begreppet »påtaglig risk».[205] I LVUs förarbeten diskuteras begreppet främst som en rättsfråga, inte en bevisfråga.[206] Men bl.a. *Bramstång* har behandlat det som ett bevisstyrkekrav och hävdat att höga sådana skall ställas vid tvångsingripanden. Åberopade rättsfakta måste vara styrkta. Däremot torde bevisstyrkekraven inte nå upp till straffrättens krav på uppenbarhet.[207] Här kan erinras om att beviskrav i förvaltningsrätten, i likhet med den indispositiva civilrätten relateras till sakens beskaffenhet och de intressen som står på spel. Liksom i allmän processrätt gäller i övrigt principen om fri bevisföring och fri bevisvärdering.[208] Bevisbördan ligger initialt på socialnämnd, men övergår under processens gång på föräldrarna som har att motbevisa nämndens uppgifter.[209] Rimligen sker det när LR skall pröva nämndens ansökan om vård.

Vid omedelbara omhändertaganden enligt 6 § LVU är beviskraven sannolika skäl för en påtaglig risk. Det behöver således inte vara helt klarlagt att rekvisiten i 2 § LVU är uppfyllda.[210] Enligt lagförarbetena skall det ställas högre beviskrav när utredningsskäl ligger till grund för ingripandet än när akuta vårdbehov bedöms föreligga.[211] *Bramstång* har framhållit att klassificeringen av omständigheter såsom en akut nödsituation bör innebära att det finns beaktansvärda bevisdata. Men även han har anfört att

204 Hollander 1985 s. 352.

205 Westberg s. 860. *(Se ovan 5.4.1.1.)*

206 Prop. 1989/90:28 s. 107. Prop. 1979/80:1 s. 499 f.

207 Bramstång s. 34, 201 f. Se dock SoS 1995:21 s. 75 f.

208 Se SOU 1967:27 s. 430. Ekelöf IV s. 16 f., Ragnemalm 1992 s. 75 ff. Leidhammar s. 19. Edelstam s. 190 f.

209 Appelberg s. 145. Se även Edelstam s. 211.

210 Bramstång s. 300. Strömberg 1983 s. 159.

211 Prop. 1979/90:1 del C s. 38.

sannolikhetsrekvisitet kan medföra att bevisstyrkekraven bör sänkas i akuta nödsituationer.[212]

För det fallet att omständigheterna är sådana att en utredning skall göras, framgår vissa riktlinjer för omfattningen av denna av bestämmelserna om utformningen av nämndens ansökan till LR om beslut om vård enligt 2 § LVU. En sådan ansökan skall innehålla en redogörelse för barnets förhållanden, de omständigheter som ligger till grund för att barnet behöver beredas vård, tidigare vidtagna åtgärder och den vård som socialnämnd avser att ordna (4 § 2 st. LVU). Normalt bör en läkarundersökning av barnet ingå (32 § LVU).[213] Barn under 15 år bör höras av rätten, om det kan vara till nytta för utredningen och barnet inte kan antas ta skada av det (56 § SoL, 36 § LVU). Utredningen bör avslutas med en plan över den vård som nämnden bedömer som nödvändig. Det är på grundval av den planen som vårdnadshavare och barn skall ta ställning till om de samtycker till den planerade vården.[214] Görs en utredning om barns och ungdomars förhållande, kan annars sekretessbelagt material infordras till nämnden med stöd av 71 § 4 st. SoL jämte 14:3 SekrL. Detta inkluderar t.ex. journaler om föräldrar från vuxenpsykiatrisk klinik.[215] Till utredningsansvaret är kopplat en dokumentationsskyldighet. Förslag till åtgärder i syfte att nå en samförståndslösning ingår i underlaget för ett eventuellt beslut om vård enligt LVU.[216]

Socialtjänstens utredningar i barnärenden har kritiserats, bl.a. för att de tar för lång tid innan socialtjänsten befattar sig med en inkommen anmälan samt för brister i kommunikation och information.[217] Det har även anförts att både den kvalitativa och kvantitativa utredningen kring barnets situation är svagare än utredningen kring vårdnadshavarens förhållanden, vilket inte står i samklang med betoningen av barnets bästa.[218] En fastare lagreglering har efterlysts för att ge utredningsarbetet struktur.[219]

I likhet med vad som gäller i indispositiva tvistemål och avseende socialnämnds handläggning råder det oklarhet om omfattningen av *förvalt-*

212 Bramstång s. 301.

213 Clevesköld m.fl. s. 108.

214 Prop. 1979/80:1 del A s. 504.

215 Undantaget från möjligheten att begära in sekretessbelagt material är som framgått vårdnads- eller umgängesärenden enligt 6:18–19 FB. SoS 1994:3 s. 56. (Se ovan 5.4.1.1.)

216 Prop. 1979/80:1 del A s. 401 f. Clevesköld m.fl. s. 100. *(Se ovan 5.4.1.3.)*

217 Prop. 1996/97:124 s. 109 f. Prop. 1989/90:28 s. 68 f.

218 Hollander 1985 s. 294.

219 SOU 1994:139 s. 457. Se not 197.

ningsdomstolens utredningsplikt.[220] Förvaltningsdomstol har möjlighet att basera ett avgörande på omständigheter som inte åberopats av part i syfte att nå ett materiellt korrekt avgörande. Det framhålls dock att part skall ha möjlighet att skaffa sig insyn i beslutsunderlaget.[221] Det kan noteras att muntlighet numera är föreskriven som huvudprincip och att enskilda parter förutsätts inställa sig personligen (14 § FPL, 35 § LVU). Men i likhet med förhållanden vid tvist om vårdnad kan i undantagsfall muntlig förhandling hållas i mål om vård enligt LVU utan att part är personligt närvarande.[222]

Enligt *Petrén* ankommer det främst på parterna att lägga fram utredning om faktaförhållanden. Han understryker att i tvåpartsmål syftande till en betungande förvaltningsakt, såsom omhändertagande av barn, har förvaltningsdomstolen i praxis överlämnat nästan all insamling av fakta till parterna.[223] Som orsak till denna utveckling har framhållits att en alltför långtgående processledning skulle kunna leda till att domstolarnas opartiskhet ifrågasätts och att handläggningen fördröjs.[224] På bekostnad av officialprincipen och rättens utredningsansvar har därför spelrummet för förhandlingsprincipen och bevisbördereglerna ökat. Enligt *Petrén* borde emellertid utredningen kompletteras av domstolen, istället för att parterna får bära bördan av att inte ha presterat tillräckligt bevis (8 § FPL).[225]

JO *Lavin* har emellertid gett uttryck för en något annorlunda uppfattning avseende LRs utredningsskyldighet i LVU-mål.[226] Enligt honom medför det förhållandet att de enskilda parterna är berättigade till offentligt biträde (39 § LVU, 41 § RhjL) att parterna kan anses jämbördiga och på ömse sidor besitta erforderlig kompetens att utföra sin talan på fullgott sätt. Enligt JO skulle det innebära att processen kan läggas upp kontradiktoriskt för att på så sätt locka parterna till att förebringa egen utredning och argumentera för sin sak. JO framhåller dock att socialnämnd allmänt sett, och särskilt som part i ett LVU-mål, har ett vidsträckt ansvar för utredning om barn och ungas förhållande. Han betonar även att också domstolen har ett visst eget ansvar för att utredningens fullständighet. Ansvaret fullgörs dock främst genom att rätten begär in kompletterande utred-

220 Petrén FT 1977 s. 154. SOU 1991:106 s. 539. Edelstam s. 363 f.
221 Ragnemalm 1992 s. 75.
222 Prop. 1979/80:1 del A s. 565. Se t.ex. RÅ 1991 ref. 66.
223 Petrén 1977 s. 158 f.
224 SOU 1991:106 s. 539. *(Se ovan 5.4.1.)*
225 Petrén 1977 s. 159, 166. Se även Edelstam s. 132 f.
226 JO 1996 dnr 2783–1995.

ning. JOs beslut bekräftar att ett stor ansvar därvid läggs på den offentliga parten. I det refererade fallet blev följden av att socialnämnden inte fullt ut förmådde bära detta ansvar, att nämnden inte vann gehör för sin talan på ett sätt snarlikt dem där part inte presterat tillräckligt bevis.

Av empiriska studier framkommer att påvisbara och dokumenterade skador på barnet i praktiken inte förefaller vara utslagsgivande för domstols beslut om omhändertagande.[227] Av större betydelse är vilka grunder som åberopats. Det förklaras av att i de fall socialnämnd ansökt om omhändertagande pga. att ett barn utsatts för misshandel eller sexuella övergrepp, får målen ofta karaktär av brottmål och kraven på bevisningen ställdes mycket högt.[228] Motiverades ansökan däremot av föräldrarnas missbruksproblem, är beviskraven betydligt lägre.[229] Som en något udda konsekvens var det därför vanligare med dokumenterade skador eller störningar i de mål där ansökan om vård avslogs än i det undersökta materialet totalt.[230]

Av den statistiska undersökningen framgår således att beviskraven i praktiken varierar i mål om omhändertagande. Missbruk har hög legitimitet som skäl för att omhänderta barn och misshandel samt sexuella övergrepp har låg legitimitet. Beviskraven är också högre om familjen har en ordnad social situation.[231] *(Se ovan 5.3.2.1.)*

5.5.2 Domslutsinriktad officialprövning

Förvaltningsdomstol har möjlighet att utan yrkanden besluta till det bättre för enskild, om det inte går annat enskilt intresse emot. Det aktualiserar bl.a. frågan om partsställningen, dvs. vilket enskilt intresse ett yrkande kan gå emot. Parter vid omhändertaganden enligt LVU är socialnämnd, barnet och vårdnadshavare (1, 36 §§ LVU, 56 § SoL). Det är barnet och vårdnadshavaren som utgör enskilda intressen. De är något oklart om de har gemensamma eller motsatta intressen.[232] Också frågan om vad som skall förstås med förändring till det bättre är i någon mån diskutabel. Men vård enligt LVU är att betrakta som en tvångsåtgärd. Det är därför ett beslut till det bättre för den enskilde om socialnämnds ansökan om vård inte bifalls eller begränsas.

227 SoS 1995:21 s. 14.
228 SoS 1995:21 s. 18.
229 SoS 1995:21 s. 29.
230 SoS 1995:21 s. 15.
231 SoS 1995:21 s. 75 f.
232 T.ex. prop. 1994/95:224 s. 45. RÅ 1996 ref. 61.

Att en av parterna i processen är socialnämnd med ett allmänt ansvar för barns välfärd enligt 3, 12 §§ SoL medför att behovet av domslutsinriktad officialprövning i LVU-mål är mindre än vid tvist mellan föräldrar. Rätten skall tvärtom utgöra en garant för de enskildas, barnets och vårdnadshavarens, rättssäkerhet i förhållande till ingripande från det allmänna på ett sätt som saknar motsvarighet inom den indispositiva civilprocessen.

5.5.3 Talerätt och processbehörighet

Vid process enligt LVU är vårdnadshavare och barn som fyllt 15 år taleberättigade och processbehöriga (1, 36 §§ LVU, 56 § SoL). Barn som inte fyllt 15 år är taleberättigade men inte processbehöriga. Även socialnämnd är saklegitimerad genom det ansvar för barns förhållanden som nämnden åläggs enligt 7, 12 §§ SoL samt enligt 4 § LVU.

5.5.3.1 FÖRÄLDRARS M.FL. STÄLLNING

Enskildas talerätt i ärenden enligt LVU är begränsad till att avse argumentations- och klagorätt. Den formella initiativrätten är alltid förbehållen socialnämnd enligt 4 § LVU. Informellt kan visserligen enskild initiera åtgärder enligt SoL och LVU genom att göra en anmäla till socialnämnd om att en underårig misshandlas i hemmet eller annars behandlas på ett sätt som innebär fara för barnets hälsa eller utveckling (71 § SoL).[233] Men anmälan ger ingen saklegitimation. Leder anmälan till att socialnämnd tar upp ett ärende, handlar nämnden *ex officio*.[234] *(Se ovan 5.5.1.)*

Vid sidan av möjligheten att göra en anmälan om att barn far illa enligt 71 § SoL har saklegitimerade enskilda möjlighet att begära frivilligt bistånd enligt SoL, t.ex. i form av familjehemsplacering (22 § SoL). Även om de legala effekterna av en placering enligt 22 § SoL inte är desamma som vid ett omhändertagande enligt LVU, är de konkreta effekterna snarlika. *(Se ovan 4.3.3.)*

En förälder som inte är vårdnadshavare och som befarar att hans barn far illa har formellt mycket begränsade möjligheter att ingripa. En förälder som inte har del av vårdnaden är inte taleberättigad i ärenden om bistånd enligt SoL eller vård enligt LVU. Förälder som inte har del i vårdnaden kan därmed inte begära bistånd i form av familjehemsplacering enligt 22 §

233 Se även 3 § lag (1993:335) om Barnombudsman.

234 Ragnemalm 1992 s. 39. Se även förslag om en utvidgad anmälningsplikt. Prop. 1996/97:12 s. 102 f.

SoL, utan han är i realiteten hänvisad till att försöka förmå nämnden att *ex officio* ta upp ett ärende. Så kan ske genom en anmälan enligt 71 § SoL eller genom annan informell kontakt med socialnämnden. En förälder som inte har del i vårdnaden saknar även argumentations- och klagorätt. I någon mån motverkas sådana begränsningar av att socialnämnd är ålagd att särskilt uppmärksamma förälder som inte har del av vårdnaden.[235]

Väljer en förälder som inte har del i vårdnaden att stämma den legale vårdnadshavaren enligt 6:6 FB för att få del i vårdnaden, kommer saken eventuellt i en annan dager. Även om en vårdnadsövergång inte sker, aktualiseras rättens officialförpliktelser, som teoretiskt kan leda till att barnet får en särskilt förordnad vårdnadshavare. *(Se ovan 5.1.1, 5.4.1.)*

5.5.3.2 BARNS STÄLLNING

Barn är som sagt taleberättigade enligt LVU. Ett barn som fyllt 15 år har även processbehörighet och kan själv föra sin talan men saknar i likhet med andra enskilda initiativrätt i LVU-ärenden. Barn under 15 år har inte processbehörighet och deras talan förs av ställföreträdare. Ställföreträdare är normalt det offentliga biträdet.[236]

Barnets talerätt i LVU-ärenden anses sammanhänga med att barnet är motpart till det allmänna.[237] Motpartsförhållandet mellan barnet och socialnämnd framstår dock som tydligare vid omhändertagande enligt 3 § LVU än vid omhändertagande enligt 2 § LVU. Vid omhändertaganden enligt 3 § LVU är det den unges eget beteende som är i fokus. Den unge skall skyddas från följderna av eget missbruk, kriminalitet eller annat nedbrytande beteende.[238] Omhändertaganden enligt 2 § LVU syftar däremot till att skydda barnet mot förhållanden i hemmet. Det är många gånger liktydigt med att barnet behöver skydd mot vårdnadshavaren eller behöver ett stöd som vårdnadshavaren inte har förmåga att ge det. Ofta berör omhändertaganden enligt 2 § LVU yngre barn, medan omhändertaganden enligt 3 § LVU avser äldre barn. *(Se ovan 5.3.)*

Yngre barn har tidigare företrätts av vårdnadshavaren i LVU-ärenden. Det medförde att barnets offentliga biträde var beroende av en fullmakt från vårdnadshavaren för att kunna vidta en rad processhandlingar för ett

235 SoS 1995:21 s. 62 f. Se även Lavin 1995 s. 138.

236 Prop. 1994/95:224 s. 45 f. Prop. 1979/80:1 del A s. 407–409, 506. Del B s. 381, Del C s. 47. Enligt RegRs praxis har tidigare god man ansetts ha rätt att föra barnets talan i mål om vård enligt 2 § LVU. *(Se ovan 4.4.1.3.)*

237 Prop. 1994/95:224 s. 44.

238 Bramstång 1985 s. 244 f.

barn under 15 år.[239] Det offentliga biträdet kunde således inte självständigt föra barnets talan, yttra sig i ärende eller ta del av handlingar utan vårdnadshavarens samtycke. Lagstiftningen år 1996 om barns rätt att komma till tals innebar en förändring av ställföreträdarskapet för barn.[240] För barn som inte fyllt 15 år skall den som är offentligt biträde enligt RhjL också vara barnets särskilda ställföreträdare i det mål som förordnandet avser. Barnet skall genom sin ställföreträdare kunna agera oberoende av både vårdnadshavare och socialnämnd.[241]

Som kritik mot barns ombud i LVU-process har anförts att de yttrar sig först i LR och inte inför socialnämnden. Oftast instämmer de i socialnämndens bedömning utan att göra egna bedömningar eller precisera faktaunderlaget.[242] Därmed kommer processen oaktat barnets talerätt till stora delar att föras mellan vårdnadshavare och socialnämnd.[243]

Barn under 15 år bör höras av rätten, om det kan vara till nytta för utredningen och barnet inte kan antas ta skada av det (36 § 2 st. LVU). I de fall barnet och vårdnadshavaren inte bedöms ha motstridiga intressen, kan ett gemensamt ombud utses (44 § RhjL). Enligt lagförarbetena förutskickas att så endast i undantagsfall skulle vara fallet.[244] *(Se ovan 5.3.3.)*

5.5.4 Omedelbart omhändertagande enligt 6 § LVU

Aktualiseras frågan om vård enligt 2 § LVU kan förhållandena vara sådana att LRs beslut inte kan inväntas, utan barnet behöver få vård och skydd snabbt. Beslut om vård enligt LVU inleds därför ofta genom att socialnämnd beslutar att barnet omedelbart skall omhändertas med stöd av 6 § LVU. Beslut fattas av socialnämnd eller, om beslut inte kan avvaktas, av nämndens ordförande eller förordnad ledamot.[245] Har sådant beslut fattats av socialnämnd skall det underställas LR inom en vecka, annars upphör det

239 Prop. 1994/95:224 s. 45.

240 SFS 1995:1244. Prop. 1994/95:224.

241 Prop. 1994/95:224 s. 44 f. 1995/96:LU2 s. 12 f. Se även förslag om en ny bestämmelse i 9 § SoL om barns rätt att komma till tals beträffande åtgärder som rör dem. Prop. 1996/97:124 s. 98 f.

242 Hollander 1985 s. 294. Barnets offentliga biträde anslöt sig i 89 procent helt till socialnämnds förslag i undersökningen presenterad i SoS 1995:21, s. 30.

243 T.ex. RÅ 1995 ref. 64, RÅ 1995 ref. 46. Se dock RÅ 1991 not 206 där såväl föräldrar som barnets biträde bestred bifall till besvär över dom om upphävande av vård enligt LVU.

244 Prop. 1994/95 s. 46, s. 48. Ett gemensamt ombud uppfattas vara mer lämpligt vid tillämpning av 3 § LVU än 2 § LVU.

245 Clevesköld m.fl. s. 132 f.

att gälla. LR skall pröva beslutet så snart det kan ske, normalt inom en vecka från det att det inkom till LR (7 § LVU).

Beslut om omedelbart omhändertagande får fattas om det är sannolikt att den unge behöver beredas vård med stöd av LVU och rättens beslut om vård inte kan avvaktas med hänsyn till risken för den unges hälsa eller utveckling eller om den fortsatta utredningen allvarligt skulle försvåras eller vidare åtgärder förhindras.[246] Vid sidan av åtgärder enligt 21:10 FB kan omedelbart omhändertagande uppmärksammas som en möjlighet att i en akut situation förhindra egenmäktighet med barn. *(Se vidare 5.7.)*

Ett omedelbart omhändertagande av utredningsskäl kan betecknas som en *processuell säkringsåtgärd.*[247] Primärt syftar sådana åtgärder till att underlätta utredningen men kan ibland innefatta ett preliminärt ställningstagande. Sambandet mellan ett omedelbart omhändertagande och processuella säkringsåtgärder är dock tydligare vid omhändertaganden enligt 3 § LVU än vid omhändertaganden enligt 2 § LVU. Vid omhändertaganden enligt 2 § LVU är rimligen den unges akuta vårdbehov normalt avgörande, undantag kan dock tänkas t.ex. för det fallet det finns risk att vårdnadshavaren skulle undanhålla barnet från fortsatt utredning. Ett samband kan finnas mellan dessa två rekvisit.

Föreligger inget akut vårdbehov, har särskild försiktighet ansetts påkallad. Att vårdnadshavaren motsätter sig att barnet läkarundersöks skulle t.ex. inte vara tillräckligt för att motivera ett omedelbart omhändertagande. Istället har nämnden i ett ärende enligt LVU möjlighet att besluta om läkarundersökning och begära handräckning av polis (32 § LVU). Enligt socialstyrelsen kan emellertid ett omedelbart omhändertagande vara motiverat, om det är fråga om en omfattande läkarundersökning som också görs i vårdsyfte och som kräver inläggning på sjukhus. *(Se ovan 5.5.1.)*

JO har prövat förfarandet vid ett omedelbart omhändertagande motiverat av utredningsskäl. Ärendet rörde en trettonåring som lämnat sin vårdnadshavare och rest till den andre föräldern, som inte var vårdnadshavare. Socialnämnd beslöt om ett omedelbart omhändertagande av barnet enligt 6 § LVU. I yttrande till JO anförde nämnden bl.a. att omhändertagandet skedde för att ge nämnden möjlighet att utreda barnets situation. Det anfördes vidare att det skulle vara det enda sättet för nämnden att möjliggöra för polisen att på ett effektivt sätt söka efter och ta hand om barnet om det for illa. Slutligen framhölls att det fanns risk för att barnets hälsa och utveckling skulle kunna skadas beroende av

246 Prop. 1979/80:1 Del A s. 589 f.

247 Bramstång s. 302 f. Se 24:1 RB om häktning.

föräldrarnas, främst faderns, agerande. JO konstaterade att omhändertagandet föreföll ha skett enbart för att så snart som möjligt återföra barnet till vårdnadshavaren. En sådan tillämpning av LVU stred mot lagens bestämmelser. För att säkerställa vad domstol förordnat om vårdnad borde verkställighet ha begärts hos LR.[248]

Har LR fastställt ett beslut om omedelbart omhändertagande, skall socialnämnd inom fyra veckor från det att omhändertagandet verkställts ansöka hos LR om att den unge skall beredas vård enligt LVU. LR får medge förlängning av denna tid om det är nödvändigt (8 § LVU). Har ansökan om vård enligt LVU, eller förlängning av tiden, inte gjorts inom stipulerad tid, upphör beslutet om omedelbart omhändertagande. I annat fall upphör beslutet när rätten avgör frågan om vård (9 § LVU). Det förhållandet att ett omedelbart omhändertagande är tidsbegränsat minskar behovet av att kunna inhibera ett sådana beslut.[249] *(Se vidare 5.5.5.)*

Vid en jämförelse med interimistiska beslut om vårdnad kan följande noteras. En skillnad mellan underhandsbeslut enligt FB och enligt LVU är att omedelbara omhändertaganden upphör att gälla om beslut om omhändertagande inte fattas inom en månad. Interimistiska beslut enligt FB kan däremot gälla för obegränsad tid, om inte talan prövas slutligt eller beslutet avskrivs. En annan skillnad är att ett omedelbart omhändertagande, till skillnad från ett interimistiskt beslut om vårdnad, alltid syftar till att förändra förhållandena för den unge.[250] Ett omedelbart omhändertagande enligt 6 § LVU leder normalt till större förändringar för barnet än interimistiska beslut enligt 6:20 FB. Beslut enligt 6 § LVU har också varit föremål för mer ingående reglering och kommentarer än beslut enligt 6:20 FB. *(Se ovan 5.4.3.)*

5.5.5 Överklagande och omprövning

Möjligheterna att överklaga beslut enligt LVU är avhängiga av om beslut meddelats av domstol eller fattats av socialnämnd. Besvärsmöjligheterna är vidare beroende av om socialnämnd har fattat ett formellt beslut eller gjort en informell omprövning. Domstolsbeslut i LVU-mål kan överklagas enligt bestämmelserna om förvaltningsbesvär. Taleberättigade är den eller de som LRs dom gått emot, vilket i praktiken är barnet, vårdnadshavaren

248 JO 1992/93 s. 405 f. Se även JO Dnr 4666–1995. *(Se ovan 5.5.1.)*

249 Lavin 1993 s. 3 f., s. 15 f.

250 Enligt 11 § LVU vilken vård alltid skall inledas utanför den unges hem.

och socialnämnd. Barn och vårdnadshavare kan överklaga oberoende av varandra.[251]

De flesta *formella beslut* enligt LVU som fattas av socialnämnd kan överklagas hos LR av enskilda saklegitimerade (41 § LVU). Beslut som omfattas av rätten att överklaga till LR är: beslut om var vården skall inledas, beslut att flytta den unge, formella beslut om fortsatt vård, beslut om umgänge, beslut om att den unges vistelseort inte får röjas, beslut om förebyggande åtgärder i samband med vård enligt 3 § LVU och beslut om flyttningsförbud. De överklagbara besluten rör alla beslut om vårdens faktiska utövande. Det kan anmärkas att även beslut om bistånd, t.ex. i form av familjehemsplacering, är överklagbara (6, 73 §§ SoL). LRs beslut kan i sin tur överklagas genom förvaltningsbesvär.

Bland beslut som är undantagna från rätt att överklaga hos LR märks vissa beslut med anknytning till utredningen såsom beslut enligt 32 § om läkarundersökning och enligt 8 § LVU om förlängd ansökningstid (41 § LVU). Likaså är socialnämnds beslut om omedelbart omhändertagande enligt 6 § LVU undantagna från reglerna om besvärsrätt.[252] Däremot skall beslut om omedelbar omhändertagande underställas LR för prövning och LRs beslut kan överklagas. Beslut om vård enligt LVU kan emellertid fattas utan hinder av *litispendens* när det omedelbara omhändertagandet är överklagat. Vid tidpunkten för prövningen av ett överklagande av ett omedelbart omhändertagande har därför frågan ofta förfallit, eftersom LR redan har fattat beslut i frågan om vård enligt LVU.[253] Besvärsrätten blir därmed mindre betydelsefull. Ett beslut om omedelbart omhändertagande kan dock inhiberas.

Informella omprövningar som görs av socialnämnd är inte överklagbara. Här märks framförallt överväganden om fortsatt vård enligt 2 § LVU (13 § 2 st. LVU) och överväganden om flyttningsförbud enligt 24 § LVU skall bestå (26 § LVU).[254] Sådana omprövningar sker formlöst och parterna be-

251 Allmänna råd 1994:3 s. 115. Här uppges att denna möjlighet endast omfattar barn över 15 år. Se dock förändringar i yngre barns ställföreträdarskap (36 § 2 st. LVU, SFS 1995:1244, prop. 1994/95:224). Frågan om förvaltningsbesluts överklagbarhet har som bekant varit föremål för en omfattande diskussion i doktrinen. Här märks bl.a. Ragnemalm 1970, Warnling-Nerep W., 1991, s. 129–166, Warnling-Nerep 1993 s. 227 f. Se även Lavin 1992/93 s. 563 f. och Lavin 1993 s.1 f.

252 Clevesköld m.fl. s. 171. Se även 42 § LVU om förstörande av egendom.

253 Se t.ex. RÅ 1993 not 411, RÅ 1991 not 333, RÅ 1989 not 170, RÅ 1988 not 195, RÅ 187 not 697, RÅ 1987 not 103.

254 Se t.ex. RÅ 1988 ref. 89.

höver inte delges utredning eller kallas till nämndens sammanträden.[255] Det är först om socialnämnd finner att frågan bör prövas formellt som ett överklagbart beslut uppstår.[256] Anledning till att göra en formell omprövning är främst att nämnden anser att grund för ett fortsatt omhändertagande eventuellt saknas (21 § LVU). Såväl barn som vårdnadshavare kan dock vid vård enligt 2 § LVU när som helst begära hos socialnämnden att vården upphör. Lämnas en sådan begäran utan bifall av nämnden, kan beslutet överklagas hos LR.[257]

Det kan noteras att omprövning av vård enligt 2 § LVU och 3 § LVU sker på olika sätt. Omprövning av vård enligt 3 § LVU görs formellt och är därmed överklagbart (13 § 3 st. LVU jämte 41 § LVU). Bakgrunden till de olika förfaringssätten är ambitionen att garantera barn som är omhändertagna enligt 2 § LVU stabila förhållanden.[258] Vid vård enligt 3 § LVU är anknytningen till straffrätten en anledning till att ha fortlöpande formella omprövningar, eftersom omhändertagandet annars skulle bli snarlikt ett icke-tidsbestämt straff för barn, och vårdnadshavare.

Sådana informella beslut av socialnämnd som inte kan bli föremål för förvaltningsbesvär, kan prövas genom laglighetsprövning enligt 10 kap. KomL och RättsprL. Men till skillnad från vad som gäller vid förvaltningsbesvär omfattar laglighetsprövningen som bekant endast en bedömning av om nämndens beslut var lagenligt, inte om det var lämpligt i det enskilda fallet. Beslutet kan endast upphävas, och vid prövning enligt RättsprL eventuellt återförvisas, inte ändras.

I undantagsfall kan ett omhändertagande bli föremål för extraordinära rättsmedel (37 b-c § FPL).[259] I likhet med förhållanden i vårdnadsfrågor torde behovet av extraordinära rättsmedel vara begränsat, eftersom barn och vårdnadshavare har möjlighet att ånyo begära att vården upphör. Socialnämnd å sin sida kan initiera ett upphörande av vården alternativt ta upp frågan om omhändertagande på nytt om nya omständigheter föreligger.

255 Ewerlöf & Sverne s. 85.

256 Prop. 1989/90:28 s. 114 f.

257 Clevesköld m.fl. s. 171 f.

258 Ewerlöf & Sverne s. 85. Se angående äldre rätt ERD 156 (1989, Eriksson), ERD 226 B (1992, Rieme), ERD 250 (1992, Olsson II).

259 Wennerström 1995 s. 298 f.

5.5.6 *Rättegångskostnader*

I samband med omhändertaganden av barn utgår rättshjälp genom offentligt biträde åt barn och vårdnadshavare (39 § LVU, 41 § RhjL). Den som förordnats som offentligt biträde för någon som är under 15 år är utan särskilt förordnande också den unges ställföreträdare i det aktuella målet eller ärendet (36 § LVU). Rättshjälp genom offentligt biträde utgår angående beredande av vård, omedelbart omhändertagande, upphörande av vård, flyttningsförbud och upphörande av flyttningsförbud (41 § p. 3 RhjL). Rättshjälp i form av offentligt biträde är inte inkomstrelaterad, inte heller utgår grundavgift.[260]

En ny lag om offentligt biträde träder i kraft den 1 december 1997.[261] Enligt denna frikopplas bestämmelserna om offentligt biträde från RhjL och regleras i högre grad i speciallagstiftning.[262] Rättshjälpen genom offentligt biträde begränas dock inte på så sätt som föreslagits rörande rättshjälp i vårdnadsfrågor. *(Se ovan 5.4.5.)*

5.6 Verkställighet

En dom etablerar nya rättsliga fakta och ger direktiv för hur parterna skall handla.[263] För att de faktiska förhållandena skall förändras krävs det att domen efterlevs och att parterna handlar i överensstämmelse med domslutet. Men det förekommer att så inte sker. Parterna, eller vanligare den av dem som förlorat processen, följer helt enkelt inte de handlingsdirektiv som domen ger. Orsakerna till detta kan variera, men torde bottna i en uppfattning att domen är »fel» och »orättvis». Den tappande parten har möjlighet att överklaga underrättsdomar för att få saken prövad av ytterligare en instans. Den vinnande parten kan begära verkställighet av domen för att komma i faktiskt åtnjutande av de rättigheter som domen ger.

Ofta förutsätter visserligen verkställighet att domen har vunnit laga kraft. Men så är inte alltid fallet, såväl dom och beslut i mål om vårdnad och umgänge enligt 6 kap. FB som domstols beslut om omhändertaganden enligt LVU och socialnämnds beslut om omedelbart omhändertagande kan verkställas direkt (21:1 FB, 40 § LVU).

Verkställighet av allmän domstols dom eller beslut begärs hos LR. Verk-

260 Allmänna råd 1994:3 s. 33 f.
261 Prop. 1996/97:9.
262 Prop. 1996/97:9 s. 180 f.
263 Ekelöf III s. 85.

ställighet kan därmed ses som en länk mellan allmän domstols avgöranden enligt 6 kap. FB och förvaltningsdomstols beslut om omhändertaganden enligt LVU.

Här presenteras inledningsvis bestämmelserna om verkställighet i 21 kap. FB. Därefter diskuteras skillnaden mellan verkställighet av vårdnad respektive umgänge samt barnets vilja i samband med verkställighet enligt 21 kap. FB. Slutligen presenteras huvuddragen av bestämmelserna om verkställighet vid omhändertaganden enligt 2 § LVU.

5.6.1 Verkställighet enligt 21 kap. FB

Verkställighet begärs i förhållandevis få vårdnads- och umgängesmål, men bland dessa mål återfinns de mest komplicerade och konfliktfyllda fallen.[264]

Bestämmelserna om verkställighet infördes i FB år 1967. Dessförinnan verkställdes vårdnads- och umgängesavgöranden av överexekutor enligt UL (38, 191 §§ UL). Verkställigheten av överflyttning av barn var att jämföra med exekution av tvistedomar i allmänhet och barnet med ett objekt vilket som helst.[265] Numera skall verkställighet av allmän domstols dom eller beslut om vårdnad, umgänge eller överlämnande av barn sökas hos LR. Allmän domstol kan även förelägga att en part vid vite lämnar ifrån sig barnet (6:21 FB). Det framhålls att verkställigheten skall ske på ett sådant sätt att särskild hänsyn skall tas till barnets hälsa och i viss mån skall barnets egen vilja beaktas.[266] Förändringarna i bestämmelserna om verkställighet skulle därmed ha medfört att barnet förvandlats från objekt till subjekt.[267] Ur en annan infallsvinkel kan systemet för verkställighet och överflyttning av barn sägas ha blivit alltmer komplicerat efter 1967 och utvecklats till ett formligt rättegångsförfarande. I princip ger det föräldrarna möjlighet till dubbel domstolsprövning av frågor där processmaterialet till stor del är detsamma.[268]

Det förhållandet att verkställighet av allmän domstols dom ligger på

264 SOU 1991:106 s. 218. År 1995 inkom 625 fall till landets LR, av dessa prövades 395 i sak och 267 bifölls. Muntlig uppgift från Domstolsverket 960315. Dessvärre saknas statistiska uppgifter om antalet verkställda fall, liksom om verkställighet begärts av umgänge eller vårdnad.

265 Prop. 1967:138 s. 40 f.

266 Prop. 1982/83:165 s. 16 f.

267 Se SOU 1979:63 s. 127

268 SOU 1991:106 s. 217.

förvaltningsdomstolarna har kritiserats vid upprepade tillfällen. Så skedde t.ex. i Utredningen om barns rätt. Här framhölls att verkställighetsfrågor borde prövas av samma myndighet som redan prövat frågan om vårdnad eller umgänge. Därför föreslogs att allmän domstol skulle handlägga även verkställighetsfrågor. En fördel med en sådan ordning vore enligt utredningen att de allmänna domstolarna självmant skulle kunna ta upp frågan om vårdnad och umgänge om verkställighet begärdes. Likaså skulle det främja enhetliga lösningar och en helhetssyn.[269] Förslaget förkastades med motiveringen att man så långt som möjligt borde undvika att vårdnads- eller umgängesfrågan prövades på nytt i verkställighetsmålet. Det riskerades då att kompliceras i onödan. Oftast var det inte heller påkallat med en förnyad prövning av vårdnads- eller umgängesfrågan. Det framhölls även att LRs organisation var väl anpassad för praktiska handläggningsfrågor.[270] Som något av en kompromiss gavs allmän domstol rätt att på yrkande av part förelägga motparten att vid vite överlämna barnet (6:21 FB).[271]

I ett senare skede föreslog Utredningen om barnets rätt att verkställighetsfrågor skulle handläggas av socialnämnd.[272] Domstolsutredningen ifrågasatte om det var lämpligt att frågor av detta slag handlades av en politiskt tillsatt kommunalnämnd. Som grund för sin ståndpunkt anförde Domstolsutredningen att frågor om verkställighet är en konflikt mellan två enskilda. Vidare framhölls att en sådan myndighetsutövning riskerade att komma i konflikt med socialtjänstens primära uppgift, att hjälpa och stödja barn och föräldrar.[273]

Domstolsutredningen föreslog att frågor enligt 21 kap. FB skulle handläggas av TR i stället för LR liksom att prövningstillstånd skulle krävas för att få ett sådant fall överprövat.[274] Enligt utredningen var de enda bärkraftiga skälen mot en överflyttning till TR problem under en övergångsperiod.[275]

Trots att huvudregeln är att vad allmän domstol beslutat skall verkstäl-

269 SOU 1979:63 s. 127 f.

270 Prop. 1982/83:165 s. 14.

271 SFS 1983:47. För det fallet yrkande om vitesföreläggande 6:21 1 st. FB ej bifalls kan det enligt praxis överklagas oaktat fullföljdsförbudet i 6:21 2 st. FB. HDs beslut 970204, mål nr. 1268/96.

272 SOU 1987:7 s. 202.

273 SOU 1991:106 s. 218 f.

274 SOU 1991:106 s. 210.

275 SOU 1991:106 s. 223. I SOU 1995:79 s. 125 f., 128 görs ingen självständig bedömning.

las, kan i vissa fall legala hinder mot verkställighet föreligga. Bland sådana märks att verkställighet kan vägras om det är uppenbart att förhållandena har ändrats sedan allmän domstols dom eller beslut meddelats och det av hänsyn till barnets bästa är påkallat att frågan om vårdnad eller umgänge prövas på nytt av allmän domstol (21:6 1 st. FB). Hinder föreligger även om barnet ha fyllt tolv år, eller uppnått motsvarande mognad, och motsätter sig verkställighet. Då kan verkställighet endast ske om LR finner det nödvändigt med hänsyn till barnets bästa. Också i andra fall kan verkställighet vägras, om det finns risk som inte är ringa för att barnets kroppsliga eller själsliga hälsa skadas (21:6 2 st. FB). Enligt de äldre lagförarbetena markerades att risken för skada skulle vara stor.[276]

Rätt att begära verkställighet enligt 21 kap. FB har vårdnadshavare och förälder som inte har del i vårdnaden, men umgängesrätten enligt dom från allmän domstol. Vid gemensam vårdnad är verkställighetsmöjligheterna begränsade.[277] Det är inte möjligt att begära verkställighet av kontakt vid gemensam vårdnad.[278] Även om det inte finns en dom eller ett beslut i vårdnadsfrågan, kan barnets vårdnadshavare, om barnet vistas hos någon annan, begära att LR beslutar om verkställighet för att barnet skall överflyttas till vårdnadshavaren. Är vårdnaden gemensam, kan verkställighet begäras i förhållande till den andre vårdnadshavaren om denne egenmäktigt fört bort eller kvarhållit barnet (21:7–8 FB). LR kan i sådana fall vägra verkställighet, om det med hänsyn till barnets bästa är påkallat att allmän domstol prövar frågan om vårdnaden (21:7 2 st. FB). Bestämmelsen är intressant, eftersom den ger den faktiske vårdnadshavaren en något mer långtgående rätt än den andre att bestämma över barnets vistelse.[279] *(Se ovan 4.4.3.2.1, vidare 5.7.)*

Om ett barn tas om hand enligt 21:10 FB, kan det ses som något av en mellanform mellan ett interimistiskt beslut enligt FB och ett omedelbart omhändertagande enligt LVU. Enligt denna bestämmelse kan LR förordna att barnet omedelbart skall tas om hand på det sätt som LR finner lämpligt, om det i mål om verkställighet enligt 21 kap. FB föreligger fara för att

276 NJA II 1967 s. 504.

277 Se förslag i SOU 1995:79. Se även RÅ 1994 not 116 där ansökan om verkställighet ej bifölls pga. bristande partsbehörighet. Sökande kunde inte visa att han var vårdnadshavare. Se även JO 1993/94 s. 311 om umgänge med barnbarn. Distriktnämnd väckte ej talan om morföräldrarnas rätt till umgänge jämte 6:15 FB. JO ägde ej att pröva beslutet men kritiserade handläggningsformerna, bl.a. för att ärendet dragit ut på tiden.

278 Se dock förslag i SOU 1995:79 s. 88 ff., 128.

279 Prop. 1967:138 s. 61.

barnet förs ut ur landet eller om saken av annan anledning brådskar, (21:10 1 st. FB). I en akut situation där LRs beslut inte kan avvaktas får polismyndighet, oavsett om något mål är anhängiggjort eller ej, vidta sådana omedelbara åtgärder som kan ske utan att skada barnet. Om det är möjligt skall läkare och företrädare för socialtjänst eller kontaktperson för barnet enligt SoL närvara. Åtgärden skall genast anmälas till LR, som utan dröjsmål prövar om den skall bestå (21:10 2 st. FB).[280] Också enligt 19 § VerkställighetsL kan LR omedelbart förordna om att ett barn skall tas om hand, om det i mål enligt VerkställighetsL finns risk för att barnet förs ut ur landet eller verkställighet eller överflyttning på annat sätt försvåras. *(Se vidare 5.8.)*

En ledande tanke vid verkställighet är som sagt att barnet så långt som möjligt skall skonas från verkställighetsformer som kan skada dess psykiska eller fysiska hälsa. Överlämnande av barnet skall om möjligt ske på frivillig väg.[281] Innan LR förordnar om verkställighet, kan LR därför uppdra åt socialtjänsteman eller suppleant inom socialnämnden att verka för att den som har hand om barnet frivilligt överlämnar det. Normalt begränsas tiden för ett sådant uppdrag till två veckor (21:2 FB).

Det anses emellertid ligga i barnets intresse att det finns effektiva legala medel för överlämnande av barnet till den som har den legala vårdnaden eller umgängesrätt. Det har därför inte bedömts vara möjligt att helt avstå från tvångsmedel. Att inte rätta sig efter en vårdnadsdom eller att annars underlåta att överlämna barn till vårdnadshavarna kan i vissa fall medföra straff för egenmäktighet med barn enligt 7:4 BrB. Det hindrar inte att *tvångsmedel* kan föreläggas.[282]

Det finns två tvångsmedel vid verkställighet. Det ena är att barnets vårdnadshavare åläggs att lämna ut barnet vid *vite* och det andra att barnet *hämtas* av polis (21:3 FB).[283] Om tvångsmedel måste tillgripas framhålls att i första hand vite bör föreläggas. Ett vitesföreläggande skall riktas mot den som motsätter sig verkställighet, men självfallet inte mot barnet.[284] Ett vitesföreläggande kan gälla för viss tid framåt. Med vitesföreläggandet skiljer sig LR formellt från ärendet. Om föreläggandet inte åtlyds, kan sökande återkomma och LR utdöma vitet.[285] Enligt äldre förarbeten ansågs

280 NJA II 1967 s. 512 f. Prop. 1992/93:139 s. 11.
281 Walin 1996 s. 467.
282 NJA II 1967 s. 492. SOU 1966:38.
283 Se lag (1985:206) om viten. Se även Lavin 1989.
284 NJA II 1967 s. 491. SOU 1966:38.
285 Prop. 1967:138 s. 18.

det i allmänhet vara lämpligare att LR förordnade om hämtning i sådana fall.[286] Numera anses att polishämtning endast bör tillämpas som en yttersta utväg.[287] *(Se vidare 5.6.1.1.)*

Närmare bestämmelser ges även i förordningen (1967:715) om tillämpningen av 21 kap. FB. Här framgår bl.a. att den som har hand om barnet skall informeras om tidpunkten för hämtningen, om inte synnerliga skäl föranleder annat (19 §). Polismyndighets definition av synnerliga skäl har kritiserats av JO.[288]

> Fadern hade fått interimistisk ensam vårdnad om en sexåring och en fyraåring. Barnen hade tidigare bott hos modern som haft ensam vårdnad. Fadern begärde verkställighet hos LR. Av LRs domskäl framkom bl.a. att modern var starkt negativ till ett överlämnande av barnen. Detta i kombination med hennes ekonomiska situation, ledde till att LR förordnad att polishämtning skulle ske. I samråd med de sociala myndigheterna beslöt polismyndigheterna att hemlighålla tidpunkten för hämtningen för modern. Som grund för hemlighållandet hänvisades till LRs domskäl. Detta ansågs av JO inte utgöra sådana särskilda skäl som krävs enligt 19 § förordningen (1967:715) om tillämpningen av 21 kap. FB.

I enskilda fall kan verkställighetsfrågan få betydelse för den materiella prövningen i vårdnads- och umgängesmål. Av HDs domskäl i NJA 1992 s. 666 kan utläsas att domstolen till grund för sitt avgörande bl.a. lagt KamRs dom. Enligt avgörandet fick umgängesföräldern inte bifall till ansökan om verkställighet av umgängesrätt, eftersom det förelåg inte ringa risk för att barnets kroppsliga eller själsliga hälsa skulle skadas. HD ansåg mot bakgrund av detta att en överflyttning av vårdnaden skulle innebära en för stor omvälvning för barnet med ovissa följder för henne. Även i NJA 1992 s. 93 utgjorde verkställighetsfrågan en väsentlig del av HDs domskäl. *(Se ovan 5.2.4.)*

5.6.1.1 VERKSTÄLLIGHET AV VÅRDNAD RESPEKTIVE UMGÄNGE

Lagförarbetena till 21 kap. FB behandlar i första hand verkställighet av vårdnadsavgöranden och endast i andra hand verkställighet av umgängesavgöranden. Av publicerade domar att döma förefaller det emellertid numera, åtminstone i nationella förhållanden, vara betydligt vanligare att

286 NJA II 1967 s. 496. Prop. 1967:138. Se även Smith & Lödrup s. 123.
287 Prop. 1982/83:165 s. 17.
288 JO Dnr. 4424–1995.

verkställighet begärs av umgängesavgöranden än av vårdnadsavgöranden.[289]

Förutsättningar för att rätten skall kunna förordna om *hämtning* genom polismyndighetens försorg skiljer sig åt vid verkställighet av vårdnad respektive av umgänge. Är det fråga om dom eller beslut om vårdnad eller överlämnande av barn räcker det om ett av två rekvisit är uppfyllda för att LR skall få besluta om hämtning. Rekvisiten är att verkställighet *inte annars kan ske* eller att hämtning är nödvändig för att *undvika att barnet lider allvarlig skada* (21:3 2 st. FB). Vid verkställighet av umgänge mellan barnet och en förälder som inte är vårdnadshavare krävs det att två rekvisit är uppfyllda för att LR skall få besluta om hämtning av barnet. Verkställighet skall *annars inte kunna ske* och *barnet skall ha ett särskilt stort behov* av umgänge (21:3 3 st. FB).

Verkställighet av umgänge kommenterades vid 1967 års lagstiftning. Det ansågs tveksamt om »bruk av våld», dvs. hämtning genom polismyndighets försorg, överhuvudtaget skulle förekomma vid verkställighet av umgänge.[290] Det framhölls att verkställighet av umgänge förutsatte särskild försiktighet och att det med hänsyn till barnet inte var lämpligt att hämtning skedde under någon längre tid, t.ex. vid verkställighet av förälders umgängesrätt var fjortonde dag. Lagstiftaren förefaller ha ansett hämtning mer motiverad i samband med långvariga umgängesperioder än vid kortare. Det betonades också att hämtning kunde ha en preventiv funktion i förhållande till vårdnadshavaren.[291] Verkställighet av umgängesförälderns rätt att sammanträffa med barnet hos vårdnadshavare eller annan, motsvarande kontaktperson enligt SoL, skulle endast kunna verkställas med vite.[292]

Även i samband med omarbetningen av 21 kap. FB år 1983 markerades att vite skulle vara det huvudsakliga tvångsmedlet i samband med verkställighet av umgänge och att hämtning fick tillgripas endast som en yttersta utväg.[293] Flera remissinstanser anslöt sig till uppfattningen att polishämt-

289 Officiell statistik förs, som sagt, inte över omfattningen av verkställighet av vårdnad respektive umgänge. Som exempel kan dock nämnas år 1996 inkom till Stockholms LR 158 verkställighetsansökningar. 138 av dessa avsåg umgänge, 14 vårdnad och 6 överflyttning enligt 21:7. Anmärkas kan även att av de 14 ansökningar som avsåg vårdnad prövades endast en i sak. Se Johansson.

290 NJA II 1967 s. 475. Prop. 1967:138 s. 43 f.

291 Prop. 1967:138 s. 44, NJA II 1967 s. 490, 495.

292 NJA II 1967 s. 496.

293 Prop. 1982/83:165 s. 17, SFS 1983:47–50.

ning skulle få ske endast inom ramen för ingripanden enligt LVU, dvs. om ett passivt barnets bästa var hotat. Det underströks att stora ansträngningar borde vidtas för att nå en frivillig lösning.[294] Bland argumenten för att polishämtning skulle få fortsatt användning vid verkställighet av *vårdnad* anfördes bl.a. att hämtning måste kunna ske om barnet riskerade att ta allvarlig skada pga. miljön. Det framfördes även att vårdnadshavaren hade bedömts som mer lämplig att stadigvarande vårda barnet och att praktiska komplikationer kunde uppkomma, eftersom den föräldern som inte var vårdnadshavare saknade juridiska möjligheter att tillvarata barnets intressen.[295]

Angående verkställighet av *umgänge* framhölls däremot att det gällde en samvaro under en begränsad tid, att behovet av verkställighet därför var mindre och att polishämtning, också under lugna former, kunde hämma förutsättningarna för ett harmoniskt umgänge. Slutligen åberopades även att domstol vid avgörande av vårdnadsfrågan normalt skulle förordna den av föräldrarna som bäst kunde antas främja ett nära och gott umgänge mellan barnet och den andra föräldern. Vid umgänge mellan barnet och en närstående som inte var förälder anfördes att vite borde vara det enda tvångsmedlet.[296]

Lagstiftningen ger således uttryck för tanken att verkställighet med hjälp av polishämtning skall vara lättare att få till stånd vid överlämnande av barn till vårdnadshavare än till umgängesförälder. Som framkommit förefaller det numera vara vanligast med yrkanden om verkställighet av umgängesrätt. Vårdnadshavarens invändning är då ofta att ett vitesföreläggande är obehövligt, eftersom han inte motsätter sig vad allmän domstol har beslutat i umgängesfrågan. Han har gjort vad som på honom ankommer för att umgänge skall komma till stånd, men barnet vill inte träffa den umgängesberättigade föräldern under föreskrivna former. Denna situation diskuteras i följande avsnitt.

5.6.1.2 VERKSTÄLLIGHET OCH BARNETS VILJA

Ovan har konstaterats att barnets vilja materiellt tillmäts allt större betydelse vid avgöranden av vårdnads- och umgängesfrågor. Barn som fyllt tolv år, eller uppnått motsvarande mognad, har »vetorätt» i verkställighetsfrå-

294 Prop. 1982/83:165 s. 18.
295 Prop. 1982/83:165 s. 19.
296 A.a.

gor. Ett undantag från denna »vetorätt» görs om att LR finner att verkställighet är nödvändig med hänsyn till barnets bästa (21:5 FB).[297]

Det innebär att LR i de fall, när barnet fyllt tolv år, eller uppnått motsvarande mognad, och motsätter sig att verkställighet skall ske, skall göra en självständig bedömning av om verkställighet är nödvändig för barnets bästa. I det senare lagstiftningsarbetet ansågs att några lagändringar inte var nödvändiga för att tillförsäkra barnet en rätt att komma till tals i verkställighetsmål. Som skäl för en sådan bedömning angavs, förutom den uttrycklig bestämmelse om att barnets vilja skall beaktas enligt 21:5 FB, bl.a. att barnet kunde drabbas av lojalitetskonflikter om det fick ställning som part i verkställighetsmål. Det skulle riskera att störa barnets framtida förhållanden till föräldrarna eller någon av dem. Andra skäl var verkställighetsmålens nära anknytning till processen i allmän domstol där barnets rätt att komma till tals stärkts. Vidare anfördes att om förlikningsåtgärder enligt 21:2 FB vidtogs, så kunde barnet komma till tals härigenom.[298]

Vid införandet av 21 kap. FB var åldersgränsen för beaktande av barnets vilja 15 år. Det framhölls att undantag från åldersbestämmelsen måste kunna göras. Det kunde t.ex. vara motiverat att beakta ett mentalt moget yngre barns vilja om det inte skulle skada barnet. Som exempel på en situation när verkställighet skulle ske, trots att ett äldre barn motsatte sig det, angavs det fallet att barnet bodde med en missbrukare som var olämplig som fostrare.[299]

LRs har således möjlighet att efter en materiell prövning förordna om verkställighet, oaktat barnets veto. I publicerade domar om verkställighet åberopas som sagt barnets vilja ofta som grund för att vårdnadshavaren inte frivilligt rättat sig efter domen. Av dessa domar framkommer att RegR varit synnerligen restriktiv vid beaktande av yngre barns vilja i samband med verkställighet. Som exempel kan nämnas RÅ 1994 not 115 om vitesföreläggande.[300]

Vårdnadshavaren förklarade den tioåriga dotterns ovilja mot umgänget med att flickan inte ville följa med till umgängesförälderns hemstad. Barnet hade inte blivit hemskjutsat som hon önskat i samband med sommarumgänget och kände sig osäker på om fadern tänkte låta henne bo kvar hos modern. Vårdnadshavarens skäl godtogs av LR som fann att anledning saknades att förordna om verk-

297 Prop. 1994/95:224 s. 19.
298 SFS 1995:1242. Prop. 1994/95:224 s. 38. SOU1987:7 98 f.
299 NJA II 1967 s. 499 f.
300 Se RÅ 1994 not 114 om utdömande av vite.

ställighet. Inför KamR uppgav umgängesföräldern att flickans önskemål dikterades av modern. Vårdnadshavaren anförde bl.a. att barnet hade en sådan mognad att hon borde få ha ett avgörande inflytande i frågan om umgänge. Enligt KamR krävdes en tillfredsställande utredning för att undantag från regeln om tolvårsgränsen i 21:5 FB skulle göras. Sådan utredning hade inte lagts fram. Besvären bifölls. RegR ändrade inte KamRs avgörande.

I andra rättsfall har RegR tagit ställning till överprövning av förvaltningsdomstols förordnande om verkställighet, efter det att det avgörande av allmän domstol som förordnandet grundats på, ändrats.[301]

I RÅ 1992 ref. 97 (I) hade umgängesföräldern begärt verkställighet. Vårdnadshavaren anförde att det sjuåriga barnet inte velat träffa sin far, trots att hon försökt förmå barnet till det. Vidare hävdade hon att det fanns skäl att tro att barnet löpte risk att ta skada om hon tvingades. Hon förklarade barnets ovilja mot att umgås med fadern med att denne vid tidigare umgänge hade brutit ett löfte till dottern om att övernattning inte skulle ske. Fadern anförde att han behållit flickan därför att hon själv ville det. LR fann inte att förordnandet om verkställighet skulle förenas med vitesföreläggande. Men KamR fann att modern inte levt upp till sitt ansvar som vårdnadshavare för att få till stånd ett fungerande umgänge. Detta ansvar påverkades inte av barnets viljeyttringar. KamR förenade verkställighetsförordnandet med ett vitesföreläggande. Vårdnadshavaren överklagade KamRs beslut. Vid tiden för RegRs prövning hade allmän domstol inskränkt umgängesrätten och förordnat att umgänge endast skulle ske i närvaro av kontaktperson. RegR fann att TRs nya dom förändrat grunden för förvaltningsdomstolarnas avgöranden i verkställighetsfrågan och att dessa måste anses förfallna.

I RÅ 1992 ref. 97 (II) fann RegR däremot att de förändringar som TRs dom angående umgänge inneburit inte var så omfattande att de hindrade en överprövning av tidigare verkställighetsdomar.

Umgängesföräldern yrkade att verkställighet av hans umgängesrätt skulle förenas med ett vitesföreläggande. Modern bestred att behov av verkställighetsförordnande förelåg eftersom hon inte vägrat fadern att träffa sonen. Enligt LRs bedömning fick modern anses ha gjort allt vad på henne ankom för att bereda fadern tillfälle att utöva sin umgängesrätt. KamR förordnade däremot om verkställighet vid vite att gälla vissa bestämda umgängestillfällen. Vid tidpunkten för RegRs prövning hade allmän domstol interimistiskt begränsat omfatt-

301 Se även Lavin 1993 s. 37.

ningen av umgänget. Enligt RegRs bedömning var inte förändringarna så stora att de hindrade en överprövning i verkställighetsfrågan.

Sammantaget föreligger vissa skillnader mellan bedömningsgrunderna för å ena sidan allmän domstols avgörande av vårdnads- och umgängesfrågan och å andra sidan förvaltningsdomstols avgörande av verkställighetsfrågan. Utrymmet för skönsbedömningar är mindre vid tillämpningen av verkställighetsbestämmelserna än vid avgörande av vårdnads- eller umgängesfrågor i sak. Av praxis framkommer också att barnets vilja inte beaktats i verkställighetsfrågor innan barnet fyllt 12 år.[302] Även principerna för fördelning av rättegångskostnader skiljer sig åt. I mål eller ärenden om vårdnad eller umgänge enligt 6 kap. FB skall vardera parten bära sina rättegångskostnader. Undantag görs för det fallet att en av parterna inlett rättegång utan att motparten givit anledning härtill, alternativt föranlett onödig rättegång (6:22 FB, 18:3 RB). I fråga om rättegångskostnader vid verkställighetsmål skall dessa fördelas mellan parterna efter vad rätten finner skäligt. En konsekvens härav blir att fördelningen av rättegångskostnader kan användas för att begränsa antalet ansökningar om verkställighet, alternativt kan fördelningen av rättegångskostnader användas som ett sanktionsliknande medel mot part som föranlett ansökan. I praktiken torde domstols fördelning av rättegångskostnader ofta anknyta till huvudregeln för fördelning av rättegångskostnader och tappande part ådömas att ersätta motpartens kostnader (18:1 RB). *(Se ovan 5.4.5.)*

5.6.2 Verkställighet vid omhändertaganden enligt 2 § LVU

Förvaltningsavgöranden som innebär ingrepp i enskilds personliga förhållanden kan ofta verkställas enligt föreskrift i speciallagstiftning.[303] Så är fallet med verkställighet av avgöranden enligt LVU.

Ett antal beslut enligt LVU gäller omedelbart och kan således verkställas oavsett överklaganden. Till dessa hör beslut om omedelbara omhändertaganden, förebyggande insatser eller tillfälliga flyttningsförbud (40 § 1 st. LVU). Andra beslut som fattas av socialnämnd gäller omedelbart om nämnden inte förordnar annat (40 § 2 st. LVU).[304] Men om vård inte har

302 Se t.ex. KamR i Sthlm, 970507, 7375–1996.

303 Lavin 1995 s. 74. Förutsättningarna för förvaltningsbesluts verkställbarhet är omdiskuterade. Vad avser beslut om vård enligt LVU begränsas dock frågetecknen genom specialregleringen. Se t.ex. Lavin 1993 s. 25, Lavin JT 1992–93. s. 563.

304 Clevesköld m.fl. s. 178

påbörjats inom fyra veckor från den dag beslutet vann laga kraft, upphör det att gälla och får då inte heller verkställas (5 § LVU). LVUs tidsramar medför som sagt således endast ett begränsat behov av inhibering.[305] *(Se ovan 5.5.5.)*

Sedan LR har beslutat om vård enligt LVU övergår ansvaret för vårdens genomförande på socialnämnden (11 § LVU). Ansvaret för vårdens verkställighet ligger därmed på nämnden. Ett omhändertagande enligt LVU kan verkställas genom polishandräckning (43 § LVU).[306] På begäran av socialnämnd eller nämndens ordförande skall polismyndighet lämna biträde i samband med läkarundersökning och vid genomförande av beslut om omhändertagande med stöd av LVU.[307] JO har påpekat att polisbiträde endast får förekomma när det finns grundad anledning att tro att det är nödvändig för åtgärdens genomförande.[308] När beslut om omhändertagande av barn verkställs, skall föräldrarna underrättas.[309] *(Se ovan 5.5.4.)*

Även när ett beslut om upphörande av vård enligt LVU har fattats, har socialnämnd ansvaret för hur detta skall verkställas. Anser nämnden att barnet inte kan återvända hem i enlighet med beslut om upphörande av vård utan påtaglig risk för skada och vill föräldrarna inte låta barnet stanna i familjehemmet, kan en ansökan om flyttningsförbud enligt 24 § LVU inges till rätten.[310] Sådana beslut har företräde framför FBs verkställighetsregler. LR kan alltså inte besluta om åtgärder för att barnet skall överflyttas till vårdnadshavaren (21:7 3 st. FB).[311] *(Se ovan 4.5.2)*

Angående sambandet mellan LVU och 21 kap. FB kan således noteras att så länge ett barn är omhändertaget för samhällsvård enligt LVU, är vårdnadshavarens befogenhet att bestämma över barnets vistelseort satt ur kraft.[312] I äldre rätt diskuterades möjligheten att i samband med verkställighet enligt FB kunna omhänderta barnet för att skapa bättre möjligheter att genomföra verkställigheten.[313] Så kan numera ske i internationella förhållanden enligt 19 § VerkställighetsL. *(Se vidare 5.8.)*

305 Lavin 1993 s. 16.

306 Bramstång 1985 s. 332 f.

307 Biträde kan även lämnas till den som förestår vården vid ett hem för vård av unga som omhändertagits enligt 3 § LVU.

308 T.ex. JO 1980/81 s. 170 f. Bramstång 1985 s. 333.

309 Clevesköld m.fl. s. 180. Se JO 4424–1995.

310 A.a.

311 Prop. 1989/90:28 s. 85. SFS 1990:54. Se t.ex. RÅ 1988 ref. 89.

312 Prop. 1979/80:1 del A s. 321.

313 NJA II 1967 s. 496 f.

Om en förälder som har vårdnaden om ett barn, men inte får träffa det, själv tar sig rätt, istället för att utnyttja möjligheten att begära verkställighet, kan en sådan handling utgöra en lagstridig disposition av vårdnaden. Sådana behandlas under nästa rubrik.

5.7 Lagstridiga dispositioner av vårdnad

Med lagstridiga dispositioner av vårdnaden förstås i första hand *egenmäktighet med barn* enligt 7:4 BrB. Egenmäktighet med barn innebär att någon obehörigen skiljer ett barn under 15 år från den som har vårdnaden om det, förutsatt att gärningen inte utgör brott mot frihet (7:4 1 st. 1 m. BrB). Det utgör även egenmäktighet med barn om en av vårdnadshavarna vid gemensam vårdnad *utan beaktansvärda skäl* bortför barnet (7:4 1 st. 2 m. BrB). Likaså utgör det egenmäktighet med barn om en vårdnadshavare *obehörigen bemäktigar* sig barnet och därigenom själv tar sig rätt (7:4 1 st. in fino BrB). Som egenmäktighet med barn räknas slutligen även att obehörigen skilja ett barn under 15 år från någon som *vårdar barnet med stöd av LVU*, förutsatt att gärningen inte utgör brott mot frihet eller främjande av flykt (7:4 2 st. BrB).[314]

Egenmäktighet med barn enligt 7:4 BrB är således subsidiärt till frihetsbrotten i 4 kap. BrB. Om en gärning riktar sig mot *barnet självt* och innebär att barnet berövas sin frihet eller försätts i ett tvångstillstånd eller nödläge, omfattas gärningen inte av 7:4 BrB om egenmäktighet med barn.[315] Sådana gärningar faller istället under frihetsbrotten. Till frihetsbrotten hänförs dels fall när barnet har uppnått en viss *mognad* och bortförts eller kvarhållits mot *sin vilja*, dels andra fall när barnet tagits ur sin miljö för att kvarhållas på avlägsen ort eller undangömmas och slutligen om barnet bortförts i utpressningssyfte (4:1 BrB).[316]

Straffskalan för brott enligt 7:4 BrB är böter eller fängelse i högst ett år. Är brottet att anse som grovt är straffskalan fängelse i lägst sex månader

314 Prop. 1982/83:165 s. 22, 37, 49. Den legale vårdnadshavare kan således ställas till ansvar enligt detta lagrum, trots att ett omhändertagande formellt inte utgör en överföring av vårdnaden till socialnämnd eller familjehemsföräldrar. *(Se ovan 4.3.4.)* Hänvisningen till främjande av flykt är främst tillämplig när barnet vårdas med stöd av 3 § LVU. Om bötessanktion vid överträdelse av flyttningsförbud enligt 24 § LVU, se 44 § LVU.

315 Prop. 1962:10 B s. 103 f.

316 BrB I s. 317.

och högst fyra år (7:4 3 st. BrB).[317] Egenmäktighet med barn har således ett lägre straffvärde än frihetsbrotten. Straffvärdet för människorov är lägst fyra års fängelse, högst livstid. Straffvärdet för olaga frihetsberövande är högst tio års fängelse.

Det förefaller vara något oklart om det är barnets eller vårdnadshavarens rätt som skyddas av 7:4 BrB. Enligt uttalanden vid införandet av 7:4 2 st. BrB, år 1983, syftar bestämmelsen om egenmäktighet till att ge *barnet* ett straffrättsligt skydd mot att bli skilt från den som har vårdnaden om barnet eller vårdar det enligt LVU.[318] Men enligt tidigare förarbetesuttalanden karaktäriseras brottet av att barnets rättmätiga *vårdnadshavare* mot sin vilja skilts från vårdnaden.[319]

Jareborg hävdar, i likhet med vad som framkommer av de äldre lagförarbetena, att 7:4 BrB kriminaliserar ingrepp i eller missbruk av *vårdnaden* till skillnad från gärningar som riktas mot barnets frihet. Enligt honom riktas således brottet mot den som har eller skall ha barnet i sin vård.[320] Det ställs inte något formellt krav på att den legale vårdnadshavaren även skall utöva vårdnaden, såsom t.ex. görs i Haagkonventionen.[321]

I senare praxis har HD, med viss tvekan, funnit att egenmäktighet riktar sig mot såväl barn som mot vårdnadshavare. Så skedde i NJA 1995 s. 269.

> Fråga var om rätt till skadestånd för moder, som var ensam vårdnadshavare till en egenmäktigt bortförd, då tio månader gammal pojke. Talan riktades mot fadern som fällts till ansvar för gärningen. HD ansåg i enlighet med uttalandena i den senare propositionen egenmäktighet mot barn vara ett brott riktat mot barnet självt. Skadeståndstalan medgavs dock med motiveringen att gärningsmannens handlande i betydande grad också varit riktat mot vårdnadshavaren.

Det finns en förklaring till att barnets straffrättsliga skydd betonats i samband med senare lagstiftning.[322] Genom lagstiftning år 1983 vidgades omfattningen av brottet egenmäktighet med barn till att även omfatta skiljandet av barn från den som vårdar det enligt LVU (7:4 2 st. BrB). Eftersom ett omhändertagande enligt LVU inte innebär att den legala vårdnaden frångår vårdnadshavaren, var det därmed inte längre möjligt att förklara

317 SFS 1993:207, prop. 1992/93:141 s. 34 f. Prop. 1982/83:165 s. 22, 39. Se även RH 1986:123, RH 1987:86 samt RH 1993:52 kommenterad av Schiratzki 1994 s. 39.

318 Prop. 1982/83:165 s. 39.

319 Prop. 1962:10 del B s. 103 f. 419 f.

320 Jareborg 1984 s. 331 ff.

321 Observera dock 21:7 2 st. FB. *(Se ovan 5.6.1)*

322 SFS 1983:48. Prop. 1982/83:165 s. 37 f., 49 f.

7:4 2 st. BrB med det resonemang om skydd för vårdnadshavarens rättigheter som anförts vid stiftandet av 7:4 1 st. BrB. Istället betonades nu barnets rätt till skydd. Av de senare lagförarbetena framkommer dock inte att betoningen av barnets rätt till skydd skulle ersätta vårdnadshavarens. Snarare skulle barnets rätt till skydd mot egenmäktighet utgöra ett komplement till vårdnadshavarens.[323] Det kompletterande skyddet är logiskt, eftersom vårdnadshavaren har rätt men också skyldighet att tillgodose barnets behov av vård. Skyddas vårdnadshavarens rättigheter skyddas även barnets.

Konstruktionen av straffstadgandet egenmäktighet med barn skiljer sig från grunderna till FB genom att *barnets bästa* endast ges indirekt betydelse. Barnets bästa tillmäts betydelse främst vid bedömningen av rekvisiten *obehörigen* och *utan beaktansvärda skäl* samt vid bedömningen av andra ansvarsfrihetsgrunder. Prövningen av *beaktansvärda skäl* skall enligt praxis avgöras utifrån barnets bästa.[324] Anknytningen till vårdnadshavarens formella rättigheter är emellertid stark, eftersom endast vårdnadshavare kan åberopa beaktansvärda skäl som ansvarsfrihetsgrund. Andra än vårdnadshavare, inklusive föräldrar som inte har del i vårdnaden, är hänvisade till att åberopa de allmänna objektiva ansvarsfrihetsgrunderna i BrB.[325] Bland dessa har frågan om *nöd* prövats i NJA 1993 s.128.

> En moder hade undanhållit sin son från fadern, som var ensam vårdnadshavare. Modern var övertygad om att sonen utsattes för sexuella övergrepp av fadern och åberopade nöd som ansvarsfrihetsgrund. HDs majoritet godtog inte invändningen med motiveringen att incestfrågan redan hade prövats av domstol i vårdnadsmålet och funnits ogrundad. Det medförde, enligt HDs majoritet, att utrymmet för tillämpningen av nödbestämmelsen pga. den handlandes egen riskbedömning var mycket litet.

Samtycke som ansvarsfrihetsgrund (24:7 BrB) aktualiserar gränsdragningen mellan brottet egenmäktighet med barn och frihetsbrotten. Den avgörande skillnaden mellan frihetsbrotten och egenmäktighet är skyddsobjektet. För att samtycke skall vara ansvarsbefriande, skall samtycket ges av den person som brottet riktas mot.[326] Vid egenmäktighet med barn är det som framkommit något oklart vem som är skyddsobjekt. Enligt min mening är

323 Prop. 1982/83:165 s. 39.
324 Se NJA 1983 s. 750.
325 BrB I s. 316 f.
326 Leijonhufvud & Wenneberg 1993 s. 94 f.

det den legale vårdnadshavaren. Det är därför vårdnadshavarens samtycke som är relevant. *Barnets vilja* saknar däremot självständig betydelse vid bedömningen av samtycke som ansvarsfrihetsgrund vid egenmäktighet med barn.[327]

Risk för egenmäktighet med barn har även beaktats i samband med medgivande av umgänge (6:15 4 st. FB).[328] Andra aspekter av egenmäktighetsbrottet som har varit föremål för HDs prövning är ansvar på nytt när gärningsmannen inte återbördat barnen till vårdnadshavaren efter laga kraft vunnen dom eller fortsatt att undanhålla barnet.[329]

Egenmäktighet med barn har kommit att till stor del förknippas med bortförande av barn över nationsgränserna. Kvantitativt förefaller det vara ett mindre problem men, dessvärre, juridiskt svårlösligt och med tragiska följder för de inblandade.[330] I följande avsnittet diskuteras vårdnad med internationell anknytning.

5.8 Vårdnad med internationell anknytning

Ökad rörlighet över gränserna har medfört ett ökat antal vårdnadsförhållanden med internationell anknytning. Den internationella aspekten kan ur svensk domstols perspektiv variera på skilda sätt. En av föräldrarna kan t.ex. vara utländsk medborgare men ha hemvist i Sverige. Barnet kan ha dubbelt medborgarskap eller hela familjen kan vara utländska medborgare med hemvist här. Ytterligare alternativ är en familj där alla, eller några, familjemedlemmar är svenska medborgare men har hemvist utomlands.

Vårdnadstvister med internationell anknytning uppfattas ofta som mer svårlösta än andra vårdnadstvister. Det finns flera anledningar till en sådan uppfattning. Bland dessa märks att frågor om vårdnad m.m. om barn i internationella förhållanden endast delvis är reglerade i lagfästa kollisions-

327 Se Jareborg 1984 s. 333.

328 Se t.ex. NJA 1992 s. 93 och NJA 1995 s. 727.

329 NJA 1991 s. 241, NJA 1992 s. 566, NJA 1993 s. 277. Angående resning se NJA 1996 C 27.

330 Socialstyrelsen har för perioden 1972 till 1992 funnit 113 barn i 79 familjer som egenmäktigt förts bort från Sverige och 40 barn i 27 familjer som förts hit. Det framhålls emellertid att siffrorna inte är fullständiga. Siffrorna, sådana de nu är, skall ses mot bakgrund av att det i Sverige år 1992 enligt rapporten fanns knappt 119 000 barn till *gifta* föräldrar där en av föräldrarna var födda utomlands. Socialstyrelsen 1994. Se även Schiratzki 1993 s. 17.

normer.[331] Vid sidan av de internationella privaträttsliga aspekterna kan det även vara svårare att göra en materiell bedömning av vårdnadstvisten. Det kan t.ex. vara mycket stora skillnader i de uppväxtmiljöer respektive förälder kan erbjuda barnet. Konsekvenserna av internationella vårdnadsavgöranden kan också uppfattas som mer dramatiska än nationella vårdnadsavgöranden. Ett exempel är att det ofta är svårare och dyrare att låta barnet upprätthålla en nära och god kontakt med bägge sina föräldrar om dessa bor i olika länder.

5.8.1 Internationell privaträtt och vårdnad

Bland de lagfästa kollisionsnormer som reglerar frågor om vårdnad m.m. i internationella förhållanden märks ett antal förordningar. Hit hör IÄL som får relevans om föräldrarna är eller har varit gifta med varandra. Av IÄL följer bl.a. att om en vårdnadsfråga skall prövas i ett äktenskapsmål föreligger svensk domsrätt om makarna är svenska medborgare, kärande är svensk medborgare och har eller har haft hemvist i Sverige sedan han fyllt 18 år, kärande inte är svensk medborgare men har hemvist här sedan minst ett år eller svarande har hemvist här (3:2, 3:6 IÄL). För nordiska förhållanden ges också regler i NÄF och NEVL. Den nordiska regleringen innebär i huvudsak att ett avgörande som meddelats i ett nordiskt land har samma verkan i övriga nordiska länderna som om det hade meddelats där. Det kan noteras att varken IÄL eller NÄF omfattar regler rörande vårdnaden om barn till ogifta föräldrar.[332] Forumbestämmelser med relevans för internationella förhållanden återfinns också i 6:17 FB.

Vid sidan av dessa förordningar har ett antal internationella privaträttsliga konventioner ingåtts mellan olika stater som reglerar vårdnadsförhållanden med internationell anknytning. Bland dessa märks främst 1980 års Europaråds- och Haagkonventioner, som är inkorporerade i svensk rätt genom VerkställighetsL. *(Se ovan 4.2, vidare 5.8.2.)*

I samband med vårdnadstvister och andra mål som enligt svensk rätt är indispositiva, skall rätten *ex officio* tillämpa svenska kollisionsregler och beakta tillämplig utländsk lag. Utländska avgöranden om vårdnad eller umgänge utgör vanligen inte hinder för att frågan prövas här.[333] I mål om

331 Bogdan 1992 s. 194.

332 Pålsson 1990 s. 486.

333 Pålsson 1996 s. 603. Pålsson 1990 s. 503 f. Om *res judicata* och nationella avgöranden. *(Se ovan 5.4.5.)*

vårdnad och umgänge tillämpas med stöd av 3:6 IÄL och dess grunder normalt svensk rätt, om svensk domsrätt föreligger.[334]

Centralt för spörsmålet om svensk domsrätt föreligger vid tvist om vårdnad m.m. är *hemvistfrågan*. Så är särskilt fallet om tvisten inte omfattas av IÄLs eller NÄFs bestämmelser. Begreppet hemvist ges i 7:2 IÄL följande definition: »Den som är bosatt i en viss stat anses vid tillämpning av denna lag ha hemvist där, om bosättningen med hänsyn till vistelsens varaktighet och omständigheterna i övrigt måste anses stadigvarande».

Definitionen anses vara vägledande för tolkning av svenska internationella privat- och processrättsliga bestämmelser.[335] Vid tillämpning av hemvistsbegreppet har framhållits att prövningen i enlighet med 7:2 IÄL, bör bygga på en helhetsbedömning av vistelsens längd, föreliggande sociala bindningar och andra förhållanden av personlig eller yrkesmässig karaktär. När det gäller ett barn är vårdnadshavarens hemvist och förhållanden i övrigt av stor betydelse.[336] Vid avgörande av vem som är vårdnadshavare tillämpas normalt svensk rätt om hemvistkraven är uppfyllda. En ogift mor betraktas därmed som ensam vårdnadshavare och gifta föräldrar som gemensamma vårdnadshavare, oavsett *lex patriae*.[337]

Barnets hemvist utgör numera den viktigaste grunden för svensk jurisdiktion.[338] Betydelsen av barnets hemvist förstärktes genom en ändring av FBs allmänna forumbestämmelser år 1995.[339] Frågor om vårdnad och umgänge skall tas upp av rätten på den ort där barnet har sin hemvist och inte

334 Kritiskt Jänterä-Jareborg 1997 s. 221 ff.

335 Bogdan 1992 s. 133 ff. Pålsson 1992 s. 477. Örtenhed s. 42 ff.

336 Prop. 1988/89:8 s. 36, s. 40, prop. 1973:158 s. 80 f.

337 Se Jänterä-Jareborg 1997 s. 225 ff. Se även RH 1993:52. Vidare kan uppmärksammas praxis hos Statens Invandrarverk. Invandrarverket godtar i första hand *faktisk vårdnad*. Om ett barn och en förälder anländer till Sverige och ansöker om uppehållstillstånd tillsammans, uppfattas föräldern som vårdnadshavare, ensam eller tillsammans med den andra föräldern. Annorlunda förhåller det sig om en ensam förälder i Sverige vill återförenas med ett barn i utlandet genom s.k. familjeåterförening (2:4 p. 2–3 UtlL, 3:4 UtlL). Då måste föräldern kunna belägga att denne har del i den *legala vårdnaden*. En sådan praxis har gett problem i förhållande till sökanden från länder med muslimsk familjerätt där frånskilda mödrar *ipso iure* inte har del i den legala vårdnaden, men där föräldrarna genom avtal kan disponera över vårdnadsfrågan. Det förefaller som om Invandrarverket numera godtar sådana avtal om vårdnad. Tidigare har förekommit att de avvisats med motiveringen att domstolsprövning inte skett. Se SIV dnr 6–305716, Schiratzki 1994 s. 39. Angående rätt till bidragsförskott i sådana fall. Se KamR 1992–09–14, Mål nr 122275–1992.

338 Prop. 1993/94:251 s. 188 f. Pålsson 1996 s. 604. Bogdan 1987 s. 171. Pålsson 1990 s. 491 f.

339 SFS 1994:1433. Prop. 1993/94:251 s. 168 f., 188 f.

som tidigare där någon av vårdnadshavarna har sin hemvist (6:17 1 st. 1 p. FB). Ofta följer som sagt barnets hemvist vårdnadshavarnas. Så är emellertid inte alltid fallet. För de fall att barnets föräldrar har gemensam legal vårdnad, men hemvist i olika länder och barnet bor hos endast en av dem, har barnet gemensam hemvist endast med den faktiske vårdnadshavaren. Barn etablerar i princip inte ett nytt hemvist mot en av vårdnadshavarnas vilja. I svensk rättspraxis har emellertid betydelsen av denna princip kommit att avta. Barn kan därmed anses ha etablerat ett nytt legalt hemvist mot en av vårdnadshavarnas vilja och svensk domsrätt föreligga.[340]

I undantagsfall kan enbart vårdnadshavarens hemvist här i landet vara tillräcklig för att motivera svensk domsrätt. Av betydelse är då om föräldrarna är eller har varit gifta med varandra. Frågor om vårdnad och underhåll kan, efter en diskretionär prövning, upptas i äktenskapsmål enligt IÄL och enligt NÄF.[341] Det medför att den svenska domsrätten i vårdnadsmål kan vidgas jämfört med de fall när föräldrarna inte är eller har varit gifta med varandra (3:2–7 IÄL, 8, 22 §§ NÄF). Så skedde t.ex. i HDs beslut 1997–03–26, Ö 5476/96. *(Se ovan 4.3.2.2.)*

> En svensk mor förde sina barn till Sverige från Singapore, där familjen haft hemvist. I Sverige väckte hon talan om äktenskapsskillnad och ensam vårdnad. Fadern yrkade att talan om vårdnad skulle avvisas pga. att barnen förts bort på ett lagstridigt sätt, samt att de hade hemvist i Singapore. HD konstaterade att frågan om svensk domsrätt bl.a. avgörs efter barnets hemvist och att nytt hemvist vid gemensam vårdnad inte kan etableras mot den ene vårdnadshavarens vilja. Men uppkommer vårdnadsfrågan i samband med äktenskapsmål föreligger svensk domsrätt enligt 3:6 IÄL oaktat barnets hemvist. Angående Sveriges medverkan i det internationella samarbetet mot olovliga bortföranden, konstaterades att Singapore inte tillträtt Haagkonventionen. Därmed ansågs inte den omständigheten att barnen förts hit egenmäktigt utgöra tillräcklig grund för att avvisa talan.

Vårdnadshavarens hemvist här i landet kan även vara tillräcklig för att motivera svensk domsrätt, om barnet har hemvist utomlands och en dom i saken från barnets vistelseland inte skulle erkännas eller vara verkställbar i Sverige.[342] Av NJA 1995 s. 770 framkommer att för svensk domsrätt vid ansökan om gemensam vårdnad är det tillräckligt att en förälder som inte

340 Pålsson 1996 s. 596.

341 Pålsson 1996 s. 600 f. Se även RH 1993:105 där enbart faderns svenska medborgarskap ej ansågs motivera svensk domsrätt.

342 NJA II 1973 s. 593. Se NJA 1988 s. 538.

har del i vårdnaden enligt svensk rätt är bosatt i Sverige.[343] Saknar barnet hemvist i Sverige, kan svensk domsrätt också föreligga om den vårdnadshavare mot vilken talan förs har hemvist här (3:2 IÄL).[344] Däremot har enbart kärandes hemvist inte ansetts tillräcklig för att motivera svensk domsrätt, oavsett om en utländsk dom i saken skulle erkännas eller vara verkställbar här.

I NJA 1993 s. 65 hade föräldrarna gemensam vårdnad. Barnen hade hemvist hos fadern i Belgien. Modern som hade hemvist i Sverige yrkade inför svensk domstol att vårdnaden skulle överföras på henne. Saken ansågs inte ha sådan anknytning att svensk domsrätt var motiverad.

Uppfattningen att enbart kärandes hemvist inte är tillräckligt för att svensk domsrätt skall föreligga förstärks av utgången i NJA 1995 s. 241 rörande vårdnaden om ett barn till ogifta föräldrar. *(Se ovan 4.4.3.2.2.)*

Avgörandet rörde vårdnad m.m. om ett barn med en norsk mor och en svensk far som inte varit gifta med varandra. Efter separation väckte fadern, som hade del av den gemensamma vårdnaden, talan om ensam vårdnad vid svensk domstol. Modern utövade den faktiska vårdnaden. Hon och barnet bodde i Norge. HD framhöll att nytt hemvist i princip inte kan etableras mot den ena vårdnadshavarens vilja. Trots det bedömdes barnet vid tidpunkten för HDs prövning ha etablerat hemvist i Norge, eller åtminstone ha sådan anknytning dit, att det inte ansågs motiverat med svensk domsrätt.

HD tog här bl.a. hänsyn till att domstol i ett nordiska grannland prövat frågan. Det kan uppfattas som en analogitolkning av NÄF, där det stadgas att en dom om vårdnad som meddelats i samband med äktenskapsskillnad i ett annat nordiskt land skall erkännas i de övriga nordiska länderna.[345]

343 Se Pålsson 1996 s. 602 f.

344 För det fallet att talan ej omfattas av IÄLs bestämmelser är det numera tveksamt om svarandes hemvist är tillräckligt för att motivera svensk domsrätt. En anledning till denna tveksamhet är att forumbestämmelserna i 6:17 FB ändrats. Enligt äldre rätt skulle vårdnadsfrågor tas upp av rätten på den orten där vårdnadshavaren eller någon av vårdnadshavarna hade hemvist. Enligt gällande rätt skall frågan tas upp där barnet har hemvist. Se Prop. 1993/94:251 s. 188. Se Bogdan 1987 s. 171.

345 Se även RÅ 1995:99, RÅ 1996:52.

5.8.2 Något om tillämpliga konventioner

I syfte att bli delaktigt i ett internationellt samarbete för att motverka olovliga bortföranden av barn i internationella förhållanden har Sverige anslutit sig till Europarådskonventionen och Haagkonventionen.[346]

Den 19 oktober 1996 upprättades även Haagkonventionen rörande *Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children.* 1996 års konvention avser att klargöra frågor runt jurisdiktion och lagval. Sverige har ännu inte tillträtt 1996 års Haagkonvention.

De rättigheter som 1980 års EuroparådS- och Haagkonventioner tillerkänner föräldrar, barn och det offentliga har behandlats tidigare. *(Se ovan 4.2.)* Här kan erinras om följande huvuddrag i konventionerna. Enligt Europarådskonventionen skall ett avgörande om vårdnaden om barn, umgänge eller rätten att ta vård om barn som meddelats i en stat som har tillträtt Europarådskonventionen gälla här i landet. Avgörandet kan ligga till grund för verkställighet, förutsatt att så kunnat ske i landet där domen meddelats (5 § 1 st. VerkställighetsL). På motsvarande sätt skall svenska domar erkännas och verkställas i de övriga konventionsstaterna. 1980 års Haagkonvention syftar till att barn som olovligen bortförts skall återföras till sina ursprungsländer och att vårdnadsfrågan m.m. skall avgöras i ursprungsländerna (11 § VerkställighetsL).

Ett problem med konventionerna är att inte alla stater är, eller kan förväntas bli, anslutna till dem. Ett annat problem är att ett antal situationer undantas från konventionernas tillämpningsområde.[347]

Så skall avgöranden som enligt Europarådskonventionen borde erkännas eller verkställas i en konventionsstat, inte erkännas eller verkställas i följande situationer: för det första om det vore uppenbart oförenligt med rättsordningen här i landet, för det andra om det pga. ändrade förhållanden är uppenbart att det inte vore förenligt med barnets bästa, för det tredje skall konventionen inte tillämpas om barnets anknytning hit är betydligt starkare än till ursprungsstaten. Slutligen kan vissa fall undantas om barnet enligt lagen i staten där det är medborgare eller har hemvist har rätt att själv bestämma över sitt boende (6 § VerkställighetsL).

Överflyttning av barn enligt Haagkonventionen skall inte ske om det förflutit minst ett år sedan det olovliga bortförandet eller kvarhållandet ägde rum och barnet har funnit sig väl till rätta här. Det skall inte heller ske,

346 Se prop. 1988/89:8. SFS 1989:14.
347 Bogdan 1992 s. 62 f.

om det finns en allvarlig risk för att en överflyttning skulle skada barnet eller om barnet motsätter sig en överflyttning och har uppnått en sådan ålder och mognad att dess vilja bör beaktas. Överflyttning skall inte heller ske om det vore oförenligt med grundläggande principer om skyddet för mänskliga fri- och rättigheter (12 § VerkställighetsL).

Ytterligare ett problem, också vid tillämpningen av VerkställighetsL, är hemvistfrågan. RegR har haft att ta ställning till frågan om barnets hemvist i några avgöranden om verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden enligt Haagkonventionen.[348]

I RÅ 1995 ref. 99 var fråga om att fastställa hemvist för en knappt femårig flicka. Barnet var fött i USA i äktenskap mellan en amerikansk man och en svensk kvinna. När barnet var tre månader reste familjen till Sverige. Modern stannade kvar med flickan och fadern reste tillbaks till USA. När barnet var nio månader fick modern interimistisk ensam vårdnad av svensk domstol. En månad senare for mor och dotter till fadern i USA, men återvände till Sverige efter sex månader. När barnet var drygt två år erhöll fadern av svensk domstol umgängesrätt. Barn och mor var kvar i Sverige. Fadern besökte barnet när det var drygt två år. Föräldrarna skildes. Då barnet var knappt tre år tog fadern henne till USA utan moderns medgivande. Modern reste till USA och fick genom en *ex parte order* rätt att ta hand om barnet med förbud att lämna USA. Trots det återvände hon omgående till Sverige med flickan. Ett år senare ansökte fadern om överflyttning av dottern till USA. RegR fann att barnet, oaktat att modern fört hit det i strid mot faderns vilja, förvärvat hemvist i Sverige någon gång under tiden innan fadern förde barnet med sig till USA utan moderns medgivande. Vid bedömningen tog RegR särskild hänsyn till att barnet hade bott i Sverige under två år innan fadern förde henne till USA och att fadern inte hade gjort någon ansökan om överflyttning enligt Haagkonventionen tidigare.[349]

Också i RÅ 1996 ref. 52, om verkställighet av en nioårig flicka enligt Haagkonventionen, var bedömningen av barnets hemvist central för utgången.

RegR hade att ta ställning till frågan om jurisdiktion och barnets hemvist när föräldrarna enligt avtal, fastställts av amerikansk domstol, överenskommit att

348 Se Pålsson 1996 s. 596.

349 Kritiskt Pålsson 1996 s. 596. Se även NJA 1995 s. 241. *(Se ovan 5.8.1.)*

amerikansk domstol skulle ha ensam domsrätt i alla frågor som rörde vårdnaden. Föräldrarna hade vidare avtalat att barnet skulle bo växelvis hos sin far i USA och hos sin mor i Sverige. Merparten av tiden skulle barnet bo i Sverige. Under en tvåårsperiod efter den amerikanska domen vistades barnet enligt avtal med sin mor i Sverige. I slutet av denna period yrkade modern ensam vårdnad och fadern verkställighet enligt Haagkonventionen hos svensk domstol.[350] Faderns begäran om verkställighet medgavs av LR och KamR, men upphävdes av RegR. Skälen för RegRs bedömning var att barnet ansågs ha hemvist här eftersom hon enligt den amerikanska domen skulle vistas större delen av sin uppväxt i Sverige. Av betydelse för RegR bedömning var också att modern inte hade fört hit barnet i strid mot faderns rätt, utan i enlighet med domstols dom. Men till skillnad från vad som förutskickats av amerikansk domstol ansågs barnets hemvist vara beroende av hennes faktiska vistelse och inte av domen. Vid tiden för RegRs avgörande hade barnet vistats i Sverige i nästan tre år och funnit sig väl tillrätta. Enligt RegR innebar det att hon fått hemvist här. Därför förelåg inte förutsättningar för verkställighet enligt VerkställighetsL.

1996 års Haagkonvention förstärker ytterligare betydelsen av barnets ursprungliga hemvist. Enligt konventionen kvarstår en stats jurisdiktion över ett barn som bortförts till, eller kvarhålls i, en konventionsstat till dess barnet etablerat ett nytt hemvist (artikel 7). För att barnet skall anses ha etablerat ett nytt hemvist krävs att varje person, institution eller liknande som har del av vårdnaden accepterat bortförandet eller kvarhållandet (artikel 7 1.a). Alternativt krävs att barnet bott i den nya staten i minst ett år efter det att personer eller institutioner som hade del i vårdnaden fått, eller skulle fått, kännedom om barnets vistelseort och inga krav på barnets återsändande är aktuella. Till detta är kopplat ett krav på att barnet skall ha funnit sig väl tillrätta, vilket lämnar utrymme för en diskretionär prövning (artikel 7 1.b). Den uttunning av kravet på bägge vårdnadshavarnas samtycke vid byte av hemvist för barnet som skett i svensk rättspraxis förefaller vara svårförenlig med 1996 års Haagkonvention. Men Sverige har som sagt inte heller tillträtt den.

Sammanfattningsvis betonas barnets hemvist som det avgörande momentet i jurisdiktions- och lagvalsfrågor. Betoningen av barnets hemvist i internationella vårdnadstvister innebär även en betoning av den faktiska vårdnaden.

350 Moderns yrkanden i TR avvisades med hänvisning till den amerikanska domen. Svea HovR återförvisade ärendet. HD lämnade ej prövningstillstånd Ö 4379/95, 1996-12-16. *(Se ovan 5.2.2.)*

5.9 Sammanfattande kommentar

I detta kapitel har materiella och processuella förutsättningar för överföring av vårdnad av barn enligt 6 kap. FB och för omhändertaganden enligt 2 § LVU, verkställighet, lagstridiga dispositioner av vårdnad samt internationell privaträtt och vårdnad behandlats. Jämförelsen mellan förutsättningarna för överföring av vårdnad av barn enligt 6 kap. FB och omhändertaganden enligt 2 § LVU förklaras av att konsekvenserna av ett omhändertagande enligt LVU kan jämställas med en överföring av vårdnaden. Jämförelsen motiveras ytterligare av att de bägge lagarna syftar till att tillskapa goda uppväxtvillkor för barn.

Överföring av vårdnaden enligt 6 kap. FB skall göras med utgångspunkt i barnets bästa och sker normalt för att föräldrarna är oense i frågor om vårdnaden. Omhändertaganden enligt 2 § LVU sker i syfte att tillvarata barnets bästa och skydda barnet mot akuta risker för dess hälsa och utveckling. I kapitlet har tolkningarna av barnets bästa vid överföring av vårdnad enligt FB samt vid omhändertaganden enligt 2 § LVU undersökts.

Vid överföring av vårdnad enligt FB skall bedömningen av barnets bästa bygga på en helhetsbedömning och en prognos i det enskilda fallet. Det medför att prejudikatsvärdet av överrätts avgöranden är begränsat. Barnets behov av stabilitet och en god relation till bägge föräldrarna samt barnets vilja betonas. Enligt äldre rätt framhölls särskilt betydelsen av föräldrars lämplighet och överenskommelser. En *lämplig vårdnadshavare* skall kunna tillgodose barnets bästa. Normalt bedöms bägge föräldrarna i en vårdnadstvist vara lämpliga. Vårdnadstvisten bör därmed fokusera på vem av dem som bäst kan tillgodose barnets bästa. Bedömningen av en vårdnadshavares lämplighet görs direkt eller analogivis i förhållande till 2 § LVU och 6:7 FB. Av den senare bestämmelsen framgår att en förälder som brister i omsorgen på ett sätt som medför bestående fara för barnet är att bedöma som olämplig och därför skall kunna fråntas vårdnaden. Däremot behöver bedömningen inte längre relatera till barnets rättigheter enligt 6:1 FB.

I de fall föräldrarna är överens i vårdnadsfrågan tillmäts deras överenskommelser avgörande betydelse. För det fallet att en rättslig prövning av vårdnadsfrågan trots föräldrarnas överenskommelse skall ske, t.ex. i samband med äktenskapsskillnad, omfattar den inte en närmare prövning av barnets bästa. I de fall föräldrarna inte kan nå en *överenskommelse* skall bristen på enighet endast ges marginell betydelse. Stora ansträngningar görs istället för att ena föräldrarna. I syfte att föräldrarna skall nå en överenskommelse i vårdnadsfrågan prioriteras *samarbetssamtal*. Att delta i

samarbetssamtal är inte obligatoriskt för föräldrar involverade i en vårdnadstvist. Men om en förälder utan godtagbara skäl underlåter att medverka i samarbetssamtal, kan det påverka bedömningen av dennes förmåga att prioritera barnets bästa.

Barnets vilja skall beaktas med hänsyn tagen till dess ålder och mognad. Enligt HDs praxis tycks det förhållandet att barnet har stått under påtryckning av en av föräldrarna inte begränsa den materiella betydelsen av barnets viljeyttringar. Barnets vilja har tillmätts särskild betydelse vid komplicerade vårdnadstvister.

Traditionellt uppfattas barnets behov av *stabilitet* som betydelsefullt. Med stabilitet kan dels förstås barnets behov av stabilitet i viktiga relationer, dels att barnet inte skall ryckas upp ur en invand miljö. Betydelsen av barnets *umgänge* och *kontakt* med bägge sina föräldrar har betonats under senare tid. Ambitionen att motverka umgängessabotage ställs delvis i ett motsatsförhållande till barnets behov av stabilitet. Emellertid har det enligt HDs praxis endast i undantagsfall uppfattats som förenligt med barnets bästa att låta vårdnaden övergå från en förälder som motsatt sig umgänge, till den andre.

Villkoren för att ett barn skall kunna omhändertas mot vårdnadshavarens och barnets, om det är över 15 år, vilja regleras i 2–3 §§ LVU. Omhändertaganden enligt 2 § LVU skall beslutas om det pga. misshandel, otillbörligt utnyttjande, brister i omsorgen eller annat förhållande i hemmet finns en påtaglig risk för att barnets hälsa eller utveckling skadas. Rekvisiten är jämförbara med dem för överföring av vårdnad enligt 6:7 FB. Däremot är sambandet mellan kriterierna för omhändertaganden enligt 2 § LVU och ett aktivt barnets bästa svagt.

En förutsättning för att vård skall kunna beredas enligt LVU är att *tillräckligt samtycke* till stödåtgärder enligt SoL inte kan erhållas från vårdnadshavaren och barnet självt om det fyllt 15 år. Betydelsen av överenskommelser mellan socialnämnd och vårdnadshavare är därmed stor. *Barnets vilja* tillmäts mindre materiell betydelse vid omhändertaganden enligt 2 § LVU än vid överföring av vårdnad enligt FB. Aktualiseras frågan om flyttningsförbud eller överföring av vårdnad enligt 6:8 FB, skall däremot barnets vilja beaktas i större omfattning.

Stabilitetstanken kommer tydligare till uttryck i samband med omhändertaganden enligt 2 § LVU än vid överföring av vårdnad enligt FB. Barns behov av *umgänge* med föräldrarna skall ges stor betydelse. Socialnämnd är ansvarig för barnets kontakt med sina biologiska föräldrar vid ett omhändertagande. Att barn och biologiska föräldrar har en fungerande kontakt

kan vara en förutsättning för att *upphörande av vård* enligt 2 § LVU skall leda till en återförening mellan barn och vårdnadshavare. I annat fall kan vården ersättas med ett *flyttningsförbud.* Också i mål om överföring av vårdnad enligt 6:8 FB, skall barnets kontakt med föräldrar, respektive etablering i familjehemmet, vara avgörande.

De *processuella* bestämmelserna vid överföring av vårdnad enligt FB präglas av ambitionen att förmå parterna att nå en överenskommelse i vårdnadsfrågan. *Medlingsarbete* i vårdnadstvister genom samarbetssamtal förefaller att ha litet gemensamt med förlikningsförfarande i dispositiva tvister. Gränserna mellan utredning i syfte att få fram beslutsunderlag och medling är flytande. Likaså är förväntningarna höga på parterna att de skall nå en överenskommelse i form av gemensam vårdnad. Part, vars yrkanden inte omfattas av gängse presumtioner om barnets bästa har *bevisbördan* för att de ändock är förenliga med det enskilda barnets bästa.

Vid omhändertaganden enligt LVU är förlikningstanken inbyggd i lagkonstruktionen. Socialnämnd skall verka för att barn som behöver stöd utanför det egna hemmet skall kunna beredas det på frivillig väg. »Förliks» parterna på så sätt att vårdnadshavare och barn samtycker till den planerade vården, utgör det normalt hinder mot att bereda barnet vård enligt LVU.

Varken det indispositiva förfarandet i samband med vårdnadsavgörande eller förfarandet vid vård enligt 2 § LVU syftar till att tillvarata något annat än ett passivt barnets bästa. I den mån ett aktivt barnets bästa skall främjas åligger det parterna – föräldrarna. Åtminstone teoretiskt är detta självfallet ett argument för ökad partsautonomi i vårdnadsmål. Andra betänkligheter i samband med det processuella förfarandet är nära kopplade till de materiella bestämmelserna. Hit hör integreringen av lagtolknings- och bevisfrågor liksom barnets ställning i vårdnadsmål enligt FB och icke-vårdnadshavares ställning i mål enligt LVU.

Vissa moment av officialförfarandet vid vårdnadstvister förefaller vara mindre effektiva för att tillvarata ens ett passivt barnets bästa. Här märks den domslutsinriktade officialprövningen. Av större praktisk betydelse för att bevaka ett passivt barnets bästa är rättens undersökningsplikt i vårdnadsmål och i mål om vård enligt 2 § LVU. I samband med vårdnadstvister är kopplingen till socialnämnds ansvar för barn stark. Tydligt kommer det till uttryck genom den obligatoriska denuntieringen till socialnämnd.

Vid omhändertaganden enligt 2 § LVU medför det förhållandet att en av parterna i processen är socialnämnd, med ett omfattande utredningsansvar och ett allmänt ansvar för barns välfärd, att behovet av domslutsin-

riktad officialprövning är mindre än vid tvist mellan föräldrar. Istället skall rätten utgöra en garant för de enskildas rättssäkerhet, barnets och vårdnadshavarens, i förhållande till ingripande från det offentliga.

Bland skillnaderna i förfarandet vid civilrättslig vårdnadstvist och vid omhändertagande enligt LVU märks vidare *talerätt* och *processbehörighet.* Vid tvist om vårdnad enligt FB har föräldrar full talerätt oavsett om de har del i vårdnaden eller inte. Vid omhändertagande enligt 2 § LVU har endast socialnämnd initiativrätt. Enskilda taleberättigade är vårdnadshavare och barn. En förälder som inte har del i den civilrättsliga vårdnaden har inte talerätt vid omhändertaganden enligt 2 § LVU. Ett barn som fyllt 15 år är även processbehörig och kan själv föra sin talan i LVU-ärenden. Barn under 15 år har inte processbehörighet och deras talan förs av ställföreträdare. Barns vilja tillmäts materiellt större betydelse vid överföring av vårdnad enligt FB än vid omhändertaganden enligt 2 § LVU. Processuellt är tvärtom barnets ställning starkare enligt LVU än enligt 6 kap. FB. Barn har inte talerätt i vårdnadsmål enligt 6:4–8 FB. Däremot har barn talerätt, men ej processbehörighet enligt 6:9 FB. I förmynderskapsmål har barn talerätt och är även processbehörighet när det är över 16 år.

Interimistiska beslut enligt FB och *omedelbara omhändertaganden* enligt LVU utgör åtgärder som primärt avser att skapa trygga förhållanden för barn intill dess dom eller slutligt beslut föreligger. Bland skillnaderna märks att ett omedelbart omhändertagande enligt LVU är tidsbegränsat, medan ett interimistiskt beslut enligt FB är gällande till dess laga kraft vunnen dom eller beslut föreligger eller till dess det avskrivs.

Betydelsen av *res judicata* begränsas såväl i vårdnadsmål som i mål enligt 2 § LVU genom möjligheten att begära omprövning av en laga kraft vunnen dom om nya omständigheter föreligger. Avgöranden om vårdnad och umgänge, liksom ett antal beslut enligt LVU, kan verkställas innan de vunnit laga kraft. Överklagbarheten hos socialnämnds beslut är avhängig av om dessa är formella eller informella.

Verkställighet av allmän domstols dom eller beslut begärs hos LR. Verkställighet kan därmed ses som en länk mellan allmän domstols avgöranden enligt 6 kap. FB och LRs beslut om omhändertaganden enligt LVU. Utrymmet för skönsbedömningar är mindre vid tillämpningen av verkställighetsbestämmelserna än vid avgörande av vårdnads- eller umgängesfrågor. Numerärt begärs verkställighet främst av dom om umgänge. Barnets vilja åberopas ofta som orsak till att vårdnadshavaren inte frivilligt rättat sig efter dom om umgänge. Av publicerade domar om verkställighet framgår att

vårdnadshavarens skyldighet att tillse att umgänget fungerar endast i begränsad omfattning modifieras av barnets vilja innan barnet fyllt tolv år.

Vårdnadshavarens befogenhet att bestämma över barnets vistelseort är satt ur kraft när ett barn är omhändertaget enligt LVU. Således kan vårdnadshavaren inte begära verkställighet enligt 21:7 FB. LR får inte heller besluta om åtgärder för att barnet skall överflyttas till vårdnadshavarens när vården enligt LVU upphört, men flyttningsförbud föreligger (21:7 3 st. FB).

Angående lagstridiga dispositioner av vårdnaden i form av egenmäktighet med barn (7:4 BrB) kan noteras att det är ett område där barnets bästa endast har indirekt betydelse. Socialnämnds rätt att bestämma var barnet skall vårdas vid ett omhändertagande befästs genom att vårdnadshavare är vid straffansvar förhindrad att flytta barnet från familjehemmet.

Av stor betydelse för bedömning av jurisdiktion och lagval i internationella vårdnadsmål är barnets hemvist. Det har medfört att den faktiska vårdnaden betonats.

6 Analys och utvecklingsmöjligheter

Vad som är botten i mig är också botten i andra.

Gunnar Ekelöf

6.1 Inledning

I det föregående har vårdnadens omfattning och överföring av vårdnad enligt svensk rätt behandlats. Bland de områden som närmare har berörts märks *barnets bästa, motiv för lagstiftning om vårdnad, vårdnadens omfattning* samt *förutsättningar för överföring av vårdnad.* Såväl 6 kap. FBs regler om överföring av vårdnad som 2 § LVU har beaktats. Denna jämförelse har motiverats av att ett omhändertagande enligt LVU kan jämställas med en överföring av vårdnad från vårdnadshavare till socialnämnd. Det är därför intressant att jämföra kriterierna för överföring av vårdnad enligt 6 kap. FB med kriterierna för omhändertaganden enligt 2 § LVU. Till det kommer att LVU påverkar vårdnadens omfattning genom att stipulera minimikriterier för vårdnadshavarens skyldigheter gentemot barnet. Ytterligare ett skäl till jämförelsen är att de bägge lagverken skall tillgodose barnets bästa.

Syftet med detta avslutande kapitel är att sammanfatta framställningen och att utveckla de rättspolitiska linjer som delvis antytts i det föregående. De senare kan delvis sammanfattas i uppfattningen att faktisk vårdnad bör ges ökad betydelse samt att skönsbedömningarna av barnets bästa bör begränsas något i samband med överföring av vårdnad mellan föräldrarna. *(Se vidare 6.1.2, 6.3.4.)*

Angående de rättspolitiska inslagen kan konstateras att det alltid är vanskligt att diskutera förslag *de lege ferenda.* Svårigheterna framstår som särskilt stora i samband med frågor om vårdnad. En anledning till det är att de lösningar som rättssystemet kan bidra med vid tvist om vårdnad, dessvärre, sällan kan bli något annat än »näst bästa»-lösningar. Rättssystemet kan endast i begränsade omfattning påverka det förhållandet att barn- och föräldrarelationen i praktiken är avhängig av de enskilda föräldrarnas för-

måga och etiska värderingar. Det hindrar emellertid inte att rättsreglerna har en viktig funktion att fylla – särskilt i de fall när en »näst bästa»-lösning är den bästa som kan uppnås.

I samband med en diskussion *de lege ferenda* kan det också framhållas att 6 kap. FB har varit föremål för så många ändringar att en uppgiven *Walin* i standardverket »Föräldrabalken» konstaterat att det inte längre framstår som befogat att ens presentera dem.[1] En följd av att allt för många ändringar görs i en lag är att lagen som helhet kan bli mindre sammanhängande. Självfallet är 6 kap. FB inte det enda lagkomplexet som har varit föremål för upprepade lagändringar,[2] men det utgör ett exempel på de problem som förknippas med ett sådant förfarande.

Problemen kan delvis illustreras med ordspråket: »Allt har en sol- och en skuggsida». När en enskild fråga betonas kraftigt är risken stor att andra viktiga frågor lämnas därhän. Så förefaller tyvärr ha skett under senare år inom vårdnadsrätten. Fokus har till stor del legat på kriterier för överföring av vårdnad. Här märks främjandet av gemensam vårdnad, barns behov av kontakt med bägge sina föräldrar och betydelsen av barnets vilja. Områden som rönt mindre uppmärksamhet är effekterna av faktisk, respektive legal vårdnad, samt konsekvenserna av alltför långtgående skönsbedömningar i samband med vårdnadsöverföring.

Min uppfattning är att lagstiftningen inom barn- och föräldrarätten skulle behöva genomarbetas från början till slut och att det rimligen vore en bättre lösning än att ytterligare komplettera och ändra enstaka bestämmelser. De förslag jag framställer har emellertid relevans vid såväl en genomgripande lagändring som vid detaljändringar. Förslagen knyter an till den undersökning som gjorts i kapitel 2–5. Inledningsvis diskuteras alltså barnets bästa.

6.1.1 Barnets bästa

Barnets bästa är centralt i vårdnadsfrågor och andra frågor som rör barn. Alla åtgärder som vidtas av domstol, myndigheter m.m. skall i enlighet med bl.a. Barnkonventionen ske i överensstämmelse med barnets bästa. Emellertid är den närmare innebörden av barnets bästa oklar.

En anledning till denna oklarhet är barnets bästas karaktär av öppet rekvisit och lagreglerad riktlinje för skönsbedömningar av rättsfrågor rörande

1 Walin 1996 s. 30.
2 Se Sterzel 1994 s. 608 f.

t.ex. vårdnad. Tolkningen av barnets bästa i samband med vårdnad skall baseras på en kombination av förekommande presumtioner om barnets bästa och en individualiserad diskretionär prövning. Att en individualiserad bedömning skall göras är i sig knappast unikt för barnrätten. Tvärtom tar bedömningen av rättsliga frågor normalt avstamp i en bestämd rättsregel för att sedan utmynna i en prövning av förhållandena i det enskilda fallet.

Vad som särskiljer och komplicerar tolkning och tillämpning av barnets bästa är omfattningen av skönsbedömningarna. Också det förhållandet att presumtionerna om barnets bästa till stor del grundas på kulturella och sociala värderingar i samhället kan föranleda tolkningssvårigheter. För att en enhetlig tolkning av barnets bästa skall kunna göras förutsätts att samhället är relativt homogent. Problem kan uppstå när så inte är fallet.[3] *(Se vidare 6.5.)*

Även det faktum att barnets bästa ges något olikartad innebörd inom skilda rättsområden bidrar till oklarheterna. Görs en jämförelse mellan tolkningen av barnets bästa i samband med adoption och i samband med omhändertaganden enligt 2 § LVU kan t.ex. följande skillnader noteras: Vid adoption är en bedömning av de presumtiva adoptivföräldrarnas normalitet central. Inom socialrätten framhålls tvärtom att avvikande åsikter eller beteenden hos föräldrarna inte i sig är grund för ett omhändertagande. I bägge fallen skall hänsynen till barnets bästa ligga till grund för det rättsliga avgörandet. Också vid en jämförelse av kriterierna för överföring av vårdnad enligt FB och omhändertaganden enligt 2 § LVU tolkas barnets bästa på delvis olika sätt. Så är t.ex. fallet med bedömningen av barnets vilja och betydelsen av föräldrars överenskommelser. *(Se vidare 6.4.2.)*

En analys av variationerna av tolkningar leder fram till slutsatsen att det är rimligt att tala om ett *aktivt*, respektive ett *passivt* barnets bästa. Enligt ett aktivt barnets bästa tillerkänns barnet rättigheter som rättssubjekten i stort, dvs. vuxna, inte garanteras, åtminstone inte i samma omfattning som barn. Ett exempel på ett aktivt barnets bästa utgör barns rättigheter enligt 6:1 FB. Ett passivt barnets bästa är däremot begränsat till att endast ge barnet skydd i förhållande till omständigheter som har ett generellt straffvärde eller omfattas av skyddslagstiftning. I samband med ett omhändertagande enligt 2 § LVU är det ett passivt barnets bästa som tillämpas. Det är likaså ett passivt barnets bästa som domstols officialansvar enligt 6 kap. FB avser.

3 T.ex. Bainham 1996 s. 295 ff.

Det är i det närmaste ofrånkomligt att barnets bästa ges olikartade tolkningar inom rättsområden där de faktiska förhållandena kraftigt skiljer sig åt. Det är dock olyckligt om skillnaderna är alltför stora, om inte annat därför att principen om barnets bästa då ges ett så splittrat innehåll att den blir svår att tillämpa som juridiskt begrepp. Till det kommer att det inte är särskilt tilltalande om olika definitioner av barnets bästa skall gälla för »egna barn» vid vårdnadstvist enligt FB och för »andras ungar» vid omhändertaganden för samhällsvård enligt LVU. Annorlunda uttryckt kan vissa tolkningar av barnets bästa medföra, och legitimera, att barns behov ibland tillgodoses mindre väl.

Ytterligare ett problem är att barnets bästa presenteras som en enhetlig princip. Även om det kanske stämmer på ett övergripande plan, på samma sätt som med andra *prima facie*-satser, så varierar som sagt tolkningarna inom olika rättsområden. Tolkningarna varierar också inom ett och samma rättsområde. Att barnets bästa framhålls som en enhetlig princip kan föranleda enskilda och myndigheter att tro att barnets bästa är en princip som har samma innebörd inom olika rättsområden, alternativt en princip som saknar en närmare definition. Eftersom barnets bästa används både som ett verktyg för att lösa rättsfrågor där barn är involverade och legitimerar dessa lösningar vore det värdefullt om de olikartade tolkningarna tydliggjordes i lagstiftning eller möjligen i lagförarbeten.[4]

Som exempel skulle 4 kap. FB om adoption kunna inledas med en erinran om att barnets bästa i samband med adoption skall tolkas som att barnet skall få växa upp under förhållanden som liknar samhällsgenomsnittets. På liknande sätt skulle LVU kunna inledas med en erinran om att barnets bästa i samband med omhändertaganden innebär att barnet i möjligaste mån inte skall omhändertas. Men om barnet omhändertas skall kontakten med de biologiska föräldrarna främjas.

I det följande avsnittet diskuteras tolkningar av barnets bästa i samband med överföring av vårdnad enligt FB.

6.1.2 *Principen om minsta möjliga förändring*

De presumtioner om barnets bästa i samband med överföring av vårdnad som kan utläsas ur 6 kap. FB är presumtionerna om gemensam vårdnad, om barns behov av kontakt med bägge sina föräldrar och om betydelsen av

4 Observera dock diskussionen om lagförarbetenas minskade betydelse som en följd av Sveriges medlemskap i EU. *(Se ovan 3.2.1.)*

att barns vilja beaktas. Till det kommer presumtionen om en individualiserad bedömning. Av andra rättskällor framkommer att barn skall få växa upp under trygga förhållanden och att den lösning skall väljas där barns rättigheter enligt 6:1 FB, eller annorlunda uttryckt ett aktivt barnets bästa, bäst tillgodoses.[5] Kan ett aktivt barnets bästa inte uppnås, skall åtminstone inte ett passivt barnets bästa enligt 6:7 FB trädas för när. *(Se ovan 2.3, 5.2.1.)*

Rörande gemensam legal vårdnad, som är den materiellt förhärskande tolkningen av barnets bästa i samband med överföring av vårdnad, kan konstateras att gemensam vårdnad för frånskilda och ogifta har slagit väl ut i det stora flertalet fall, men inte i alla. De fall, i vilka gemensam vårdnad anses vara en mindre lämplig lösning, är när konflikten mellan föräldrarna är alltför djupgående för att föräldrarna skall vara i stånd att samarbete i frågor rörande barnet och vårdnadens utövande. Ensam vårdnad framstår då som ett bättre alternativ.[6] De förslag som lämnas i det följande tar sikte på sådana situationer. *(Se ovan 2.3, 2.4.)*

Min uppfattning är att utrymmet för skönsbedömningar vid fastställande av barnets bästa vid vårdnadstvister bör begränsas. Mina argument för en sådan begränsning bygger till att börja med på rättssäkerhetsskäl. Alltför långtgående skönsbaserade bedömningar i det enskilda fallet rimmar illa med kraven på förutsägbarhet och likhet inför lagen. Brist på förutsägbarhet i samband med vårdnadstvister riskerar även medföra att »kritcirkel-syndromet» frodas. Den av föräldrarna som är mest skrupelfri, och som är beredd att sätta sina egna intressen framför barnets, kan dra fördel av ett sådant system.[7]

Ett annat argument för att skönsbedömningarna i vårdnadsärenden bör balanseras med fastare kriterier är den utveckling som skett inom socialrätten. Parallellt med att *in casu*-bedömningarna vunnit terräng inom den civila vårdnadsrätten, har de fått stryka på fot inom socialrätten. Fastare kriterier för omhändertaganden av barn har t.ex. införts i 2 § LVU.[8]

Vidare kan anföras att de skönsbaserade *in casu*-bedömningarna som förordas vid vårdnads- och umgängestvister i stort saknar motsvarighet i samhället i övrigt. Tvärtom är den formella likriktningen relativt långtgå-

5 Prop. 1981/82:168 s. 22.

6 Denna uppfattning är svårförenlig med förslagen om obligatorisk gemensam vårdnad såsom de presenteras i SOU 1995:79 s. 80 f. Jag tar även avstånd från en sådan lösning.

7 T.ex. NJA 1992 s. 93, NJA 1992 s. 666, NJA 1995 s. 398, NJA 1995 s. 727. Sandberg 1989 s. 104 f.

8 Prop. 1989/90:28. SFS 1990:52. *(Se ovan 5.3.)*

ende inom andra områden som rör barn, t.ex. barnomsorg, utbildning, hälso- och sjukvård. En orsak till det är att barn i allmänhet uppfattas ha likartade grundläggande behov. Även i samband med vårdnadstvister är det normala normerande i så måtto att de förhärskande tolkningarna av barnets bästa syftar till att barnet skall få växa upp under förhållanden som liknar en kärnfamiljs. Den gemensamma vårdnaden kan ses som ett uttryck härför liksom presumtionen om barns behov av kontakt med bägge sina föräldrar.

Till det kommer att det ofta är mer tidskrävande att göra en skönsbedömning i det enskilda fallet än att tillämpa mer detaljerade bedömningsgrunder. Det i sig är en faktor som talar för fastare kriterier. Det uppfattas som mindre förenligt med barnets bästa om vårdnadstvisten eller osäkerheten om den faktiska och legala vårdnaden drar ut på tiden.[9] *(Se ovan 2.4.)*

Konkret förordar jag att det, företrädesvis i lagtext, slås fast att en vårdnadstvist, när förhållandena inte är sådana att ett passivt barnets bästa är hotat, skall avgöras på ett sådant sätt att barnets situation förändras så lite som möjligt. Förslaget kan ses som en utveckling av uppfattningen att barnets behov av stabilitet skall tillmätas väsentlig betydelse liksom av principen om barns behov av umgänge samt av principen om den huvudsakliga omvårdaren. Förslaget markerar även att barnet är en individ med egna behov i föräldrarnas tvist.

Vid tillämpning av principen om minsta möjliga förändring bör en sammanvägning göras av barnets behov av stabilitet, i betydelsen invand miljö, och barnets behov av stabilitet, i betydelsen att få leva med den föräldern som tidigare tillbringat mest tid med barnet. Bedömningen bör relatera till barnets ålder. Vid avgöranden av vad som skall betecknas som minsta möjliga förändring för ett yngre barn är det av särskild vikt att barnet får leva kvar hos den föräldern som tagit mest hand om det före avgörandet. Är det fråga om ett äldre barn framstår frågan om en invand miljö i betydelse bostadsområde, kamrater etc. som allt viktigare. Gemensamt för alla åldersgrupper är betydelsen av umgänge med den frånvarande föräldern och andra närstående.

Som kritik mot förslaget om minsta möjliga förändring kan anföras att det leder till att föräldrar i en vårdnadstvist kommer att tvista om vem av dem som kan erbjuda det alternativ som innebär minsta möjliga förändring för barnet. Detta är naturligtvis sant, men tvistelösning inför domstol be-

9 Se t.ex. SOU 1995:79 s. 324.

står i att anföra skäl för och emot en viss utgång. Vad förslaget om minsta möjliga förändring syftar till är att klargöra vilka skäl som skall tillmätas betydelse. Förslagets värde ligger till stor del i att det utgör ett alternativ till konfliktlösning som är mer konkret än de nuvarande.

6.2 Rättsutvecklingen

I avhandlingen har undersökts vilka skäl som har anförts för att motivera lagstiftning om vårdnad och hur dessa skäl harmonierar med de praktiska frågor som rättstillämpningen ställs inför. En stor del av undersökningen har presenterats i kapitel 3.

Inledningsvis kan erinras om att civilrättslig lagstiftning om vårdnad är en 1900-tals företeelse. Stora förändringar har skett under seklet. Så skedde framförallt i samband med lagstiftning under åren 1917–21 och från 1970-talet och framåt. Det är främst perioden från 1973 som undersökts här. Under denna epok har 6 kap. FB varit föremål för återkommande lagändringar. Självfallet finns det flera orsaker till det stora intresse vårdnadsrätten rönt från lagstiftaren under de senaste årtiondena. Till viss del är det en följd av den ökade uppmärksamhet barn allmänt fått. Synen på barn har förändrats. Från att barn setts som »offerlamm» har de kommit att betraktas som »keldjur».[10] En annan rimlig förklaring till utveckling är att uppluckringen av andra familjeband, t.ex. parrelationer, har lett till en fokusering på barnet.

En orsak till, såväl som en effekt av, rättsutvecklingen är att separationer och skilsmässor mellan föräldrar blivit vanligare. Det har också blivit vanligare att barn föds utom äktenskap av sammanboende föräldrar. Däremot har antalet mödrar som lever ensamma vid barnets födelse endast ökat marginellt. Att det numera är socialt accepterat att vara ensamstående förälder och privatekonomiskt möjligt att leva i enföräldershushåll beskrivs ofta som resultatet av en ökad individualism.[11] Individualism uppfattas,

10 Smith 1980 s. 40.

11 En annan sak är att levnadsförhållandena trots det kan vara ansträngande och att ensamstående mödrar har en sämre socio-ekonomisk situation än sammanboende mödrar. Se t.ex. SOU 1995:26 s. 25, 71 f. Zweigberk DN 951117. Risk anses även föreligga för att ensamstående mödrar i samband med nedskärningar riskerar att bli en socialt avskärmad grupp, med risk för fattigdom, arbetslöshet och socialt utanförskap. Hobson & Takahasi 1996 s. 171 f.

med rätt eller orätt, stå i ett visst motsatsförhållande till familjegemenskap och stabilitet.

Vid lagstiftning har vad som här betecknats som värdebaserade skäl, dvs. argument som inte underbyggs av reell hänsyn och empiriskt konstaterbara uppgifter, ökat under de senaste decennierna. Sådana värdebaserade skäl har fokuserat på betydelsen av gemensam vårdnad och barnets behov av kontakt med bägge föräldrarna. En målsättning med lagstiftningen har varit att påverka föräldrarnas utövande av föräldraskapet. *(Se nedan 6.2.2.)*

Som framkommit lämnar lagstiftningen om överföring av vårdnad stort utrymme åt skönsbedömningar i enskilda fallet. Trots det är utrymmet för rättsskapande praxis med effekt på lagstiftningen begränsat. HDs prejudikat åberopas sällan som motiv för lagstiftning i regeringens propositioner.[12] Skall ett försök göras att sammanfatta HDs rättsskapande verksamhet kan å ena sidan konstateras att lagstiftningen lämnar stort utrymme åt bedömningar i enskilda fall och att detta utrymme har utnyttjats. Å den andra finns det exempel på att HD visat stor lyhördhet inför lagstiftningens motiv och rättat sig efter lagstiftningsförslag som ännu inte lett till stiftad lag.[13]

6.2.1 Lagstiftningens funktion

Legaliseringen av vårdnadsrätten har således ökat. Trots det kan utvecklingen av rättens uppgift i samband med överföring av vårdnad lite tillspetsat beskrivas i termer av rättssystemets abdikation. Fram till år 1977 då gemensam vårdnad möjliggjordes för ogifta föräldrar hade domstol i vårdnadsmål att slita föräldrarnas tvist och tillerkänna en av dem ensam vårdnad. Därefter har utvecklingen gått därhän att domstols uppgift i i allt större utsträckning kommit att bli en kontroll av att gemensam vårdnad inte är uppenbart oförenlig med ett passivt barnets bästa. Det ingår även i domstols uppgift att medverka till att föräldrarna »accepterar» gemensam vårdnad. Det senare sker genom aktiv processledning och utomprocessuell medlingsverksamhet såsom samarbetssamtal. Det senaste ledet i utvecklingen är att vårdnadstvisten skall avgöras i enlighet med barnets vilja. Där tidigare domstol och senare föräldrar kommit till korta, skall nu »det kapabla barnet» ta vid.

12 Se dock NJA 1947 s. 248 (Prop. 1949:93 s. 11), NJA 1988 s. 559, NJA 1989 s. 335 (Prop. 1990/91:8 s. 29). Se även Sundberg 1969 s. 228 f.

13 Se t.ex. NJA 1995 s. 398, NJA 1993 s. 92.

Konfliktlösning i den bemärkelsen att domstol tilldömer en av föräldrarna ensam vårdnad sker endast i begränsad omfattning. Så är särskilt fallet om vårdnadsfrågan aktualiseras i samband med äktenskapsskillnad. Istället består den gemensamma legala vårdnaden.[14] Med den utformning gemensam vårdnad har enligt svensk rätt, innebär det att föräldrarna själva får lösa konflikter om den faktiska vårdnadens utövande. Eventuellt kan det ske med stöd av socialtjänsten.

En av de faktorer som rättsordningen skulle kunna bidra med på vårdnadsområdet är ett förtydligande av de privata åtaganden som gjorts i samband med familjebildning. Detta i syfte att minska konfliktgrunderna. För att en sådan ambition skall kunna uppfyllas, måste kraven på en viss rigiditet i systemet vägas mot kraven på flexibilitet. Det är självfallet en svår och känslig balansgång. Det finns emellertid anledning att överväga om en lämplig väg inte vore att i större utsträckning diskutera minimiregler, i stället för att som *de lege lata* slå fast högflyende målsättningar i lagstiftningen. Relaterat till barnets bästa skulle det innebära en utveckling av ett passivt barnets bästa. *(Se ovan 6.1.2.)*

6.2.2 Pedagogisk lagstiftning

Lagens uppgift har i samband med vårdnadsrätten således inte begränsats till civilrättens traditionella områden, att som handlingsdirektiv verka för att eliminera tvister om barn, eller om tvister ändock uppstår, att som konfliktlösningsinstrument slita tvisterna. Under de senaste decennierna har lagen istället till stor del varit normerande i ett vidare perspektiv och dess pedagogiska uppgift betonats. Sådan lagstiftning betecknas här som pedagogisk. I den del lagstiftningen är pedagogisk syftar den till att styra allmänhetens beteende, oberoende av om en rättslig tvist är aktuell eller inte. En central del härav är att påverka föräldrars utövande av föräldraskapet. Litet sarkastiskt kan sägas att lagstiftarens ambition förefaller ha vidgats från att enbart stifta lagar till att också skriva föräldrapedagogiska läroböcker.

Exempel på vad som kommit att tolkas som pedagogisk lagstiftning är portalparagrafen till 6 kap. FB, enligt vilken barn har en icke-sanktionerbar och icke-verkställbar rätt till omsorg och kärlek, etc.[15] Det finns också ett antal andra bestämmelser med ett pedagogiskt syfte, men som skall be-

14 SCB 1992 s. 6 f. *(Se ovan 3.3.2.)*

15 Se prop. 1981/82:168 s. 22 jämte NJA 1995 s. 398.

aktas vid tvist och som därmed har en starkare anknytning till handlingsdirigerande lagstiftning. Här märks bestämmelserna om barnets vilja och om barns behov av kontakt med bägge sina föräldrar som materiell grund för avgöranden om vårdnad. Hit hör också stadgandena om gemensam vårdnad trots att en av föräldrarna yrkat ensam vårdnad. Även vårdnadshavarens informationsplikt har införts mot bakgrund av pedagogiska motiv (6:15 FB). Utanför FB kan bestämmelserna om den s.k. pappamånaden enligt 4:3 6 st. AFL ses som exempel på en lagregel som införts i pedagogiskt syfte och som understryker den betydelse som lagstiftaren tillmätt en tidig, nära kontakt mellan barn och fäder.[16]

Ett flertal av bestämmelserna i 6 kap. FB har således inte införts för att i första hand användas av domstol för att slita en vårdnadstvist, utan för att styra föräldrarna i utövande av föräldrarollen. Lagstiftning som tillkommit i pedagogiskt syfte med enskilda som adressat kan framstå som svår att tillämpa i det praktiska rättslivet. Det kan vara en anledning till den förskjutning från ett aktivt barnets bästa till ett passivt barnets bästa som kan iakttas vid en jämförelse mellan motiven till 1983 års lagstiftning och HDs bedömning i NJA 1995 s. 398. I lagförarbetena hänvisas till att barnets rättigheter enligt 6:1 FB skall tillgodoses i samband med överföring av vårdnad mellan föräldrar. I NJA 1995 s. 398 framhålls att utgången av en vårdnadstvist inte skall vara oförenlig med ett passivt barnets bästa, så som det kommer till uttryck i 6:7 FB. En mindre önskvärd devalvering av barnets bästa har skett. *(Se ovan 6.1.1.)*

Det finns självfallet flera orsaker till att lagstiftning om vårdnad har kommit att domineras av bestämmelser med pedagogiskt syfte. Här skall redogöras för två som jag uppfattar som viktiga. Den första är att lagstiftaren rimligen ser det förhållandet att lagstiftningen i stor omfattning används som handlingsdirektiv och pedagogiskt medel som ett led i strävan att minimera behovet av lagstiftning i syfte att lösa konflikter. Domstol skall inte behöva lösa vårdnadstvister, utan föräldrarna skall själva lösa dessa. I viss mån är det säkert en rimlig förhoppning, men det vore samtidigt naivt att tro att den helt skulle kunna infrias. I förhållande till antalet separationer och ogifta föräldrar har tvister om vårdnad och umgänge minskat, men de kommer dessvärre inte att försvinna.

16 Upphävdes 1 januari 1997. Bestämmelsen innebar i huvudsak att om föräldrarna hade gemensam vårdnad måste fadern utnyttja en månad av den tid under vilken föräldrarna har rätt till föräldrapenning i samband med barnets födsel, i annat fall reducerades föräldrapenningen.

En andra orsak till att lagstiftningens konfliktlösande funktion inte har utvecklats är att det är svårt, och kanske omöjligt, att hitta annat än mindre dåliga lösningar i vårdnadsfrågor. Det kan vara en förklaring till att skönsbedömningar i det enskilda fallet rekommenderas. Om fastare kriterier slogs fast, vilket vore önskvärt ur ett rättssäkerhetsperspektiv, skulle det förvisso i enstaka fall kunna leda till avgöranden som materiellt kunde ifrågasättas. I andra sammanhang framhålls dock de principiella fördelarna med formell rättssäkerhet, också när det i undantagsfall kan komma att innebära rättsförluster för den enskilda. En sådan prioritering motiveras av att brister i formell rättssäkerhet, i ett helhetsperspektiv, får mer långtgående negativa konsekvenser än brist i materiell rättssäkerhet i ett enstaka fall.

6.3 Vårdnadens omfattning

Ett av avhandlingens syften är att söka klargör vårdnadens omfattning. Denna del av undersökningen presenteras huvudsakligen i kapitel 4. En utgångspunkt var där att de rättigheter och skyldigheter som barn, föräldrar och det offentliga har står i ett motsatsförhållande till varandra. Ytterligare en förutsättning var att de flesta av vårdnadsinstitutets sanktionerbara rättigheter och skyldigheter är knutna till vårdnadshavaren. Vårdnadens omfattning kan därför lämpligen beskrivas med utgångspunkt i vårdnadshavarens rättigheter och skyldigheter.

I kapitel 4 behandlades inledningsvis de rättigheter och skyldigheter som barn och föräldrar har i förhållande till varandra och staten enligt Europakonventionen, Barnkonventionen samt Europaråds- och Haagkonventionerna. Vidare analyserades vårdnadens omfattning i förhållande till svensk offentligrättslig lagstiftning. Särskilt uppmärksammades förhållandena vid samhällsvård av barn enligt SoL och LVU. Slutligen diskuterades vårdnadens omfattning enligt de civilrättsliga bestämmelserna i FB.

Undersökningen bekräftar att den legala vårdnadens omfattning är oklar på ett antal områden. Oklarheten runt den legala vårdnadens omfattning framstår som särskilt problemfylld om familjemedlemmarna befinner sig i konflikt med varandra. Här nedan diskuteras detta närmare. Som framhållits är vårdnadens omfattning ett område som endast i begränsad omfattning rönt lagstiftarens intresse. Det kan förklara att de rättspolitiska synpunkterna på området har blivit jämförelsevis omfattande.

6.3.1 Vårdnadens omfattning och barns rättigheter

Vårdnadshavarens legala bestämmanderätt i relation till barnet är påtaglig och inskränks endast marginellt av barnets själv- och medbestämmanderätt.

De rättigheter barnet har enligt 6:1 FB är rätt till omvårdnad, trygghet och en god fostran och rätt att behandlas med aktning för sin person och egenart. Barnet har även rätt att inte utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling. Omfattningen av barnets *medbestämmanderätt* i förhållande till vårdnadshavaren regleras i 6:11 FB. Här stadgas att vårdnadshavaren har rätt och skyldighet att bestämma i frågor som rör barnet, men att vårdnadshavaren i takt med barnets stigande ålder skall ta ökad hänsyn till dess synpunkter och önskemål. Barnets *självbestämmanderätt* i förhållande till vårdnadshavaren är enligt FB begränsad till rätt att under vissa förutsättningar ingå arbetsavtal (6:12 FB). Till det kommer att barnet har rätt att vidta vissa förmögenhetsrättsliga handlingar som faller inom förmynderskapsrätten. Bland områden där barnets rättigheter är begränsade, alternativt uttryckt vårdnadshavarens bestämmanderätt är långtgående, märks rätten att bestämma över barnets boende. *(Se ovan 4.4.2.2.)*

Vid sidan av de rättigheter barn tillerkänns enligt FB påverkas barns rättigheter i förhållande till vårdnadshavaren även av bestämmelser av offentligrättslig karaktär. Bland dessa märks KyrkoL, SkolL, SekrL och HSL. Det kan noteras att barnet har jämförelsevis stor självbestämmanderätt i frågor av medicinsk natur där ett passivt barnets bästa kan aktualiseras. Däremot är barnets rättigheter begränsade enligt KyrkoL och SkolL. *(Se ovan 4.3.)*

Barn omfattas också av grundläggande fri- och rättigheter enligt RF och Europakonventionen. Här märks yttrande-, informations-, mötes-, demonstrations-, religions- och föreningsfrihet. Barn omfattas även av de negativa fri- och rättigheterna. Angående utbildning stadgas i 2:21 RF att alla barn som omfattas av allmän skolplikt har rätt till kostnadsfri undervisning och att det allmänna skall svara för att högre utbildning finns. Barnets grundläggande fri- och rättigheter harmonierar illa med vårdnadshavarens bestämmanderätt enligt FB. De flesta rättigheter barnet tillerkänns enligt grundlag kan komma att underordnas vårdnadshavarens bestämmanderätt. *(Se ovan 4.3.1, 4.4.2.)*

Det förklaras i vissa fall av att de grundläggande fri- och rättigheterna som barnet tillerkänns kan stå i konflikt med vårdnadshavarens tillsynsansvar. Som framkommit är det min uppfattning att det vore lämpligt om FB

och bestämmelser med anknytning till barnets grundläggande fri- och rättigheter bringades i bättre överenstämmelse. Särskilt kan finnas anledning att uppmärksamma det äldre barnets ställning. Vårdnadshavaren bör endast kunna inskränka barnets positiva grundläggande fri- och rättigheter när ett passivt barnets bästa är hotat. Det betyder att t.ex. barnets begränsade rätt till religionsfrihet kan diskuteras. Barn omfattas av denna rättighet men är enligt KyrkoL beroende av vårdnadshavarens samtycke för att kunna lämna svenska kyrkan. Här vore en förändring av KyrkoL lämplig, så att det äldre barnet tillerkänns rätt att lämna svenska kyrkan också utan vårdnadshavarens samtycke. Ett sådant förslag kan förvisso ses som en inskränkning av vårdnadshavarens rätt till respekt för sin religiösa och filosofiska övertygelse i samband med barnets uppfostran och undervisning. Inskränkningen sker emellertid i förhållande till barnets rättigheter och inte i förhållande till det offentliga.

6.3.2 *Vårdnadens omfattning och omhändertaganden enligt 2 § LVU*

De mest omfattande begränsningarna av vårdnadshavarens rättigheter sker om det finns risk för att barnet far illa, dvs. om ett passivt barnets bästa är hotat. Vårdnadshavaren får inte utöva vårdnaden på ett sådant sätt att det medför risk för bestående skada på barnets fysiska eller psykiska hälsa och utveckling. Sker det kan vårdnadshavarens befogenheter kraftigt inskränkas genom att barnet omhändertas enligt LVU.

Ett omhändertagande enligt 2 § LVU syftar till att främja barnets bästa genom att skilja barnet från vårdnadshavaren om det finns en påtaglig risk för att den unges hälsa eller utveckling skadas pga. förhållanden i hemmet. Omhändertagandet är dock inte tänkt att bli permanent, utan barnet skall återförenas med vårdnadshavaren så snart förhållandena förbättrats så att risk för barnet hälsa eller utveckling inte längre föreligger. Under ett omhändertagande placeras barnet i ett familjehem eller ett behandlingshem under socialnämnds ansvar.

Vård enligt SoL, som vårdnadshavaren samtyckt till, kan sägas innebära gemensam vårdnad mellan socialnämnd och vårdnadshavare. Omhändertas däremot barnet för vård enligt LVU, innebär det att vårdnadshavarens rättigheter inskränks i sådan omfattning att det i praktiken kan sägas utgöra en övergång av vårdnaden.

Är ett barn omhändertaget enligt 2 § LVU är utövandet av den faktiska vårdnaden om barnet avgörande för ett stort antal frågor med anknytning

till vårdnadens utövande. Den faktiska vårdnaden faller under socialnämnds ansvar. Däremot är betydelsen av vårdnadshavarens innehav av den legala vårdnaden begränsad. Vårdnadshavarens rättigheter inskränks till att omfatta rätt till umgänge, rätt till återförening och rätt att utöva inflytande över barnets religiösa och filosofiska uppfostran. I övrigt kan uppmärksammas att vårdnadshavarens rätt att bestämma var barnet skall vistas är satt ur spel vid straffansvar enligt 7:4 BrB. Vårdnadshavaren kan inte heller utöva något tillsynsansvar över barnet. Vid en jämförelse med den civilrättsliga vårdnaden tycks familjehemmets rätt till integritet gentemot vårdnadshavare vara mer långtgående än vårdnadshavares rätt till integritet i förhållande till umgängesförälder. *(Se ovan 4.3.4.)*

Frågan är då vem eller vilka som har bestämmanderätt över och ansvar för barnet. På sätt och vis är det socialnämnd som i »behövlig omfattning» övertar vårdnadshavarens befogenheter. Inslaget av skönsbedömning är stort i rekvisitet i »behövlig omfattning». Det betyder att det är svårt att närmare avgöra vilka befogenheter och vilket ansvar gentemot barnet socialnämnd har och hur det påverkas av vårdnadshavarens ansvar och av de befogenheter som delegerats till familjehemsföräldrarna. Antalet aktörer kan komma att utökas om god man utses i förmyndares ställe, vilket rekommenderas om barnet kan förmodas vara omhändertaget under en längre tid. Till det kommer att också vid ett omhändertagande skall hänsyn tas till barnets rättigheter. Några exempel kan illustrera de oklarheter som råder rörande ansvar för barn som är omhändertagna enligt 2 § LVU.

Det är socialnämnd, och inte vårdnadshavaren, som har rätt att bestämma var barnet skall bo. Men vårdnadshavaren har rätt att utöva inflytande över barnets religiösa och filosofiska uppfostran. Frågor om den faktiska vårdens utövande, såsom barnets klädsel, är normalt delegerade till familjehemsföräldrarna att utöva med tillbörlig respekt för det äldre barnets medbestämmanderätt. Helt givet är det emellertid inte att det är familjehemsföräldrarna som skall bära detta ansvar. Betänk de fall att barnet vill bära rasistiska symboler i sin klädsel, klä sig »utmanande» eller bära en muslimsk slöja. I sådana fall kan barnet eventuellt själv besluta att han skall bära rasistiska tecken med hänvisning till sina rättigheter enligt 2:1 RF. Den »utmanande» klädseln kan falla direkt under socialnämnds ansvar, om klädseln kan sammankopplas med rekvisiten för omhändertaganden enligt 3 § LVU (om ett socialt nedbrytande beteende). Rätten att bestämma om en omhändertagen flicka skall bära slöja omfattas i och för sig av vårdnadshavarens rätt till respekt för religiösa och filosofiska frågor vid barnets uppfostran. Men det kan också vara en fråga där barnets grundläggande fri- och rättigheter gör sig gällande.

Det skulle vara mer förenligt med barnets intressen om man på ett tydligare sätt klargjorde vem som har vårdnadsansvaret om barnet vid ett omhändertagande enligt LVU. Detta skulle kunna ske genom att socialnämnden gavs rättigheter motsvarande de som omfattas av ett interimistiskt förordnande om vårdnaden enligt 6:20 FB. Ansvaret för barnet under ett omhändertagande enligt LVU skulle därmed förtydligas och relateras till FBs bestämmelser. En sådan lösning skulle dessutom bättre överensstämma med tolkningen av vårdnadens omfattning enligt Haagkonventionen.

6.3.3 Vårdnadens omfattning och förmynderskapet

Tidigare har framhållit att den uppdelning av föräldrars ansvar för barn som görs i en vårdnads- och en förmyndardel förefaller föråldrad och ytterligare bidrar till oklarheterna runt vårdnadens omfattning. *(Se ovan 4.4.1.)* Därför förordar jag *de lege ferenda* att FBs uppdelning av föräldraansvaret i en vårdnads- och en förmyndardel tas bort. Förmyndares befogenheter skulle därmed omfattas av vårdnadshavarens. En lämplig term på det nya institutet som då bildades är *föräldraansvar*. En sådan ändring av terminologin har tidigare föreslagits.[17] Till de skäl som då anfördes kan nu läggas den internationella utvecklingen. Föräldraansvar är det begrepp som används i ett antal internationella konventioner med relevans för svensk barnrätt.[18]

Här utvecklas skälen för att sammanföra vårdnad och förmyndarskap. För det första betonas redan enligt gällande rätt vårdnaden framför förmynderskapet. Detta blir särskilt tydligt när ingen av föräldrarna kan vara vårdnadshavare och förmyndare. I en sådan situation skall numera utses en särskilt förordnad vårdnadshavare och inte som tidigare en särskilt förordnad förmyndare. Är barnets förmögenhetsförhållanden komplicerade kan det motivera att såväl särskilt förordnad förmyndare som särskilt förordnad vårdnadshavare utses. Sådana fall torde dock i praktiken vara försvinnande få.

För det andra kan noteras att kontrollen av legal förmyndares förvaltning minskat. I de fall barnets förmögenhet understiger åtta basbelopp, vilket kvantitativt är det stora flertalet, är reglerna för föräldraförvaltningen summariska. Det är svårt att finna bärande skäl för att dessa bestämmel-

17 SOU 1979:63 s. 13 f.

18 Se t.ex. 1993 års konvention om skydd av barn och samarbete vid internationella adoptioner, artikel 26 b, samt 1996 års Haagkonvention artikel 1.2.

ser inte skulle kunna ingå i regleringen av vårdnad. Överstiger barnets förmögenhet åtta basbelopp, eller är det ett villkor i samband med barnets benefika förvärv, skall överförmyndare kontrollera föräldraförvaltningen. En sådan kontroll kan utövas, också om förmyndares befogenheter ingår i vårdnadshavarens. Det kan dock förutskickas att överförmyndaren i än högre grad än idag då kommer att ägna sig åt kontroll utanför den direkta föräldraförvaltningens område.

Ett tredje argument för att ta bort FBs uppdelning i två former av ställföreträdarskap är att uppdelning i praktiken kan vara svår att tillämpa. Det i sin tur kan tas till intäkt för att uppdelningen i många fall är mindre funktionell. Som exempel kan nämnas de oklarheter som föreligger rörande omfattning av god mans uppdrag när sådan förordnas för barn. *(Se ovan 4.4.1.3.)*

Som ett fjärde argument skall här diskuteras förhållandena när förmyndares befogenheter består, trots att vårdnadshavarens upphört. Så sker som bekant t.ex. om ett barn under 18 år gifter sig. I ett sådant fall skulle vårdnaden enligt mitt förslag bestå, men inskränkas med hänvisning till barnets medbestämmanderätt enligt 6:11 FB och rätt till självbestämmande enligt, motsvarande, 9 kap. FB.

En fördel med ett sådant förslag är att om förhållandena i barnets äktenskap utvecklas på ett sätt som innebär risk för bestående skada på barnets fysiska och psykiska hälsa och utveckling, så skulle det gifta barnet kunna omhändertas för vård enligt 2 § LVU. En grund för ett sådant omhändertagande vore, analogt med RÅ 1987 ref. 160, att vårdnadshavaren inte förmådde skydda barnet. *(Se ovan 5.3.2.1.)* Enligt gällande rätt har ett barn som gifter sig före 18 års ålder ett sämre skydd från samhället än andra barn eftersom ett omhändertagande enligt 2 § LVU görs i förhållande till vårdnadshavaren och inte förmyndare.[19] I dag torde ett gift barn, normalt en flicka, i en sådan situation vara hänvisad till att på eget initiativ söka skydd på s.k. kvinnohus och kvinnojourer.

I de fall en förälder själv är omyndig och därmed enligt gällande rätt inte kan vara förmyndare, men väl vårdnadshavare, förordar jag att den omyndige föräldern, i likhet med gällande rätt, skall bli vårdnadshavare. Vårdnaden om den omyndige föräldern bör bestå i enlighet med vad som sades om ett barn under 18 år gifter sig. I ett sådant fall anser jag det också vara motiverat med en utökad överförmyndarkontroll av föräldraförvaltningen.

Omhändertas ett barn för vård enligt 2 § LVU, suspenderas vårdnadsha-

19 Se Walin 1979 s. 129, not 3.

varens, men inte förmyndarens, legala befogenheter. I praktiken innebär emellertid ett omhändertagande ofta att förmyndaren av faktiska skäl är förhindrad att utöva förmynderskapet. God man skall då utses att i förmyndares ställe vårda den unges angelägenheter. Jag har i det föregående förordat att ett omhändertagande enligt LVU skall innebära att socialnämnden interimistiskt övertar vårdnaden. Kombinerat med förslaget att uppdelningen av föräldrarnas befogenheter tas bort innebär det att socialnämnd även övertar förmyndarens befogenheter. I de flesta fall när barnet har behov av en legal företrädare bör förslaget underlätta frågan om ställföreträdarskap för barnet. Om undantagsvis barnets förmögenhetsförhållanden är komplicerade, torde de kunna administreras av överförmyndare eller förvaltare.

Slutligen kan anföras att uppdelningen av vårdnadshavares och förmyndares befogenheter härrör från tiden före 1950 när vårdnaden och förmynderskapet inte innehades av föräldrarna gemensamt. Fadern till barn födda inom äktenskap var ensam förmyndare, men föräldrarna tillsammans var gemensamma vårdnadshavare. Samförmynderskapet i sig är således ett skäl att avskaffa uppdelningen mellan vårdnadshavares och förmyndares befogenheter.

6.3.4 Legal och faktisk vårdnad

I det följande diskuteras vårdnadens omfattning i relation till föräldrarnas befogenheter.

När det gäller föräldrarnas inbördes befogenheter är svensk rätt, ännu, uppbyggd kring ett »antingen eller». Antingen har en förälder del i den legala vårdnaden, eller så har en förälder inte del i denna. Har en förälder del i den legala vårdnaden, omfattas han av alla vårdnadsinstitutets rättigheter och skyldigheter (6:13 FB). Detta så gott som oberoende av faktisk kontakt med barnet. Har en förälder däremot inte del i den legala vårdnaden är hans skyldigheter och rättigheter gentemot barnet begränsade. Denna uppdelning har dessvärre, och mot bakgrund av lagstiftarens intentioner något motsägelsefullt, förstärkts genom införandet av gemensam vårdnad 1977. Termen »förälder» i bl.a. 6 kap. FB ersattes då med »vårdnadshavare». Det medförde att de rättigheter och skyldigheter som tidigare *ipso iure* tillkommit föräldrar, oberoende av innehav av vårdnad, numera endast tillkommer vårdnadshavare. *(Se ovan 3.2.2.3, 4.4.3.2.2.)*

Faktiska förhållanden, såsom kontakt mellan barn och förälder, tillmäts

således endast begränsad relevans för regleringen av de legala.[20] Det är sällan lämpligt att legal teori och verklighet är alltför åtskilda, utan det bör finnas ett samspel mellan de rättsliga reglerna och de aktuella faktiska förhållandena. Tidigare har konstaterats att bestämmelserna om överföring av vårdnad snarast legat före samhällsutvecklingen. Reglerna rörande vårdnadens omfattning tycks däremot ligga efter. En anledning att dra en sådan slutsats är att vårdnadsinstitutets omfattning endast marginellt påverkats av det faktum att alltfler föräldrar som inte sammanbor har gemensam legal vårdnad. I sådana familjer har normalt en av föräldrarna i större utsträckning än den andre det faktiska ansvaret för vårdnaden. Några av de problem som kan uppstå framgår av RH 1996:144. *(Se ovan 4.4.3.2.2.)*

Det kan uppfattas som rimligt och eftersträvansvärt att den faktiska vårdnadshavarens mer omfattande konkreta ansvar kombineras med mer långtgående rättigheter. Det skulle möjliggöra ett effektivare tillvaratagande av barnets intressen och minska utrymmet för konflikter mellan föräldrarna. Det är därför glädjande att konstatera att man i SOU 1995:79 delvis förordar en ökad betoning av betydelsen av den faktiska vårdnaden.[21]

Vårdnadstvistutredningen föreslår att en uppdelning av vårdnadshavarnas kompetens görs inom ramen för gemensam vårdnad och att domstol inom ramen av gemensam vårdnads skall kunna fatta slutligt beslut om barnets boende. Den av vårdnadshavarna som har det faktiska ansvaret för barnet skulle enligt förslaget ensam kunna besluta i frågor rörande den dagliga omsorgen, medan bägge vårdnadshavarna måste samtycka i frågor av mer ingripande betydelse.

Utredningens förslag saknar emellertid konfliktlösningsmetoder. Om vårdnadshavarna inte kan komma överens, skall enligt utredningen de rådande förhållandena bestå. Möjligheten att upplösa den gemensamma vårdnaden skall tillämpas »ytterst restriktivt».[22] Förslag riskerar därmed att få som konsekvens att om föräldrar inte kan enas, om t.ex. i vilken skola barnet skall gå i, och de rådande förhållandena skall bestå, så bör barnet gå kvar i förskolan. Om den av vårdnadshavarna som har det faktiska ansvaret för barnet får ett anställningserbjudande på annan ort, skall detta avslås om föräldrarna inte kommer överens, etc. Den faktiska vårdnadshavaren kan därmed få utstå betydande inskränkningar i sin rörelsefrihet vid menings-

20 Se dock SOU 1995:79 s. 9, 85 f. för en annan tolkning av rättsläget.
21 SOU 1995:79 s. 85 ff.
22 SOU 1995:79 s. 88.

skiljaktligheter med den andre vårdnadshavaren. Däremot skulle den av vårdnadshavarna som inte har det dagliga ansvaret för barnet, men väl umgänges- och bestämmanderätt, inte vara föremål för dylika inskränkningar.[23]

Utredning föreslår vidare att ansvar för barnets umgänge åläggs bägge föräldrarna och inte som nu enbart vårdnadshavaren.[24] Utredningen förordar även att verkställighet av umgänge och boende skall kunna ske inom ramen av gemensam vårdnad.

I syfte att stärka barnets position och rätt till kontakt med bägge sina föräldrar kan det också vara intressant att diskutera möjligheten att kunna meddela vitesföreläggande mot umgängesföräldern om denne inte medverkar till umgänge. Ett sådant förslag kan framstå som kontroversiellt. Hitintills har liknande förslag avslagits med motiveringen att det är föga troligt att ett kvalitativt umgänge kan komma tillstånd mot umgängesförälderns vilja. Mot ett sådant argument kan anföras att ett vitesföreläggandet, i likhet med stora delar av den övriga vårdnadsrätten, främst skulle ha en normativ funktion. Tvångsmedel skulle endast aktualiseras när umgänge är fastställt och umgängesföräldern undandrar sig umgänge på ett sätt som är ägnat att tillfoga barnet särskild skada. Så är t.ex. fallet om umgängesföräldern avstår från umgänge med mycket kort varsel eller med stor frekvens.

Ytterligare ett argument för att knyta fler legala befogenheter till utövande av faktisk vårdnad är en analogi med förhållandena när ett barn är omhändertaget enligt LVU. Här är de faktiska omständigheterna avgörande för de legala befogenheter som socialnämnd konkret får och vårdnadshavaren förlorar. Som framgått är det min uppfattning att sådana förhållanden bör manifesteras genom att socialnämnd interimistiskt övertar den legala vårdnaden.

Också i andra sammanhang skulle en betoning av den faktiska vårdnaden rimligen vara mer förenlig med barnets bästa än att framhålla den legala vårdnaden. Hit hör bestämmelserna om obligatorisk betänketid i samband med äktenskapsskillnad (5:1 ÄktB *in fino*). Bestämmelsen syftar till att förhindra förhastade skilsmässor, om någon av makarna bor tillsammans med eget barn under 16 år, som står under makens legala vårdnad.

23 SOU 1995:79 s. 96. Apropå inskränkningar kan också noteras utredningens förslag att ensam legal vårdnadshavares rätt till utlandsresor med barnet skall göras avhängig den andre förälderns tillstånd. SOU 1995:79 s. 101 ff.

24 SOU 1995:79 s. 90 ff.

Betoningen av den legala vårdnaden får anses ge ett bristfälligt skydd mot förhastade skilsmässor i två situationer.

Den ena är om en av makarna bor tillsammans med ett eget barn som inte står under hans legala vårdnad. En sådan situation kan ha sin grund i att den faktiske vårdnadshavaren inte har rättat sig efter dom eller beslut om vårdnad till förmån för den andre föräldern. Men situationen kan också uppstå om en förälder som tidigare inte har haft del i den legala vårdnaden, t.ex. en ogift far, i sämja övertagit huvudansvaret för den faktiska vårdnaden och föräldrarna av någon anledning inte har ändrat den legala vårdnadsformen.

Den andra situationen när 5:1 ÄktB inte garanterar ett barn tillräckligt skydd mot den faktiske vårdnadshavarens förhastade skilsmässa avser barn med särskilt förordnade vårdnadshavare och familjehemsplacerade barn. Dessa omfattas överhuvudtaget inte av bestämmelsen om betänketid, som endast avser biologiska och adopterade barn.[25] En sådan begränsning förefaller särskilt olycklig med tanke på att barn med förordnad vårdnadshavare och familjehemsplacerade barn redan tidigare har tvingats byta omvårdare. De kan därför sägas ha ett särskilt behov av stabilitet. Det kan noteras att reglerna om betänketid inte var föremål för ändring i samband med stiftande av 6:10 b 2 st. FB om överföring av vårdnad mellan särskilt förordnade vårdnadshavare.[26]

När vårdnadens faktiska och legala sida diskuteras är det så gott som ogörligt att inte komma in på frågan om genus. Av statistik över deltidsarbete och utnyttjande av föräldraledighet framkommer att kvinnor i högre grad än män prioriterar faktisk vård om barn såväl under som efter ett förhållande.[27] Det betyder att ett förslag av innebörden att den faktiske vårdnadshavaren skall få större befogenheter än den passive vårdnadshavaren, kan tolkas som att kvinnor som grupp skulle få större rättigheter än män.

Ett argument mot en sådan kritik är att förslaget syftar till att de legala förhållandena bättre skall spegla de faktiska förhållandena. Om fäder som grupp i större utsträckning än nu tar del av det faktiska ansvaret för sina barn, får de del av de legala rättigheterna kopplade till den faktiska vårdnaden. Det kan även erinras om att ett av syftena bakom lagstiftningen inom barnrätten under 1900-talets senare del är att öka barns faktiska kontakt med den »frånvarande» föräldern, oftast fadern. Bland exempel på lagstift-

25 Tottie s. 83 f.
26 SFS 1994:1433. Prop. 1993/94:251.
27 RFV 1996:5. *(Se ovan 3.3.2.)*

ning i sådant syfte återfinns bestämmelserna om underhåll, föräldraledighet, vårdnadens omfattning och överföring av vårdnad. Sådan lagstiftning har varit mycket generös mot den passive vårdnadshavaren, men har inte fullt ut givit det resultat man hoppats på. Det kan därför finnas skäl att också pröva andra metoder.

Givetvis bör även en icke-vårdnadshavande förälders faktiska ansvar och kontakt med barnet avspeglas i de legala regelsystemet. Frågan om tillsynsansvar är ett område där skillnaden mellan den aktive umgängesförälderns brist på legalt ansvar, jämfört med den passive vårdnadshavarens, framstår som omotiverad och svårförklarlig. Att det överhuvudtaget, som är fallet *de lege lata*, skall föreligga en skillnad mellan en förälders ansvar för sitt barn vid faktisk umgänge och kontakt beroende av om föräldern har del i den legala vårdnaden eller inte, förefaller märkligt. Det är svårförenligt med principen om barnets behov av kontakt med bägge sina föräldrar. Argument av innebörden att den förälder som inte har del i den legala vårdnaden skulle vara oförmögen att utöva ett tillsynsansvar enligt FB kan bemötas med att det i så fall förefaller olämpligt att denne förälder utövar umgänge, åtminstone utan kontaktperson.

Frågor om vårdnadens omfattning är nära förbundna med överföring av vårdnad. Förutsättningar för överföring av vårdnad diskuteras i nästa avsnitt.

6.4 Förutsättningar för överföring av vårdnad

Här diskuteras förutsättningarna för överföring av vårdnad enligt FB och för omhändertaganden enligt 2 § LVU. Avsnittet utgör en sammanfattning och uppföljning av kapitel 5. Överföring av vårdnad har också berörts tidigare i detta kapitel. *(Se ovan 6.1, 6.2.)*

Ett slående drag i samband med överföring av vårdnad är strävan att hålla tvister om vårdnad från domstolarna. Istället skall konflikter om vårdnad lösas utomrättsligt, eventuellt med hjälp av socialnämnd (12–12 a §§ SoL). Den lösning som förordas är en överenskommelse om gemensam legal vårdnad. Det förefaller finnas två huvudskäl för denna utveckling. Det ena är att utomrättsliga överenskommelser anses ge ett bättre resultat än tvistelösning inför domstol. Utomrättsliga överenskommelser uppfattas med andra ord som mer förenliga med barnets bästa. Ett andra argument är att sådana överenskommelser är billigare än ett tvisteförfarande inför domstol. Det andra argumentet anknyter till de åtstramningar som görs i

samhället i stort, inklusive i rättsväsendet. Här skall nämnas några aktuella reformförslag som alla syftar till en begränsning av domstolsprövningen av vårdnadsfrågor.

Hit hör den nya RhjL, som träder i kraft den 1 december 1997 och utgör ett led i strävan att minska processbenägenheten och statens kostnader för rättshjälp. Som redogjorts för innebär den nya RhjL bl.a. att rättshjälpen blir subsidiär till det rättsskydd som ingår i privata hemförsäkringar.[28] Det betyder att part som enligt gällande rätt i en vårdnadstvist uppbär rättshjälp och betalar en inkomstrelaterad avgift, i det nya system kommer att betala en icke-inkomstrelaterad självrisk på normalt 20 procent. Det medför att samhällets ekonomiskt svagare grupper kommer att bli mer sårbara i rättssystemet. Den ekonomiska sårbarheten ökar i samband med vårdnadstvister där vinnande part inte får sina rättegångskostnader ersatta och där en långtgående möjlighet att få rättsfrågan omprövad föreligger. Den föreslagna lagändringen har uppfattats som betänklig ur ett jämställdhetsperspektiv, eftersom kvinnor generellt har sämre ekonomiska resurser än män.[29] Sådana betänkligheter gör sig rimligen särskilt starkt gällande i samband med vårdnadstvister där parterna typiskt sett är en man och en kvinna. *(Se ovan 1.5.)*

Även det för tillfället tillbakadragna förslaget om generellt prövningstillstånd i HovR utgör en begränsning av möjligheten att få vårdnadstvister överprövade.[30] Tidigare har framkommit att möjligheten till omprövning av vårdnadsmål är omfattande. En tänkbar effekt av en begränsad rätt till överprövning är därför att antalet omprövningar hos TR i vårdnadsmål ökar, om parterna har råd.

Slutligen skall nämnas Vårdnadstvistutredningens förslag, enligt vilket socialnämnd skall kunna godkänna föräldrars avtal om vårdnad m.m. Endast de fall där en »förlikning» inte är möjlig skall prövas av domstol. Förslaget motiveras med att man härigenom kan skapa större förutsättningar för frivilliga överenskommelser och att domstolarna avlastas.[31]

Det förefaller något oklart på vilket sätt ett sådant förslag skulle skapa större förutsättningar för frivilliga överenskommelser. Redan nu kan ogifta föräldrar som är överens om att vårdnaden skall vara gemensam, enkelt låta registrera gemensam vårdnad. Är föräldrarna vid en skilsmässa eller

28 Prop. 1996/97:9 s. 1.
29 Prop. 1996/97:9 s. 96 f.
30 Prop. 1996/97:131. Beslut 1997-05-29, snabbprotokoll 1996/97:110.
31 SOU 1995:79 s. 105.

separation överens om att den gemensamma vårdnaden skall bestå, består den gemensamma vårdnaden. Det finns därför anledning att tro att den föreslagna bestämmelsen skulle få störst betydelse i de fall när föräldrarna inte är överens.[32] Det aktualiserar två frågor. Den första är vilken grad av påtryckning det inom en rättsstat är tillbörligt att låta en myndighet utsätta parterna i en tvist för. Den andra är hur dåliga förutsättningar för föräldrarnas samarbete om den faktiska vårdnaden måste vara innan ett sådant samarbete anses oförenligt med barnets bästa.

Tid efter annan diskuteras också arbetsfördelningen mellan de allmänna domstolarna och de allmänna förvaltningsdomstolarna i mål om vårdnad och umgänge. Det har bl.a. föreslagits att frågor om verkställighet och överflyttning av barn skall handläggas av TR istället för LR samt att prövningstillstånd skall krävas för att få sådana frågor överprövade.[33] Även s.k. familjedomstolar efter australiensisk modell har diskuterats som ett alternativ till den nuvarande ordningen.[34]

Trots ambitionerna att vårdnadstvister i största möjliga mån skall lösas utomrättsligt förekommer att allmän domstol har att slita en vårdnadstvist.[35] För det fall att domstol har att behandla en vårdnadstvist kan följande noteras angående vissa processuella förhållanden.

6.4.1 Process och överföring av vårdnad

Rätten har vårdnadsmål, i likhet med vad som gäller i förvaltningsmål, ett långtgående officialansvar. Att vårdnadsmål är indispositiva brukar förklaras av rättens ansvar för barnets bästa. Eftersom den förhärskande materiella presumtionen om barnets bästa är gemensam vårdnad innebär det att rätten kan utnyttja de begränsningar i partsautonomin som den indispositiva processformen medför till förlikningsverksamhet. Rättens ansvar för utredning är ett exempel.

Omfattningen av rättens *utredningsskyldighet* varierar och en stor del av faktainsamlandet åligger parterna, men rätten har det yttersta ansvaret för utredningen. Vid överföring av vårdnad framstår gränsen mellan rättens utredning i syfte att få fram beslutsunderlag och det utomrättsliga förlikningsarbetet som flytande, i synnerhet om förlikningsverksamheten sker i

32 SOU 1995:79 s. 107.
33 SOU 1991:106 s. 209 f.
34 SOU 1995:79 s. 125 f.
35 SOU 1995:79 s. 11.

form av *samarbetssamtal*. Så är särskilt fallet om samarbetssamtalsledaren i ett senare skede får i uppdrag att utföra en vårdnadsutredning i målet.

Det finns också ett samband mellan det materiella rekvisitet *olämplig* vårdnadshavare och samarbetssamtal på så sätt att en förälder som, utan godtagbara skäl, vägrar att medverka i samarbetssamtal kan uppfattas som olämplig.[36] Därmed sätts ett tryck på föräldrar att medverka i samarbetssamtal. Det i kombination med att samarbetssamtal ofta görs med endast socialtjänstsekretess ger anledning att ifrågasätta om föräldrarnas integritet kan upprätthållas i samband med samarbetssamtal. Till det kommer att resultatet av samarbetssamtalen skall redovisas till rätten. Det kan också noteras att antalet »förlikningar» efter samarbetssamtal överenstämmer tämligen väl med antalet fall där den gemensamma vårdnad består efter äktenskapsskillnad.[37] *(Se vidare 6.4.2.)*

De problem som integreringen av medlingsverksamhet och utredning medför är åtminstone delvis avhängiga materiell rätt. De skulle minska om brist på överenskommelse mellan parterna tillmättes reell materiell betydelse. Det skulle innebära att presumtionen om gemensam vårdnad som bäst för barnet gavs en något begränsad betydelse, i synnerhet i de fall föräldrarna inte kan enas utan betydande påtryckningar från domstol eller vid utomprocessuella samtal.

Ytterligare ett moment av officialansvaret vid vårdnadstvister är den domslutsinriktade officialprövningen i syfte att bevaka ett passivt barnets bästa. Den kan ifrågasättas på några punkter. En anledning till det är att den domslutsinriktad officialprövning har en funktion att fylla främst när parterna är överens om något av tvistelösningsalternativen, ensam eller gemensam vårdnad, men rätten finner att föräldrarnas överenskommelse inte är förenlig med ett passivt barnets bästa. För att det skall vara fallet måste situationen rimligen omfattas av rekvisiten för överföring av vårdnad enligt 6:7 FB. Socialnämnd är taleberättigad enligt 6:7 FB. Med tanke på att socialnämnd skall denuntieras om den pågående vårdnadstvisten, och att det utredningsmaterial som kan föranleda officialslutet torde härröra från socialnämnden, kan behovet av domslutsinriktad officialprövning ifrågasättas. Det förefaller vara tillräckligt att socialnämnd i dessa fall bevakar barnets intressen och vid behov väcker talan. *(Se ovan 5.9.)*

Den domslutsinriktade officialprövningen utgör i likhet med annan processledning däremot ett viktigt verktyg i rättens medlingsverksamhet.

36 Prop. 1990/91:8 s. 30.
37 SOU 1995:79 s. 59 f. SCB 1992 s. 6, 8.

Ett exempel utgör prövning av vårdnadstvister enligt 6:5 2 st. FB och 6:6 1 st. FB. Rätten kan enligt dessa bestämmelser förordna om gemensam vårdnad, trots att en av parterna yrkat ensam vårdnad men inte motsätter sig gemensam vårdnad. Det är något oklart om rätten då bifaller yrkandet om ensam vårdnad eller förordnar ett officialalternativ. Med tanke på att beslutet inte går utanför parts yrkande torde dock rätten slita tvisten med beaktande av den starka materiella presumtionen om gemensam vårdnad.

Ytterligare en anledning att ifrågasätta officialprövningen är att den är mer långtgående i samband med äktenskapsskillnad, än när vårdnadsfrågan uppkommer i andra sammanhang, såsom när ogifta föräldrar separerar. Det är självfallet otillfredsställande mot bakgrund av att en av huvudprinciperna i svensk familjerätt är att neutralitet skall råda mellan förhållandena för barn födda inom respektive utom äktenskap.

Slutligen kan framhållas att officialansvaret endast omfattar ett passivt barnets bästa. Rättssystemet åtar sig inte att bevaka ett aktivt barnets bästa, utan enbart de minimikrav som omfattas av ett passivt barnets bästa. Allt därutöver åligger föräldrarna. Det i sig är en anledning att vara försiktig med begränsningar i partsautonomin. För att tydliggöra allmän domstols uppgift i samband med vårdnadstvist vore det därför lämplig om socialnämnds åläggande att bevaka ett passivt barnets bästa underströks. Väcker socialnämnd inte talan enligt 6:7 FB kan allmän domstol förutsätta att ett passivt barnets bästa kan tillgodoses av endera föräldern och därmed ägna sig åt prövning av ett aktivt barnets bästa.

6.4.2 Materiella förutsättningar

Som framkommit är det min uppfattning att en enhetligare tillämpning av barnets bästa bör eftersträvas såväl inom ett och samma rättsområde som inom närliggande områden. Därför kommenteras även vissa förutsättningar för omhändertaganden enligt 2 § LVU. Jag har också förordat att en vårdnadstvist bör avgöras på så sätt att den medför minsta möjliga förändring för barnet. De kommentarer som framförs i det följande ges mot bakgrund av dessa förslag. *(Se ovan 5.2, 5.3, 6.1.)*

Vårdnadshavarens lämplighet var tiden innan gemensam vårdnad fick genomslag för frånskilda och ogifta föräldrar ett viktigt rekvisit vid överföring av vårdnad. Genom betoningen av barns behov av kontakt med bägge sina föräldrar och införandet av gemensam vårdnad för ogifta och frånskilda föräldrar, har betydelsen av rekvisitet minskat. En fokusering på vård-

nadshavares lämplighet framstår numera som mindre adekvat i vårdnadstvister.

Bland orsakerna för en sådana uppfattning märks att en vårdnadstvist skall avgöras med utgångspunkt i en helhetsbedömning av barnets bästa. Vårdnadshavarens lämplighet utgör endast ett delmoment i en sådan bedömning. En annan orsak är att enligt publicerad praxis sker bedömningen av vårdnadshavarens lämplighet med utgångspunkt i 6:7 FB. Bedömningen av vårdnadshavares lämplighet motsvarar således en kontroll av ett passivt barnets bästa och tar sikte på att skydda barnet mot en uppenbart olämplig vårdnadshavare, vars brister i omsorgen av barnet medför bestående fara för dess hälsa eller utveckling. Däremot relateras vårdnadshavarens lämplighet inte till ett aktivt barnets bästa. En konsekvens av det är att föräldrar vars lämplighet på objektiva grunder kraftigt kan ifrågasättas, *in casu* har bedömts vara den som bäst främjar barnets bästa.[38] Slutligen insinuerar en olämplighetsförklaring av en förälder ett permanent åtskiljande från barnet. Det framstår som svårförenlig med presumtionen om barns behov av umgänge och kontakt med bägge föräldrarna.

Vid en jämförelse mellan överföring av vårdnad enligt 6 kap. FB och omhändertaganden enligt 2 § LVU tillmäts vårdnadshavarens lämplighet mindre betydelse vid överföring av vårdnad enligt 6 kap. FB än vid omhändertagande enligt 2 § LVU. Det förklaras främst av de faktiska förhållandena. I samband med överföring av vårdnad enligt 6 kap. FB föreligger normalt inte risk för att barnet skall lida bestående skada pga. misshandel, otillbörligt utnyttjande, brister i omsorgen, vårdnadshavarens missbruk eller andra förhållanden i hemmet. Ett omhändertagande enligt 2 § LVU initieras däremot av denna typ av missförhållanden som normalt kan hänföras till vårdnadshavaren.

Även föräldrars *överenskommelser* hade enligt äldre rätt stor betydelse för bedömningen av barnets bästa i samband med överföring av vårdnad. Det motiverades av att föräldrarna i allmänhet var de som bäst kände sina barns behov samt av att det var bra för barnet om dess föräldrar var överens.[39] Numera är föräldrars överenskommelser i vårdnadsfrågor centrala på så sätt att så länge de är överens sker ingen närmare rättslig prövning av vårdnaden. Är föräldrar vid äktenskapsskillnad överens i vårdnadsfrågan gör domstol endast en summarisk kontroll av ett passivt barnets bästa, genom denuntiering till socialnämnd. Ogifta föräldrar kan registrera gemensam

38 T.ex. NJA 1992 s. 93, NJA 1995 s. 398 se dock RH 1990:127.

39 Prop. 1981/82:168 s. 34 f., 65 f.

vårdnad utan att kontroll av barnets bästa görs och självfallet separera utan att någon kontroll av vårdnadsförhållandena aktualiseras. Kan föräldrarna enas om gemensam legal vårdnad anses det vara förenligt med barnets bästa även om stora stridigheter föreligger mellan föräldrarna om den faktiska vårdnadens utövande. I de fall föräldrarna inte kan enas om gemensam vårdnad ges däremot bristen på överenskommelse endast begränsad betydelse. Istället skall föräldrarna förmås nå en överenskommelse om gemensam legal vårdnad. Sådan medling kan ske genom samarbetssamtal.

Vid *samhällsvård* av barn är frågan om vårdnadshavares överenskommelse, alternativt brist på överenskommelse, med socialnämnd central. En förutsättning för att barn skall kunna vårdas enligt LVU är att en överenskommelse om vårdens utformning och varaktighet *inte* kan nås. Samtycker vårdnadshavaren till samhällsvård för barnet, skall vården normalt genomföras med stöd av SoL. I likhet med vårdnadshavares lämplighet tillmäts således en fungerande överenskommelser större betydelse vid bedömning av barnets bästa enligt LVU, än vid motsvarande bedömning enligt FB. Återigen kan detta förklaras av de faktiska förhållandena. Vid en vårdnadstvist bedöms i allmänhet omständigheterna vara sådana att ett passivt barnets bästa inte äventyras av föräldrarnas bristande samarbetsförmåga. Är däremot ett omhändertagande enligt 2 § LVU aktuellt föreligger sådana risker att bristande samarbete mellan föräldrar och socialnämnd hotar ett passivt barnets bästa.

Betydelsen av barnets behov av *stabilitet* respektive av *umgänge* och *kontakt* med närstående vid en bedömning av barnets bästa är sammansatt enligt både FB och LVU. Enligt de bägge regelverken skall barns kontakt med den eller de av de biologiska föräldrarna som barnet inte bor tillsammans med främjas. Ställs frågan på sin spets vid en tvist om vårdnad enligt FB har emellertid, enligt HDs praxis, barnets behov av stabilitet vägt tyngre än behovet av umgänge. *Ipso iure* skall dock umgängessabotage kunna leda till en överföring av vårdnad.

Ett fungerande umgänge mellan vårdnadshavare och barn kan vara en förutsättning för att barnet skall återförenas med vårdnadshavaren efter det att vård enligt 2 § LVU upphört. I annat fall kan det ses som mer förenligt med barnets bästa och behov av stabilitet att stanna i familjehemmet tills kontakten med de biologiska föräldrarna har återupprättats. Bedömningen av barnets behov av stabilitet i förhållande till dess behov av umgänge är således likartad vid tillämpningen av 6 kap. FB respektive 2 §

LVU. Formellt betonas enligt de bägge lagarna betydelsen av umgänge och kontakt men det bör inte gå ut över barnets behov av stabilitet.

Barnets vilja skall numera tillmätas mycket stor materiell betydelse vid bedömningen av barnets bästa vid överföring av vårdnad enligt 6 kap. FB. Betydelsen av barnets vilja slås fast i 6:10 d FB. Vid omhändertaganden enligt 2 § LVU har barnets vilja hitintills endast getts materiell betydelse.[40] Ett undantag utgör de fall när frågan om flyttningsförbud aktualiseras. För det fallet att vårdnaden skall övergå på särskilt förordnade vårdnadshavare enligt bestämmelserna i 6 kap. FB, skall barnets vilja tillmätas samma betydelse som vid en vårdnadstvist mellan barnets föräldrar.

Olikheterna i värderingen av barnets vilja vid prövning enligt 6 kap. FB och enligt 2 § LVU kan även de förklaras med hänvisning till ett aktivt respektive ett passivt barnets bästa. Vid prövning enligt 6 kap. FB får barnets vilja vika om ett passivt barnets bästa är hotat. Det betyder att om ett beaktande av barnets vilja bedöms leda till en situation där barnet utsätts för fara för bestående skador enligt vad som stadgas i 6:7 FB, skall dess vilja inte tillmätas avgörande betydelse.[41] Den mer begränsade betydelse barns bästa ges i samband med omhändertaganden enligt 2 § LVU förklaras av att ett passivt barnets bästa normalt är hotat när ett omhändertagande är aktuellt.

Sammanfattningsvis kan de olika betydelser dom materiella rekvisiten tillmäts vid bedömning av barnets bästa i samband med överföring av vårdnad enligt FB respektive omhändertagande enligt 2 § LVU i de flesta fall hänföras till faktiska förhållanden. Eftersom ett passivt barnets bästa regelmässigt är hotat när ett omhändertagande enligt 2 § LVU är aktuellt, görs andra bedömningar än vad som är fallet när en överföring av vårdnad enligt 6 kap. FB skall ske, då ett aktivt barnets bästa inte är hotat. I samband med överföring av vårdnad enligt 6 kap. FB förordar jag att den materiella betydelsen av att föräldrarna inte kan nå en överenskommelse ges större relevans, medan betydelsen av barnets vilja begränsas. Sådana förändringar skulle öka samstämmigheten mellan bestämmelserna om överföring av vårdnad och bestämmelserna om vårdnadens omfattning, liksom med förutsättningarna för omhändertaganden enligt 2 § LVU.

40 Se dock förslag i prop. 1996/97:9. En bestämmelse om barns rätt att komma till tals föreslås i 9 § SoL.

41 Prop. 1994/95:224 s. 33, NJA 1995 s. 398.

6.4.3 Medling och tvistelösning – två skilda verksamheter?

Bestämmelserna om överföring av vårdnad enligt FB tillämpas i åtminstone två skilda situationer; i samband med utomrättsligt medlingsarbete och av domstol för att slita en vårdnadstvist. Att finna medlingsverktyg har prioriterats vid lagstiftning. Frågan är om regler som tillkommit i syfte att medla mellan föräldrarna kan vara fungerande konfliktlösningsverktyg om ambitionen är att ett aktivt barnets bästa skall eftersträvas. De senaste årens betoning av barnets vilja som ett allt viktigare rekvisit vid avgörande av vårdnadsfrågor kan ses som ett exempel.

Betoningen av barnets vilja betyder, dessvärre, inte att vad som kan betecknas som grundläggande svårigheter vid tolkningen av barns vilja är lösta. Hit hör bedömningen av barnets vilja i förhållande till dess ålder och mognad. En utgångspunkt är också att barnet inte skall behöva ta ställning i föräldrarnas konflikt. En svårighet är därför bedömningen av barnets vilja när barnet utsatts för påtryckningar att välja en av föräldrarna. Det kan då ifrågasättas om barnet ger uttryck för sin egen vilja. Av HDs praxis framkommer emellertid att också när barnet utsatts för sådana påtryckningar skall dess vilja beaktats.

Den auktoritet som barnets vilja skall ges vid överföring av vårdnad framstår även som svårförklarlig i relation till den begränsade rätt till självbestämmande barnet har under ett bestående vårdnadsförhållande. Som konstaterats kan barnet endast i ringa omfattning påverka vårdnadshavarens rätt att bestämma i frågor om vårdnadens utövande. Inte heller det offentliga kan på något väsentligt sätt göra det, om inte ett passivt barnets bästa är hotat. Men om en vårdnadsövergång är aktuell, skall barnets vilja ges avgörande betydelse. Så skall till och med kunna ske i de fall föräldrarna är överens om att vårdnaden skall vara gemensam, dvs. när familjen kan definieras som fungerande, och ingen annan prövning än den av ett passivt barnets bästa skall göras.[42]

Oaktat sådana svårigheter har lagstiftaren funnit det för gott att öka betydelsen av barnets vilja som materiellt rekvisit vid överföring av vårdnad. Det förklaras rimligen av att lagstiftaren sett fokuseringen av barnet och dess vilja, som ytterligare ett medel för att förmå föräldrarna att nå en överenskommelse. Genom att barnets vilja ges ökad legal betydelse skall föräldrarna påminnas om att vårdnadstvisten rör barnet och dess behov. Föräldrarna skall därmed förstå att en fortsatt konflikt inte är i barnets intresse och »förlikas» om gemensam vårdnad.

42 Prop. 1994/95:224 s. 35 f.

Ytterligare en förklaring till lagstiftning om barnets vilja kan vara att lagstiftaren uppfattat den som pedagogisk, dvs. utan samband med tvistelösning. Men så är det inte. När föräldrarna inte en överenskommelse utgör barnets vilja ett av två i lagtext definierade rekvisit för slitande av vårdnadstvister.

Enligt min mening finns anledning att mana till försiktighet vid tillämpning av barnets vilja, vilket också är ett argument mot talerätt för barn i vårdnadstvister. I enlighet med vad som anförts i motiven, men i motsatts till HDs praxis, bör t.ex. barnets vilja inte tillmätas betydelse om barnet utsatts för påtryckningar att välja en förälder. Iakttas inte en sådan försiktighet, kan lagstiftningen om barnets vilja leda till att barnet regelmässigt utsätts för påtryckningar att ta parti för endera föräldern. Det i sin tur betyder att fokus kommer att ligga på barnets val av förälder, inte på barnets fria önskningar och situationen i stort. Liknande betänkligheter kan anföras när andra bestämmelser som tillkommit i syfte att vara verktyg för medling skall tillämpas för att slita svåra vårdnadstvister.

Ett alternativ vore eventuellt skilda regelverk för medlingsverksamhet respektive för tvistelösning. Vad som talar för ett sådant förslag är de utökade befogenheter socialnämnd föreslås få.[43] Redan nu utger också Socialstyrelsen s.k. Allmänna råd, om utförandet av olika uppgifter inom ramen av socialtjänstens verksamhet. Förslaget faller dock på att sådana råd i samband med medlingsverksamhet ges mot bakgrund av de bestämmelser som gäller om domstol, trots allt, har att ta ställning i tvisten. Råd vid medling är avhängiga utformningen av regler för konfliktlösning.

Ett exempel kan illustrera detta. Det händer att föräldrar i samband med skilsmässa eller separation hör av sig för att få råd i frågor om vårdnad. Utgångsläget är normalt att föräldrarna vill att den gemensamma vårdnaden skall bestå, men att deras relation är så infekterad att det inte är givet att det kommer att lyckas. Den fråga de ställer är: »Om det trots allt går till domstol, hur skall jag göra för att få vårdnaden?»

I början av 1990-talet var de råd som lagstiftning och praxis föranledde följande: »Se till att du har mycket kontakt med barnet. Var inställd på att den gemensamma vårdnaden kommer att bestå. Driv därför inte samarbetet i botten.» Efter införandet av 6:6 a FB, om vikten av kontakt, utvidgades råden till att också omfatta betydelsen av en positiv inställning till barnets umgänge och kontakt med den andre föräldern. De råd som införandet av 6:10 d FB, om betydelsen av barnets vilja, föranleder är att för-

43 SOU 1995:79 s. 105 ff.

äldern bör påverka barnet så att det ger uttryck för att vilja bo hos denne. Det råd som blir den naturliga följden av införandet av en obligatorisk gemensam vårdnad är ett, uppgivet: »Det är ingen idé. Ni är utelämnade till Er egen förmåga att lösa konflikterna och den starkaste vinner.»

6.5 Slutord

I detta arbete har jag riktat viss kritik mot delar av vårdnadsrätten. Hit hör det förhållandet att lagstiftning om överföring av vårdnad brister i rationell grund, till stora delar är allmänt normbildande och i det närmast skild från konfliktlösning. Likaså har framhållits att det föreligger en brist på överensstämmelse mellan lagreglering av överföring av vårdnad och lagreglering av vårdnadens omfattning. En grundläggande svaghet är att lagstiftningen kodifierar mer eller mindre högflyende målsättningar, men inte ger en bas för lösande av vårdnadsfrågor. Alternativt ges en sådan bas, men ribban placeras lågt.

Ett problem är att rätten inte utgör en essens av svensk moral, på så sätt som religiösa urkunder och traditioner eventuellt kan göra i mindre sekulariserade samhällen än det svenska. En lagstiftning som baseras på allmänt utformade moraliskt grundade målsättningar, förutsätter en homogen syn på hur dessa målsättningar skall tolkas. Det är särskilt fallet om grundläggande rättssäkerhetsbegrepp såsom förutsägbarhet och allas likhet inför lagen skall upprätthållas. Vårt samhälle är inte längre, och det kan diskuteras i vilken omfattning det någonsin varit det, homogent. Ökad tolerans mot oliktänkande och »annorlunda personer», såsom barn födda utom äktenskap, ogifta, ateister, andra icke-protestanter, icke-svenskar osv., har lett till ett samhälle där uppfattningen om vad som är barnets bästa varierar. Ju större dessa variationer är, desto viktigare är det att lagarna ger tillämpbara miniminormer.

Det kan tyckas att min kritik skjuter över mål. Lagstiftningen har säkert medverkat till att en attitydförändring i synen på barn har skett i samhället. Även om jag tvivlar på att enskilda medborgare läser lagen för ledning i frågor om barnuppfostran, så har dess budskap om barnets bästa fått bred spridning. En annan fråga är om budskapet hade fått samma spridning om det lanserats på annat sätt än genom Svensk författningsamling.

Vilken skada gör då »lagstiftningsoptimismen»?[44] Varför inte stifta lagar i syfte att påverka medborgarnas attityder? Gör de inte mycket nytta, gör

44 Smith 1980 s. 32.

de säkert ingen skada. Så är det nog när det finns en balans mellan lagar som syftar till konkret rättstillämpning och attitydpåverkande lagar. Men i den svenska vårdnadslagstiftningen saknas en sådan balans. Istället har de pedagogiska bestämmelserna med sin allmänna och till intet förpliktande utformning kommit att dominera.

Summary

Introduction

This dissertation deals with *the Best Interests of the Child, reasons for the legal development on custody, the scope of custody* and *transfer of custody*. Certain proposals *de lege ferenda* are presented.

Legislation considered is primarily Chapter 6 of the Code on Parenthood regarding custody in relation to parents and children, as well as Section 2 of the Special Provisions of the Young Act (1990:52). The public law element is explained by the fact that placement under compulsory care leads to a reduction in the custodian's competence comparable to a transfer of custody in accordance with Chapter 6 of the Code on Parenthood. Another reason for the comparison between private and public law is to investigate the different interpretations of the best interests of the child. Public law moreover provides a minimum criteria for the custodian's obligations to the child. The extent of custody is analysed in relation to the European Convention on Human Rights and the United Nations Convention on the Rights of the Child.

The Best Interests of the Child

The principle of the best interests of the child is fundamental in custody issues and other issues concerning children. Pursuant to the Convention on the Rights of the Child the child's best interests should be considered when taking any measures affecting a child. However, there is not any clear definition of what constitutes a child's best interests. The concept is instead characterised by open prerequisites and far reaching discretionary assessments. Individual assessments are not unique to the law of children. What distinguishes and complicates the interpretation of the best interests of the child is the extent of discretionary assessments and the lack of other assessments. The principle is also given different meanings within different areas of law.

An analysis of the disparate interpretations that can be made results in a division of the principle into an active and a passive sense. In accordance with the best interests of the child in an active sense, the child is granted rights which other legal subjects, namely adults, are not granted. An example of the best interests of the child in an active sense is a child's right to care, security and a good upbringing (Ch. 6 Sec. 1 of the Code on Parenthood). The best interests of the child in a passive sense is limited to provide the child protection in relation to circumstances that are criminally punishable such as assault and battery, or that are included in social protective legislation such as a reasonable standard of living. The best interests of the child in a passive sense is applied in connection with compulsory care. Similarly, the courts' public responsibility in custody disputes covers only the best interests of the child in a passive sense.

It is inevitable that the best interests of the child is given various interpretations within different areas of law when the actual circumstances differ. But it is unfortunate that the differences are so vast. The principle is then given such a fragmented meaning that it becomes difficult to apply as a legal tool. Certain interpretations of the best interests of the child may result in, and legitimise, that the child's needs are not well met. The fact that the best interests of the child is held forth as a uniform principle may lead individuals and authorities to believe that it has the same meaning within different areas of law, or alternatively that it is a principle which lacks a definition. As the principle of the best interests of the child is used both as a tool for solving legal problems concerning children as well as to legitimise these solutions, it would be valuable if the different interpretations were clarified in legislation or possibly in the preparatory works.

In connection with transfer of custody between parents the predominant interpretation of the child's best interests is joint legal custody. Sole custody is only considered when the conflict between the parents is severe. When interpreting the best interests of the child in connection with custody decisions, special emphasis is placed on a child's need for contact with both parents. The child's wishes shall be taken into consideration. It is also emphasised that the solution where the best interests of the child in an active sense is best met should be chosen. If this can not be achieved, at least the best interests of the child in a passive sense should be respected.

The emphasis on the best interests of the child can be summarised as having resulted in a focus on the child as an individual. It has also increased the scope of discretionary assessments.

The principle of the least possible change

In the dissertation it is proposed that the extent of discretionary assessments are restrained. Instead the custody issue should be decided in such a way that the child's situation is changed as little as possible, provided that the child's best interests in a passive sense are not threatened. This proposal can be seen as a development of the presumption for the child's need for stability and contact as well as the assumption for the primary caretaker. The proposal emphasises that the child is an individual with needs of its own in spite of the parents' dispute.

When applying the principle of the least possible change, a balance should be made between the child's need for stability, in relation to its physical environment, and the child's need to remain with the parent who previously spent the most time with the child. The assessment should relate to the child's age. When making decisions concerning younger children, it is of particular importance that the child remains with the parent who has taken most care of it. Where an older child is involved, greater emphasis should be placed on the physical environment, such as area of residence, friends, etc. Common for all age-groups is the importance of contact with the parent not living with the child and other persons close to the child.

Among the arguments in favour of a limitation of the use of discretionary assessments in accordance with the principle of the least possible change, could be noted that discretionary assessments poorly agree with the demand for forseeability and equality before law. Lack of forseeability in connection with custody disputes invites a less scrupulous parent to put pressure on the other parent. In addition, it is often more time consuming to make a discretionary assessment than it is to apply more detailed grounds. This by itself calls for more fixed criteria. It is perceived as less consistent with the child's interests if the custody dispute or the uncertainty surrounding the actual and legal custody is drawn out in time.

An additional argument is the development that has occurred within public law. Parallel to discretionary assessments gaining ground within private custody law, more fixed criteria for compulsory care have been introduced in the Special Provisions of the Young Act.

Yet another argument is that the discretionary *in casu* assessments that are prescribed for custody disputes do not otherwise occur in society. On the contrary, standardisation is far reaching within other areas concerning children, e.g. child care, education, health care. A reason for this is that children in general are thought to have similar fundamental needs. One

form of standardisation seen in custody issues is the aim to ensure that the child is brought up under circumstances similar to those of a nuclear family. Joint custody can be seen as an expression of this intent, as well as the assumption that children need contact with both parents.

Against the proposal for the principle of the least possible change may be argued that it may lead parents to argue over which of them can offer the alternative which means the least possible change for the child. This is naturally true, but solving a dispute before a court consists of asserting reasons for and against a certain outcome. The proposal intends to clarify what arguments should be considered most important. Such a reduction of discretionary assessments in custody cases violates in part the idea behind the legal development thus far.

The legal development

Since the 1970s, Chapter 6 of the Code on Parenthood has been the object of recurring changes, primarily concerning transfer of custody. What is here described as »valuebased reasons» for legislation on custody, namely arguments that are not supported by actual consideration and empirically established facts, have increased during the later decades. The focus has been on the importance of joint legal custody and the child's need for contact with both parents.

Subsequent to the intentions of the legislator, decisions on transfer of custody increasingly takes place out of court. Instead the parents themselves are expected to solve their own conflicts. Conflict solving in the sense that a court grants one of the parents sole custody occurs only to a limited extent. Therefore, mediation is highly prioritised – as long as it results in an agreement on joint legal custody. Hence, joint custody has increased. With the formulation of joint custody under Swedish law, the parents themselves, possibly with the help of social services, have to solve any conflicts concerning the actual exercise of custody.

Pedagogical legislation

The law's task in custody issues is not limited to the traditional areas of private law, namely to eliminate conflicts or, if disputes nevertheless arises, to be an instrument for solving conflicts. Rather, the law could be described as pedagogical, aiming to govern behaviour in general. A funda-

mental part is to influence the exercise of parenthood, regardless of whether a concrete risk exists for litigation or not.

Consequently, several of the provisions in Chapter 6 of the Code on Parenthood have been introduced not to be used primarily by courts deciding in custody disputes, but to govern parents in the exercise of their role as parents. Legislation with a pedagogical aim and with the individual as the addressee may be inapt in litigation. This may be the reason for the less desirable devaluation of the interpretation of the best interests of the child that can be observed when comparing the preamble to the 1983 legislation with subsequent case law. A shift has been made from the best interests of the child in an active sense to a passive sense.

There are several reasons why provisions with a pedagogical aim dominate the legislation on custody. One is that legislation to a large extent has been used as pedagogical means in attempt to minimise the need for legislation as an instrument for solving disputes. Courts should not need to decide custody disputes - since parents should learn to solve them themselves – therefore there is only need for pedagogical legislation. To a certain degree, this is a reasonable hope, but it would be naive to believe that this could be fulfilled completely. In relation to the number of separations and unmarried parents, custody and visitation disputes have decreased, but unfortunately they will not vanish.

Another reason why the conflict solving function of the law has not been developed further is that it is difficult, perhaps impossible, to find other than »less detrimental» solutions in custody disputes. This can also be seen as a reason why discretionary assessments are recommended.

The extent of custody

Most of the sanctioned rights and obligations in regard to custody are connected with the custodian. The dissertation confirms that the scope of legal custody is unclear in a number of areas. This seems especially troublesome when the family members are in conflict with each other.

De lege and de facto custody

A parent's legal rights and duties according to Swedish law is constructed as an »either or». If the parent has a share in the legal custody, he has part in all the rights and obligations of a custodian, regardless of the actual con-

tact with the child. If a parent does not have a share in the legal custody, his rights and obligations towards the child are limited. According to the law they consist of the right of visitation, right of information and a duty to pay maintenance for the child. The custodian has a duty to promote visitation, e.g. by giving the non-custodian relevant information.

The actual custodian is then dependent on the other parent's approval for the exercise of the actual custody. The custodian responsible for the *de facto* custody is the parent living with the child. *De facto* custody may be held by the custodians by turns, if the child lives with his parents by turns. *De facto* custody may also be exercised by a non custodian parent, e.g. during visitation. The interaction between *de lege* and *de facto* custody is of fundamental importance in the increasing numbers of families where the legal custody is held jointly, but the parents do not live together.

In the dissertation it is suggested that the *de facto* custodian's extensive responsibility should be combined with more far reaching rights in order to reduce the scope of conflicts between the parents. In the report of the Governmental Inquiry on Disputes concerning Child Custody (SOU 1995:79) such a solution is partially recommended. But the proposal is inconsistent with the newly amended Maintenance Support Act (1996:1030). Pursuing the Maintenance Support Act an actual custodian is in certain situations dependent on the other custodian's assistance in order to change the child's nationally registered address and receive maintenance support.

It is evident from statistics on part-time work and parental leave that women to a greater extent than men prioritise actual custody of children during and after a break in the relationship with the father. Mothers are more frequently *de facto* custodians than fathers. A proposal that the *de facto* custodian is given more rights than the passive custodian can thus be construed as favouring women over men. The aim of the proposal, however, is to ensure that the law better reflects the actual situation.

Custody and guardianship

In the dissertation it is argued that the division of parental responsibility into part custodian, part guardian, is antiquated and contributes to the confusion surrounding the scope of custody. Thus, it is recommended that the distinction should be removed and that the responsibility of the guardian should be included in that of the custodian.

Among the reasons for such a change could be noted that pursuant to

current law, custody is emphasised before guardianship. Another argument is that the state control of the guardians has been reduced. In cases where the child's wealth is less than eight times the social insurance base amount, which is true in most cases, the rules for parental administration are modest. It is difficult to find a substantial reason for why these provisions could not be included in the regulation of custody. A third argument is that the division is difficult to apply in practice, which is an indication that it is not functioning very well. Finally the division between custody and guardianship originates from before 1950, when they were not held by the parents in common. The father of a child born in wedlock was the sole guardian, while both parents were custodians. Joint guardianship is thus a reason to abolish the division between custody and guardianship.

The rights of the child

The custodian's legal rights in relation to the child is only marginally restricted by the child's own right to self- and co-determination. The rights of a child according to Chapter 6 of the Code on Parenthood are the right to care, security and a good upbringing and the right to be treated with respect for its person and its individual character (i.e. the best interests of the child in an active sense). The child also has the right not to be subjected to physical punishment and other degrading treatments (i.e. the best interests of the child in a passive sense). The child's human rights and freedoms pursuant to the Swedish Instrument of Government and the European Convention on Human Rights are poorly harmonised with the custodian's rights pursuant to the Code on Parenthood. Most of the rights a child is granted under the Swedish Constitution are subordinate to the custodian's rights. This is explained by the fact that a child's human rights and freedoms may conflict with the custodian's supervision responsibility according to the Code on Parenthood.

Despite this it is argued that the Code on Parenthood and lawprovisions regarding the child's human rights should be brought into better agreement. The position of the older child should particularly be reconsidered. The child's human rights and freedoms ought to be restricted only when the best interests of the child in a passive sense is threatened. For example the child's limited right to freedom of religion could be discussed. Children are included in this right. Still, they are dependent on their custodians' consent for leaving the Swedish Church. A logical change would be to grant an older child the right to leave the church without the consent of

its custodians. Such a proposal can be seen as a restriction of the custodians' right to respect for their religious and philosophical convictions in connection with the child's upbringing and education according to Article 2 of the March 20, 1952 protocol to the European Convention. The restriction occurs, however, in relation to the rights of the child and not in relation to the state.

Custody during compulsory care pursuant to 2 § Special Provisions of The Young Act

The custodian may not exercise custody in such a way that it puts the child's physical or mental health or development in danger. If this occurs the custodian's authority may be greatly restricted by the child's placement under compulsory care in accordance with 2 § Special Provisions of the Young Act.

The custodian remains holder of legal custody during compulsory care, but the significance of this is so limited that it hardly constitutes custody in the sense of the Code on Parenthood. Instead the social welfare board's exercise of the de facto custody is crucial for the rights and obligations vis-à-vis the child. The custodian's rights according to the law are restricted to the right to visitation, the right to reunion with the child, and the right to oppose the child's adoption or change of name. Other rights are the right to exercise influence over the child's religious and philosophical upbringing. The custodians sanctioned responsibilities are limited to the obligation to pay alimony for the child.

Despite the restrictions in the competence of the legal custodian, the extent of the social welfare board's responsibility is only broadly defined. In the dissertation it is argued that it would be more consistent with the interests of the child if the social welfare board was given rights corresponding to those included in a temporary custody order. The responsibility for the child during placement under compulsory care would then be put into relation to the Code on Parenthood's provisions. Additionally, such a solution would better agree with the interpretation of the scope of custody under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of October 25, 1980.

Transfer of custody

The law intents to keep custody conflicts from court. Instead custody conflicts should be solved by mediation, possibly with the help of the social welfare board. There are two primary reasons for this position. The first is that out-of-court agreements are believed to give better results than disputes solved before a court. In other words, it is perceived to be more consistent with the best interests of the child if the parents themselves reach an agreement. The other argument is that mediation is less expensive than litigation.

If a court decision nevertheless is required, the court has far reaching public responsibilities to safeguard the best interests of the child. The court can make use of its powers to encourage mediation and agreements on joint legal custody. As an example may be mentioned that the border between the court's responsibility to ensure that the investigation presents a proper basis for its decision, and mediation is fluid, especially where mediation occurs in the form of co-operation talks.

An additional element of the court's public responsibility is its right to make a determination on its own motion, *sua sponta*. This right fills a function primarily when the parties agree on either joint or sole custody, but the court finds that the parents' agreement is not consistent with the best interests of the child. This right is more far reaching in connection with divorce than it is when unmarried parents separate. This is clearly unsatisfactory since a major principle in Swedish family law is that neutrality should exist between children born in and out of wedlock.

Public responsibility pursuant to the Code on Parenthood and the Special Provisions of the Young Act does not constitute a duty to safeguard the best interests of the child in an active sense. The responsibility of the legal system is limited to the minimum demands of the best interests of the child in a passive sense. Everything above that is laid upon the parents. This is a reason to be careful with the limitations in party autonomy. It is suggested that in order to stress the court's conflict solving chore in custody disputes and promote the best interests of the child in an active sense, the social welfare board's responsibilities should be further emphasised.

Substantive prerequisites for transfer of custody

The provisions on transfer of custody are applied in two separate situations. They are directly applied by a court when deciding a custody dispute

and indirectly in connection with out-of-court mediation. It is stressed that a custody dispute should be solved in agreement with a total assessment of the best interests of the child *in casu*. It is seen as most consistent with the best interests of the child if the parents can agree on joint legal custody, even where substantial conflicts occur between the parents regarding the exercise of *de facto* custody.

The suitability of the custodian constitutes one factor in such an assessment. But the significance of the prerequisite has decreased due to the introduction of joint legal custody for unmarried and divorced parents, as well as the emphasis on the child's need for contact with both parents. In case law a custodian's suitability is rarely put into relation to the best interests of the child in an active sense. Consequently, parents whose suitability can be questioned on objective grounds have been judged to be the ones who best promote a child's interests.

The parents' agreements in custody issues are fundamental, as long as they agree. No legal trial of custody is then requested. When a divorce is granted only a minimal control of the best interests of the child, in a passive sense, is made by notification to the social welfare board. Unmarried parents can register as joint legal custodians without any control being made of the best interests of the child. If they break up no control of the custody arrangements are made by the authorities. But if the parents do not agree on joint legal custody, lack of affinity is given only limited significance. Instead they should be persuaded to accept joint legal custody.

The significance of the child's need for stability versus contact with persons close to the child are compounded in custody cases. According to legislation contact with a biological parent with whom the child does not live shall be promoted. However in the judgements of the Supreme Court the child's need for stability has been given more significance.

The wishes of the child are emphasised in law. The emphasise is made despite the fact that there are fundamental difficulties concerning the interpretation of the wishes of the child. An example is the assessment of the child's wishes when the child has been persuaded to choose one parent over the other. The importance of the wishes of the child in custody disputes do not agree with the child's limited right to self-determination during a custody relation.

The significance of certain substantive prerequisites for the interpretation of the best interests of the child vary depending on whether the issue arises in connection with transfer of custody in accordance with the Code on Parenthood or placement under compulsory care in accordance with the

Special Provisions of the Young Act. This applies to the assessment of the suitability of the custodian, the custodians' agreements and the wishes of the child. The differences are explained largely by the fact that the best interests of the child in a passive sense regularly is threatened when compulsory care is considered. Other assessments are made in relation to transfer of custody in accordance with the Code on Parenthood, when the best interests of the child in a passive sense normally is not threatened.

In the dissertation it is proposed that the significance of the parents' failure to reach an agreement should be given more relevance and that the significance of the child's wishes, as a tool to solve the parents' conflicts, ought to be limited. Such changes would increase the conformity between the provisions on the transfer of custody and the extent of custody. It would also add to the unanimity between the Code on Parenthood and the prerequisites for compulsory care following the Special Provisions of the Young Act.

Källförteckning

1. Offentligt tryck

1.1 Riksdagstryck

Propositioner

1920:15	Förslag till ny giftermålsbalk m.m.
1924:53	Förslag till lag om lag om förmyndarskap m.m.
1924:150	Förslag till lag om samhällets barnavård
1949:93	Förslag till föräldrabalk
1951:165	Angående Sveriges anslutning till Europarådets konvention angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
1962:10	Förslag till Brottsbalk. Del A–C
1966:33	Förklaring enligt artikel 46 Europarådets konvention angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
1967:138	Förslag till lag om ändring i föräldrabalken m.m.
1969:25	Förslag till lag om ändring i föräldrabalken m.m.
1971:30	Förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar m.m.
1972:5	Förslag till skadeståndslag
1973:32	Förslag till lag om ändring i giftermålsbalken m.m.
1973:158	Förslag till förändring i lagen (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap
1974:44	Förslag till lag om ändring i föräldrabalken m.m.
1974:70	Förslag till abortlagen, m.m.
1974:141	Förslag till lag om ändring i föräldrabalken m.m.
1975/76:170	Faderskap och vårdnad
1978/79:12	Om underhåll till barn och frånskilda
1978/79:179	Om ändring i tryckfrihetsförordningen m.m.
1979/80:1	Om sociallagstiftning. Del A–C

1979/80:2 Förslag till sekretesslag m.m.
1981/82:168 Om vårdnad och umgänge m.m.
1982/83:165 Om verkställighet m.m.
1986/87:1 Äktenskapsbalk m.m.
1987/88:124 Om god man och förmynderskap
1988/89:8 Om olovligt bortförande av barn m.m.
1988/89:67 Om sekretessfrågor inom undervisningsväsendet m.m.
1989/90:28 Vård i vissa fall av barn och unga
1989/90:107 Godkännande av FN-konventionen om barnets rättigheter
1990/91:8 Vårdnad och umgänge
1992/93:139 Om olovligt bortförande och andra övergrepp mot barn
1992/93:141 Förslag till lag om ändring i brottsbalken
1992/93:220 Ny läroplan för grundskolan m.m.
1992/93:250 Ny läroplan för gymnasieskola m.m.
1993/94:57 Om vårdnadshavares skadeståndsansvar
1993/94:117 Inkorporeringen av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor
1993/94:251 Förmynderskapslagstiftningen, del I–II
1994/95:207 Ny föräldraledighetslag
1994/95:142 Fosterdiagnostik och abort
1994/95:224 Barns rätt att komma till tals
1994/95:226 Kyrkotillhörighet i svenska kyrkan
1995/96:22 Tvåpartsprocess m.m. i de allmänna förvaltningsdomstolarna
1995/96:80 Ändrade relationer mellan staten och svenska kyrkan
1995/96:117 Tystnadsplikt inom enskild familjerådgivning
1995/96:200 Fristående skolor m.m.
1995/96:208 Underhållsstöd till barn till särlevande föräldrar m.m.
1996/97:9 Ny rättshjälpslag
1996/97:25 Svensk migrationspolitik i globalt perspektiv, del I–II
1996/97:113 God man för ensamma flyktingbarn
1996/97:124 Ändring i socialtjänstlagen
1996/97:131 Prövningstillstånd i hovrätten

Statens offentliga utredningar

1966:38 Om verkställighet
1972:41 Familj och äktenskap 1
1975:75 Medborgerliga fri- och rättigheter. Regeringsformen

1979:63 Barnets rätt 2. Om föräldraansvar m.m.
1986:20 Barns behov och föräldrars rätt
1986:50 God man och förmyndare
1987:7 Barnets rätt 3. Om barn i vårdnadstvister – talerätt för barn m.m.
1988:40 Föräldrar som förmyndare
1991:63 Tillsyn över hälso- och sjukvården
1991:106 Domstolarna inför 2000-talet
1993:32 Ny anställningslag
1993:40 Fri och rättighetsfrågor. Del A–B
1994:139 Ny socialtjänstlag
1995:26 Underhållsbidrag och bidragsförskott. Del A–B
1995:55 Ett samlat verksamhetsansvar för asylärenden
1995:79 Vårdnad, boende, umgänge
1995:124 Ett reformerat hovrättsförfarande
1996:111 Bevakad övergång
1996:115 Barnkonventionen och utlänningslagen
1997:29 Barnpornografifrågan

Departementsserien

DsJU 1975:17 Faderskap och vårdnad
Ds S 1981:18 Ensamförälder 1980
Ds C 1984:12 Ram eller lag
Ds 1989:52 Vårdnad och umgänge
Ds 1993:80 Ökat skydd för barn. Ytterligare åtgärder mot sexuella övergrepp mot barn
Ds 1994:85 Barns rätt att komma till tals
Ds 1995:2 Pappagruppens slutrapport
Ds 1995:5 Där man inte har något inflytande finns inget personligt ansvar
Ds 1996:40 Översyn av förvaltningsprocessen
Ds 1996:58 God man för ensamma flyktingbarn

Utskottsbetänkanden

SoU 1979/80:44 Med anledning av dels prop. 1979/80:1 om socialtjänsten, utom såvitt avser vissa följdförfattningar, jämte motioner, dels budgetprop. 1979/80:100 i viss del, dels prop. 1979/80:172 om ändrat huvudmannaskap för ung-

domsvårdsskolor och nykterhetsvårdsanstalter m.m. jämte motioner
Bet. 1988/89: Sekretess angående barn i förhållande till frånskild förälder, som endast har umgängesrätt
KU14
Bet. 1990/91: Vårdnad och umgänge
LU30
Bet. 1993/94: Ny läroplan för grundskolan m.m.
UbU1
Bet. 1993/94: Registrerat partnerskap m.m.
LU28
Bet. 1995/96: Patientskadelagen m.m.
LU2

1.2 Övrigt offentligt tryck

Barnombudsmannens publikationer
Hallå där! Rapport ur barnets perspektiv, 1994

Riksförsäkringsverkets publikationer
Pappaledighet från norr till söder. RFV redovisar 1996:5
Tillfällig föräldrapenning. RFV informerar. Statistikinformation Is-I 1996:14

Socialdepartementets publikationer
Konventionen om barnets rättigheter. Första rapporten av Sverige
Välfärdsprojektet *Ensamföräldrarna – en utsatt grupp?* Skriftserien Fakta/kunskap nr 2. Regeringskansliets tryckeri, 1996. (Cit. Välfärdsprojektet nr 2)
Välfärdsprojektet, Palme, J. & Wennemo, I. (red.), *Generell välfärd. Hot och möjligheter?* Skriftserien
Fakta/kunskap nr 3. Socialdepartementet, 1996

Socialstyrelsens publikationer
Att skiljas när man har barn,1993.
Barnet i rättsprocessen, SoS-rapport 1995:21.
Faderskap och underhåll 1995, Socialtjänst 1996:2.
Gemensam vårdnad, 1991.

Handläggning och dokumentation inom socialtjänsten, Allmänna råd, 1994:3.
Olovlig bortförd, Socialstyrelsen 1994.
Ovisshetens barn, SoS-rapport 1995:8.
Vårdnad och Umgänge, Allmänna råd från socialstyrelsen 1985:2.
Råd och anvisningar, 1974:34

Statistiska centralbyråns publikationer

Familj i förändring, SCB Rapport 71
Barn och deras familjer 1992–93, SCB Rapport 89
Skilsmässor och separationer, SCB 1995:1
Vårdnad och underhåll 1989
Vårdnad och underhåll 1992

Nytt Juridiskt Arkiv avdelning II

NJA II 1917
NJA II 1920
NJA II 1921
NJA II 1924
NJA II 1937
NJA II 1950
NJA II 1967
NJA II 1969
NJA II 1973

1.3 Utländskt offentligt tryck

Dokument från internationella organ

Council of Europe Committe of Ministers, Recommendation No R (84) 4
Europeiska sociala stadgan 18 oktober 1961
Nordiska rådet 43:e sessionen 1993, A1026/j
UN nr HRI/COR/I/ADD.4, 1 June 1992

Utländskt offentligt tryck

Danmark: Lov om foraeldremyndighet og samvaer af 14 juni 1995 nr 387
England: The Children Act 1989
Norge: Lov om barn og foreldre av 8. april 1981 nr 7

Litteraturförteckning

Aarnio A., *Äktenskapet som avtal* (i Sandgren C., red., *Utvecklingslinjer inom avtalsrätten*), Norstedts Juridik 1993.

Adelcreutz A., *Avtalsrätt I–II*, Juristförlaget 1995, 1991.

Agell A., *Den svensk familjerätten – en presentation*, TfR 5/1975 s. 536–566.

– *Familjerätt, skadeståndsrätt och annan förmögenhetsrätt, valda skrifter*, Iustus Förlag AB, 1993.

– (red.), *Familjestöd, familjebegrepp och underhållsskyldighet mot barn i de nordiska länderna*, Iustus förlag, 1996.

– *Familjerättsliga avtals rättsgiltighet*, TfR 1987 s. 68–101. (Omtryckt i *de lege, Anders Agell, Familjerätt, skadeståndsrätt och annan förmögenhetsrätt. Valda skrifter)* Iustius förlag, 1993.

– *Föräldraansvar och barnrätt, Reflexioner kring en doktorsavhandling. Anm. Av Lucy Smith, Foreldremyndighed og barnerett, Oslo, Universitetsforl., 1980*, TfR 1983, s. 429–438.

– *Individ, familj, stat*, SvJT, 1984, s. 715–739.

– *Styvbarnsförhållandet. En treföräldersrelation*, JFFT, 1991 s. 95–124.

– *Äktenskaps och samboenderätt*, Iustus förlag, Uppsala, 1987.

– *Äktenskap, samboende och partnerskap*, Iustus förlag, Uppsala 1995.

Agell A., Saldeen Å., *Faderskap, vårdnad, adoption*, Iustus förlag,Uppsala 1991.

Agell A. & Malmström Å., *Civilrätt*, 14e uppl., Iustus Förlag, 1994.

Algotsson K-G., *Lagrådet, rättstaten och demokratin under 1900-talet*, Norstedts Juridik, 1993.

Ankarcrona A., *Många omhändertagna barn i motbjudande geschäft*, SvD 960621, s. 4.

Ankarcrona A., *Socialtjänsten skönmålar*, SvD 960722, s. 4

Appelberg G., *Barnet och rätten, del II*, Holms Gårds Tryckeri, Lund, 1985.

Appelberg G., *Om samtycke enligt LVU*, FT, 1986 s. 186–193 .

Ariès P., *Centuries of Childhood A Social History of Childhood*, Vintage Books, 1962.

Aron R., *Sociologiskt tänkande I*, Argos 1973.

Axberger H-G., *Tänka fritt är större*, Juristförlaget, 1995.

Backer I.L., *Barneloven*, Universitetsforlaget, Oslo, Bergen, Tromsö, 1982.

Bainham A., *Children, Parents and the State*, Sweet & Maxwell, London 1988.
- *The Balance of Power in Family Decisions*, The Cambridge Law Journal, 1986, s. 262–284.
- *The Children Act 1989*, 1990 Family Law s. 362–366.

Beckman N., *Svensk familjerättspraxis*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, 1954.
- *Svensk familjerättspraxis*, 3: uppl., P.A. Norstedt & Söners Förlag, 1965.

Beckman N., Holmberg C., Löfmarck M., Strahl I., Wennberg S., *Brottsbalken I-III*, Norstedts, 1990.

Beckman N. & Höglund O., *Svensk familjerättspraxis*, 6:e uppl., Norstedts, 1994.

Bejstam L., *Bidragsförskott*, Juristförlaget, 1994.

Bejstam L. & Wickström A., *Underhållstöd och underhållsbidrag*, Juristförlaget 1996.

Bentzon V., *Familieretlige Aftalers Retsgyldighet*, TfR, 1920 s. 246–297.

Björnberg U. red., *One-parent families lifestyles and values*, SISWO, Netherlands Universities Institute for Coordination of Research in Social Studies, 1992.

Bogdan M., *Komparativ rättskunskap*, Norstedts Juridik, 1993.
- *Svensk internationell privat- och processrätt*, 3e uppl., Liber, 1987.
- *Svensk internationell privat- och processrätt*, 4e uppl., Norstedts Juridik 1992.
- *Trans-Border Abductions of Children, The Swedish Legal View*, Scandinavian Studies of Law 1992, s. 61–75. (Cit. Bogdan 1992 a.)

Bohlin A., *Offentlighetsprincipen*, Juristförlaget, 5e uppl., 1996.

Bolding P. O., *Bevisbördan och den juridiska tekniken*, Appelbergs boktryckeri AB, 1951.

Bradley D., *Radical Principles and the Legal Institution of Marriage: Domestic Relations and Social Democracy in Sweden*, International Journal of Law and the Family 4, 1990, s. 154–185,

Bramstång G., *Förutsättningar för barnavårdsnämnds ingripande mot asocial ungdom*, CWK Gleerup Förlag, Lund, 1964.
- *Legalitet eller konstgrepp? Några anteckningar vid studium av en regeringsrättsdom*, FT 1985 s. 1–13.
- *Socialagstiftningen En kommentar*, Norstedts, 1985.
- *Vård i överenstämmelse med den enskildes önskemål eller »likvärdig» sådan*

enligt socialnämnds »ramavtal» med annan vårdgivare? Några principiella spörsmål vid tillämpningen av 6 § Socialtjänstlagen, FT 1994, 255–262.

Bromley P.M. & Lowe N.V., *Bromley's Family Law* (8th ed.), Butterworths, 1992.

Bruch, C.S., *International Child Abduction Cases: Experiences under the 1980 Hague Convention,* (i Eekelaar J. & Sarcevic P. (eds), *Parenthood in Modern Society*) Martinius Nijhoff Publishers, 1993.

Börjeson B., Månsson S-A., *Attack mot socialen,* DN 941025, B2.

Christensen A., *Hemrätt i hyreshuset,* Juristförlaget, 1994.

– *Konflikt eller harmoni,* (Politisk filosofi. Rättigheter, Sällskapet för politisk filosofi, red.), Symposion Bokförlag, Stehag, 1988.

Claezon I., *Bättre beslut. En studie av socialsekreterarnas handläggning av omhändertagande av barn.,* Studier i socialt arbete vid Umeå universitet Nr 5, 1987.

Clevesköld L., Lundgren L., Thunved A., *Handläggning inom socialtjänsten,* Publica 1994.

Cohen J., *The probable and the provable,* Oxford, 1977.

Cornu G., *Drot civil – La famille,* 4e ed. Montchrestien, 1994.

Dahl S.T., *Barnevern og Samfunnsvern,* Pax Forlag A/S, 1978.

Danelius H., *Europadomstolens domar 1961–1990 – en rättsfallsöversikt,* SvJT 1991, s. 257–340.

– *Europadomstolens domar 1991–1993 – en rättfallsöversikt,* SvJT 1994, s. 337–337

– *Mänskliga rättigheter,* 4:e uppl. Norstedts, 1989.

– *Nyheter från Europadomstolen – fjärde kvartalet 1996,* SvJT 1997 s 42–64.

Danielsen S., *Skilsmissesagen.* Juridik og Ekonomiförlag, 1989.

David R. & Brierley J.E.C. *Major Legal Systems in the World Today,* Stevens & Sons, London 1985.

Diesen C., *Börje Leidhammar, Bevisprövning i taxeringsmål,* JT 1995–96 s. 880–885.

– *Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål,* Juristförlaget, 1993.

– *Utom rimlig tvivel – om beviskrav och bevisvärdering i brottmål,* JT 1996–97 s. 525–535.

van Dijk, P. & van Hoof G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Right,* Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.

Dopffel P., *Kindschaftsrecht im Wandel,* J.C.B Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1994.

Dübeck I., *Indispositivitet eller partsautonomi i familiretten*, TfR,1996, s. 292–331.

Durkheim E., *De la division du travail social*, Quadrige/Presses Univ. De France, 1991.

Eckhoff T., *Empiriske metoder i rettsvidenskapen*, Juridiska Fakulteten i Stockholm, skriftserie, nr. 6, 1985.

– *Rettskildeläre*, 3e uppl., Tano, 1993.

Eckhoff T. & Sundby N.K., *Rettssystemer*, Tanum-Norli, 1976.

Edelstam G., *Förvaltningsmyndighets utredningsskyldighet*, Norstedts Juridik, Stockhom 1994.

Eekelaar J., *Parental Responsibility: State of Nature or Nature of the State?* Social Welfare & Family Law, 1991, s. 37–50.

Eekelaar J. & Sarcevic P. (eds), *Parenthood in Modern Society*, Martinius Nijhoff Publishers, 1993.

Ekelöf P.O., Boman R., *Rättegång I–V*, Norstedts,1990. (cit. Ekelöf I–V).

Eriksson A., *Den nya familjerätten*, Norstedts Juridik, 1993.

Eriksson M.K., *Barnets folkrättsliga skydd*, SvJT, 1988, s. 437–480.

Ewerlöf G. & Sverne T., *Barnets bästa*, 3e uppl. Publica, 1993.

von Eyben W.E., *Bevis*, G.E.C Gads Forlag, 1986.

Fawcett M., *Taking the Middle Path: Recent Swedish Legislation Grants Minimal Property Rights to Unmarried Cohabitants*, Family Law Quartely, Volume XXIV, nr 2, 1990, s 179–185.

Fitger P., *Lagen om domstolsärenden*, Norstedts Juridik, 1996.

Fletcher R., *The Making of Sociology*, Michael Joseph LTD, 1971.

Ganghofer R., red., *Le droit de la famille en Europe*, Presses universitaires de Strasbourg, 1992.

Glendon, M.A., *The Transformation of Family Law*, The University of Chicago Press, 1989.

Goldstein J., Freud A. & Solnit A.J., *Beyond the best interest of the child*, The Free Press, 1973.

Goldstein J., Solnit A.J., Goldstein S. & Freud A., *The Best Interest of the Child: The Least Detrimental Alternative*, The Free Press, 1996.

Gradmark B., *Gränsdragningen mellan tillåten och otillåten religiös påverkan av barn*, FT, 1985 s. 74–78.

Graversen J., red., *Familierett*, Jurist- og Okonomforbundets Forlag, 2a uppl., 1986.

Graversen J., red., *Familieretspolitik*, Carnet, 1988.

Grauers P.H., *Gode män*, Nerenius & Santérus Förlag, 1994.

Hafström G., *Den svenska familjerättens historia*, Juridiska föreningen, Lund, 1974.

Halvarson A., *Sveriges statsskick*, Esselte Studium, Stockholm, 1989.

Hasselberg G., *Kompendium i svensk rättshistoria*, Juristförlaget, Stockholm,1989.

Hane L., (red), *Rättvisan och psykologin*, 1993.

Hankinson R., Tilton J., eds., *Demographic Application of Event History Analysis*, Clarendon Press for the IUSSP, 1992.

Hedenius I., *Om rätt och moral*, Wahlström & Widstrand, 1963.

Henning A., *Tidsbegränsad anställning*, Juridiska föreningen i Lund, 1984.

Hellner J., *Argumentation de lege ferenda*, SvJT 1975 s. 401–421.

– *Lagstiftning inom förmögenhetsrätten*, Juristförlaget, 1990.

– *Skadeståndsrätt*, 5e uppl. Juristförlaget, 1995.

– *Rättsteori*, 1e uppl. Juristförlaget, 1988.

– *Rättsteori*, 2e uppl. Juristförlaget, 1994.

Hellners T., Malmqvist B., *Nya förvaltningslagen*, 3e uppl., Allmänna förlaget, 1991

Heuman L., *Specialprocess*, Juristförlaget, 1991.

– *Förbudet att åberopa förlikningserbjudanden inför rätta*, SvJT, 1991, s. 87–127.

Hobson B.& Takahashi M., *Genusperspektiv på det sociala medborgarskapet. En studie av ensamstående mödrar*, (i Palme J. & Wennemo I., *Generell välfärd*, Hot och möjligheter?) Välfärdsprojektet, nr 3, Socialdepartementet, 1996.

Hobson B.& Takahashi M., *The Parent Worker Model: Lone Mothers in Sweden*, (i *Lone Mothers in European Welfare Regims: Shifting Policies*, ed Lewis I.), 1997.

Hoem B. & Hoem J.M., *The Disruption of Marital and Non-Marital Unions in Contemporary Sweden*, (i Trussell J., Hankinsom R., Tiltion J., (eds.) *Demographic Application of Event History Analysis)*, Clarendon Press for the IUSSP, 1992.

Hofsten von C., *Svensk vårdnadsdom upprör USA*, SvD 960708.

Hollander A, *Civil socialrätt och social civilrätt* (i Sandgren C., red., *Utvecklingslinjer inom avtalsrätten)*, Norstedts Juridik, 1993.

– *Kraven på föräldrarna ökar*, TfR 1982 s. 85–96.

– *Omhändertagande av barn*, aktuell juridik förlag, 1985.

– *Rättighetslag*, Iustus Förlag, 1995.

Holmberg C., Hult B., Leijonhufvud M.,Wennberg S., *Kommentar till Brottsbalken I*, Norstedts, 6e uppl., 1994 (cit. BrB I).

Holmberg E., Stjernquist N., *Vår författning*, 7:e uppl., Norstedts, 1988.

Hydén H., *Ram eller lag?* Ds C 1984:12.

– *Rättens samhälleliga funktioner*, Studentlitteratur, 1978.

– *Vad är rättsvetenskapligt?*, SvJT 1981 s. 231–239.

Inger G., *Svensk rättshistoria*, Liber, Stockholm 1988.

Jacobs F.G. & White R.C.A., *The European Convention on Human Rights*, 2ed., Clarendon Press, 1996.

Jacobsson U., *Ett barns rättigheter*, Askild & Kärnekull Förlag AB, 1978.

Jareborg N., *Brottsbalken kap. 23–24 med mera*, Justus förlag, 1993.

– *Brotten Första häftet*, 2a uppl. P.A.Norstedt & Söners förlag, 1984

– *Värderingar*, Norstedts, 1975.

Jällhage L., *Barnhem gav barn bättre liv*, DN 950730.

Jänterä-Jareborg M., *Svensk domstol och utländsk rätt*, Iustus förlag, 1997.

Johansson Å., *Verkställighet av vårdnads- och umgängesdomar*, stencil, Stockholms universitet, 1997.

Kleineman J., *Ren förmögenhetsskada*, Juristförlaget, 1987.

Krantz G., *Barnet, lagen och domstolen*, SvJT 1984 s. 1–21.

Kronborg A., *Faderskab*, Gad Jura, 1996.

– *Nye regler om foraeldremyndighet og samvaer*, Köbenhavns Universitet, Retsvidenskabeligt Institut C, 1995.

Kronborg A. & Vorstrup Rasmussen J., *Nye regler om foraeldremyndighet og samvaer samt mindreårighed, vaergemål og formuebestyrelse*, Köbenhavns Universitet, Retsvidenskabeligt Institut C, 1996.

Krusberg P., *Barnets bästa vid adoption*, stencil, Stockholms universitet, 1996.

Kurki-Suonio K, *The Best Interest of the Child from Finnish Perspective-Implications of an Imported Rule for Custody Issues*, Draft version, 1994.[1]

Kurki-Suonio K., *Gemensam vårdnad – vad döljer man med barnets bästa?* (Nordborg G. Red., *13 kvinnoperspektiv på rätten)*, Iustus Förlag *1995.*

Kvisberg T.E., *Internasjonal Barnebortföring*, Ad Notam Gyldendal, Oslo, 1994.

Källström K., *Familj och anställning*, (i *Festskrift till Anders Agell)*, Iustus Förlag, 1994.

1 Presenterad vid familjerättslig konferans i Cardiff, 1994.

Lagercrantz O., *August Strindberg*, Bonniers, 1979.
Lassbo G., *»I'll Get By With a Little Help of My Friends»*, (i Björnberg U. red., *One-parent families lifestyles and values*, SISWO, Netherlands Universities Institute for Coordination of Research in Social Studies, 1992).
Lavin R., *Barnbidrag*, Juridiska föreningen i Lund, 1987.
– *Ett urval förvaltningsrättsliga problem*, FT 1995 s. 137–154.
– *Civil- och offentlig rätt*, JT 1989/90 s. 70–88.
– *Förvaltningsdomars verkställbarhet*, JT 1992/93 s. 563–566.
– *Inhibition i förvaltningsprocessen*, FT 1993 s.1–42.
– *Viteslagstiftningen*, Norstedts, 1989.
Le Roy Ladurie E., *Montaillou*, Atlantis, 1994.
Leidhammar B., *Bevisprövning i taxeringsmål*, Juristförlaget, 1995.
Leijonhufvud M. & Wennberg S., *Straffansvar*, Juristförlaget, 1993. [Se vidare Löfmarck.]
Lindahl G., *En liten bok om konsten att skriva fotnötter*, 1984.
Lindblom, P.H., *Lagtolkning eller rättstillämpning, (i Festskrift till Lars Welamsson)* Stockholm 1988.
Lindell B., *Sakfrågor och rättsfrågor*, Iustus förlag, 1987.
Lindqvist I., *Abortlagen med kommentar*, Natur och kultur, 1975.
Lowe N. & Douglas G., *Families Across Frontiers*, The International Society of Family Law, Kluwer Law International, 1996.
Lundström T., *Tvångsomhändertagande av barn*, Rapport i socialt arbete nr 61–1993, Stockholms universitet, Socialhögskolan, 1993.
Lundvall L. & Svensson P., *Lagen om svenskt medborgarskap*, Norstedts Juridik, 1996.
Löfmarck M., *Förarbeten* (i Bernitz U. m.fl., *Finna rätt)*, Juristförlaget, 1985. [Se vidare Leijonhufvud.]
Mathiesen T., *Retten i samfunnet*, Pax Forlag A/S, 1992.
– *Rätten i samhället*, Bokförlaget Korpen, 1985.
Maidment S., *The Fragmentation of Parental Rights*, The Cambridge Law Journal, 1981, s. 135–158.
Malmström Å., *Förmynderskapsrätt*, Iustus förlag, Uppsala, 1983.
– *Föräldrarätt*, P.A. Norstedts & söners förlag, 1956.
Molven O., *Familierett*, 3:e utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 1992.
Moxnes K., *One-parent Family Strategies*, (i Björnberg U. red., *One-parent families lifestyles and values)*, SISWO, Netherlands Universities Institute for Coordination of Research in Social Studies, 1992.

Nial H., *Omyndigskydd och godtrosskydd*, (i Festskrift till Stjernberg), Norstedts & Söner, Stockholm 1940.

Nielsen L., *Familieforumretten, skilsmisse og skifte*, G.E.C Gads Forlag, 1993.

Nordborg G., *Äktenskapet som könskontrakt*, (i Sandgren C., red., *Utvecklingslinjer inom avtalsrätten)*, Norstedts Juridik, 1993.

Norström C. & Sverne T., *Sekretess i skolan*, Förlagshuset Gothia, 1994.

– *Sekretess i socialtjänsten*, Förlagshuset Gothia 1997

– *Sekretess i hälso- och sjukvård*, Förlagshuset Gothia, 1992.

Ohlander A-S. & Strömberg U-B., *Tusen svenska kvinnoår*, Rabén Prisma, 1996.

Ohrlander K., *I barnets och nationens intresse*, Högskolan för Lärarutbildning i Stockholm, Almquist & Wiksell International, 1992.

Olivestam C.E., Thorsen H., Westmark A., *Livstro*, Almqvist & Wiksell, 1992.

Olson E., *Utdrag ur Magnus Erikssons landslag*, Gleerup, Lund, 1937.

Olsson C., *Bidragsmyter avlivas*, DN 950123 A14.

Oxenstierna G., *Socialtjänstens förutsättningar för barnavårdsarbete*, Institutionen för socialt arbete, Socialhögskolan, Stockholms universitet, 1997.

Palme J., Wennemo I., ed., *Generell välfärd*, Norstedts Tryckeri AB, 1996.

Peczenik A., *Juridikens metodproblem*, Almqvist & Wiksell, 1974.

– *Vad är rätt?*, Norstedts Juridik, 1995.

– *Svenska lagmotiv i Europeisk Union*, JT 1994/95 s. 306–312.

Petrén G., *Om förvaltningsdomstols utredningsplikt*, FT 1977 s. 154–166.

Petrén G. & Ragnemalm H., *Sveriges grundlagar och tillhörande författningar*, Liber Förlag, 1980.

Pokorny M., *Socialsekreterare kan inte ersätta jurister*, Advokaten 1/96 s. 18–21.

Popenoe D., *Disturbing the Nest*, Aldine de Gruyter, New York 1988.

Pålsson L., *Vårdnad och umgängesrätt i svensk internationell privaträtt (Studier i internationell rätt tillägnad Lars Hjerner)*, Norstedts Förlag 1990.

– *Rättspraxis – internationell privat- och processrätt*, SvJT, 1996 s. 593–634.

Ragnemalm H., *Förvaltningsbesluts överklagbarhet*, Norstedts, 1970.

– *Förvaltningsprocessens grunder*, Juristförlaget, 1992.

Ramberg J., *Avtalsautonomi och den dispositiva rätten,* (i *Festskrift till Anders Agell*), Iustus Förlag, 1994.
Rehof L.A., Trier T., *Menneskeret*, Jurist- og Ökonomforbundets Forlag, 1990.
Renström C., *Ska en vårdnadshavare få flytta?*, Advokaten 7/94 s. 308–309.
Renström C., *Umgängesrätt med barn vid homosexuell separation – en rimlig rättighet*, Advokaten 4/94 s. 150–151.
Rheinstein M., *Marriage Stability, Divorce and the Law*, The University of Chicago Press 1972.
Riberdahl C., *Lagen, etiken och den kommunala professionen*, FT 1995 s. 217–239 ff.
Ross A., *Om Ret og Retfaerdighed*, Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, 1953
– *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Stevens & Sons Limited, 1975
Rynning E., *Samtycke till medicinsk vård och behandling*, Iustus förlag, 1994.
Saldeen Å., *Barn och föräldrar, Familjerätt II*, Iustus Förlag, 1993.
– *Betydelsen av umgängessabotage vid val av vårdare*, JT 1989–90 s. 340–345.
– *Något om faderns ställning i svensk rätt,* (i Festskrift till Anders Agell), Iustus Förlag, 1994.
– *Risk för bortförande av barn vid beslut om umgängesrätt,* Juridisk tidskrift 1995–96 s. 1133–1141.
Sandberg K., *Barnets beste*, Ad Notam forlag AS, 1990.
– *Best interests and Justice*, (Smart C., Sevenhuijsen S. ed., *Child custody and the politics of gender)*, Routledge, London and New York, 1989.
Sandesjö H. & Björk K., *Medborgarskapslagen*, Publica, 1996.
Sandgren C., *Om empiri och rättsvetenskap (del I)*, JT 1995–96 s. 726–748.
– *Om empiri och rättsvetenskap (del II)*, JT 1995–96 s. 1035–60.
– *Utvecklingslinjer inom avtalsrätten*, Norstedts Juridik, 1993.
Schmidt F., *Tjänsteavtalet*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, 1968.
– *Äktenskapsrätten inför framtiden*, TfR 1969. s. 431.
– *Äktenskapsrätten*, 5:e uppl. P.A. Norstedt & Söners Förlag, 1980.
Schiratzki J., *Kvinnan och familjen i muslimsk rätt – möten med nordisk rättskultur*, Retfaerd nr 66/67, 1994 s. 34–42.
– *Muslimsk familjerätt*, Norstedts Juridik, 1993.
– *Muslimsk familjerett – viktig også i Norden*, (i Familierett i Norden, Rapport fra et Nopus-seminarie i Oslo 1–3 desember 1993) Oslo, 1993.

– *Några reflektioner runt de legala konsekvenserna av privat insemination*, JT 1995–96 s. 257–260.

Schuz R., *The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law*, International Comparative Law Quarterly, 1995, vol. 44, s. 771–802.

Silfverberg C., *Rättsutvecklingen inom arvs- och gåvoskatteområdet*, SvSkT 1/96 s. 3–13.

Singer A., *Mannens talerätt vid fastställande av faderskap*, SvJT 1992, s. 549–582.

– *Fastställande av faderskap efter »privat» insemination*, JT 1995/96, s.1060–1075.

Sjökvist K., *En helt korrekt beskrivning av LVU*, SvD 960702, s. 4.

Skollagen i praktiken, Svensk facklitteratur, 1995.

Skollagen och grundskoleförordningen med kommentarer Gymnasie- och särskoleförordningen, Förlagshuset Gothia, 1995.

Smart C. & Sevenhuijsen S., *Child custody and the politics of gender*, Routledge, London and New York, 1989.

Smith L., *Children, Parents and the European Human Rights Convention* (i Eekelaar J. & Sarcevic P. (eds), *Parenthood in Modern Society*) Martinius Nijhoff Publishers, 1993.

Smith L., *Foreldremyndighet og barnerett*, Universitets forlag, 1980.

Smith L. & Lödrup P., *Barn og foreldre Forholdet mellom barn og foreldre etter barneloven av 1981*, 4.e utg., Oslo, 1993.

Stenbeck E. & Lindhagen A., *Den nya förmynderskapslagen*, P.A. Norstedts & Söners Förlag, 1924.

Sterzel F., *Den offentliga makten utövas under lagarna*, (i *Festskrift till Anders Agell*), Iustus förlag, 1994.

Sterzel F., *Ramlagarna – nytt och gammalt*, (i *Festskrift till Jacob W.F. Sundberg*), Juristförlaget, 1993.

Strömberg H., *Europakonventionen och lex posterior-principen*, FT 1993 s. 225–226.

– *Kommunalrätt*, Liber, 1988.

– *Speciell förvaltningsrätt*, Liber ekonomi, 1989.

– *Sveriges författning*, Studentlitteratur, 1983.

Strömholm S., *Historiskt och aktuellt*, Norstedts, 1988.

– *Rättsvetenskap och rättspolitik*, SvJT 1973 s. 657–675.

Svensson O., *Viljeförklaringen och dess innehåll*, Nerenius & Santérus Förlag AB, 1996.

Sverne E. & Sverne T., *Patientens rätt*, Norstedts Juridik, 2:a uppl. 1994.

Sverne T., *Skolan och föräldrarätten*, SkeabFörlag, 1986.

Sund L-G., *Tillsyn över barn*, Iustus Förlag, 1989.

Sund L-G., *Rättigheters funktioner och generella skyddsobjekt, särskilt barn*, TfR 1–2/94 s. 166 ff.

Sundberg J., *Familjerätt i omvandling*, P.A. Norstedts och söners förlag, 1969.

Sundberg J. red, *Lagar, rättigheter och Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Institutet för offentlig och internationell rätt, nr 52, 1993.

Sundberg J., *Resa utan mål*, Institutet för offentlig och internationell rätt, nr 103, 1994.

Sundberg J. & Sundberg F., *Lagen och Europakonventionen*, Juristförlaget, 1992.

Sundberg-Weitman B., *Omhändertagande av barn* (*Skrifter tillägnade Gustaf Petrén*). Institutet för offentlig och internationell rätt, 1984.

– *Rättstaten åter*, Norstedts, 1986.

– *Saklighet och godtycke i rättskipning och förvaltning*, P.A. Norstedts och söners förlag, 1981.

Taksöe-Jensen F. & Vorstrup Rasmussen J., *Familieretten*, G.E.C Gad, 1992.

Tidningarnas Telegrambyrå, *Mannen tjänar fortfarande mest*, DN 970322, A 18.

Tottie L., *Äktenskapsbalken och promulgationslagarna m.m*, Norstedts, 1990.

Walin G., *Föräldrabalken*, Norstedts, 1952.

– *Föräldrabalken och internationell föräldrarätt*, 3e uppl. Norstedts 1979.

– *Föräldrabalken och internationell föräldrarätt*, 5e uppl. Norstedts, 1996.

– *Förmyndare, förvaltare och gode män*, Norstedts Juridik, 1996. (Cit. Walin 1996 a).

Warnling-Nerep W., *En introduktion i förvaltningsrätten*, Juristförlaget, 1997.

– *Kommuners lag- och domstolstrots*, Juristförlaget, 1995.

– *Om rättelse av förvaltningsbeslut*, FT 1993 s. 277–269.

– *Rättsprövningslagen – utgör den ett lyckat försök att anpassa svensk rätt till Europkonventionen art 6 (1)?*, (i *Festskrift till Jacob W.F. Sundberg*), Juristförlaget, 1993.

Welamson L., *Om anslutningsvad och reformatio in pejus*, P.A. Norstedt & söners förlag, 1953.
Wennergren B., *Förvaltningsprocess*, 3e uppl., Norstedts Juridik, 1995.
– *Förvaltningsprocessen – en fullbordad tvåpartsprocess*, FT/96 s. 73–84.
Westberg P., *Domstols officialprövning*, Juristförlaget i Lund, 1988.
Westerhäll L., *Anna Hollander. Omhändertagande av barn*, FT 1986 s. 39–49.
– *JO:s åtal för tjänstefel i »Michael»-ärendet*, FT 1990 s. 167–171.
– *Religionsfrihet och kyrkotillhörighet*, FT 1992 s. 329–343.
Westerhäll L., *Socialrätt*, Iustus förlag, 1990.
Wetter I., *Barnet och rätten del 1*, Studier i socialt arbete vid Umeå universitet, 1986.
Wetzman L.J., *The Marriage Contract*, The Free Press, A Div.of Macmillan Publ.Co., Inc. New York, London 1988.
Widström M., *Mål om tvångsomhändertagande av barn i regeringsrätten 1981–85*, FT 1987 s. 93–103.
Windelöv V., Konflikt, tvist og mägling, Akademisk Forlag, 1997.
Vinnerljung B., *Fosterbarn som vuxna*, Lunds Studies in Social Welfare, 1996.
Winroth A., *Förslagen till giftermålsbalk 1686–1734*, Gleerupska universitetsbokhandeln, Lund 1890.
– *Äktenskapets ingående och upplösning*, Gleerupska universitetsbokhandeln, 1898.
Vinterhed K., *Individualismen tål inte brist på tillit*, DN 970219, A2.
Worsley P., *Introducing sociology*, Penguin Books, 1970.
Undén Ö., *Föräldrar och barn*, P.A. Norstedts & Söner, 1927.
Umgängesrätts Föräldrarnas Riksförening, *UFR – medlemsblad 93/4.*
Ussing H., *Aftaler*, Juristforbundets Forlag, 1974.
Zahle H., *Bevisprövning utan sannolikhetsuppskattning*, TfR, 1978.
Zahle H., *Bevisret oversigt*, Jurist- og Ökonomforbundets Forlag, 1994.
Zahle H., *Om det juridiske bevis*, Juristforbundets Forlag, 1976
Zethraeus B., *Vårdnad och förmynderskap – några processtekniska synpunkter*, SvJT 1973 s. 415–421.
Zetterlund H.L. *Tragiska hjältar med dubbla roller*, DN 961008, A2.
Ziff F., *The Primary Caretaker Presumtion: Canadian Perspectives on an American Development*, International Journal of Law and the Family 4, 1990, s.186–213.
Zweigbergk von C., *Ensam mamma sover illa*, DN 951117, A6.

Åström K., *Socialtjänstlagstiftningen i politik och förvaltning*, Lun University Press, 1988.

Öberg B. & G., *Pappa, se mig!*, Förlagshuset Gothia, 1992.

Öberg B. & G., *Skiljas – men inte från barnen*, Natur och Kultur, 1987.

Öberg B. & G., *Nu går jag*, Wahlström & Widstrand, 1978.

Öhberg A., *Vårdnad och umgängesrätt i samband med äktenskapsskillnad; en fältstudie vid mindre advokatbyrå mellan 1991–1994*, stencil, Stockholms universitet, 1996.

Örtenhed K., *Hemvist*, Iustus, 1991.

3. Rättsfallsregister

3.1 Rättsfall från allmän domstol

Rättsfall från Högsta domstolen

Publicerade

NJA 1904 s. 346 30, 57
NJA 1906 s. 132 30, 57
NJA 1909 s. 405 30, 57, 60
NJA 1914 s. 254 31, 57
NJA 1918 s. 508 105
NJA 1923 s. 426 106
NJA 1923 s. 564 105
NJA 1926 s. 523 106
NJA 1927 s. 230 50, 60, 106
NJA 1927 s. 257 106
NJA 1929 s. 456 105
NJA 1929 s. 468 104
NJA 1930 s. 99 106
NJA 1932 s. 174 107
NJA 1935 s. 486 105
NJA 1940 s. 613 105
NJA 1944 s. 3 103
NJA 1945 s. 314 106
NJA 1947 s. 248 104
NJA 1948 s. 265 106
NJA 1948 s. 442 105
NJA 1949 s. 32 105
NJA 1949 s. 49 104
NJA 1949 s. 144 121
NJA 1949 s. 229 106
NJA 1949 s. 466 106
NJA 1950 s. 219 109
NJA 1951 s. 177 109
NJA 1951 s. 181 109
NJA 1951 s. 184 109
NJA 1951 s. 612 107, 154
NJA 1951 A 72 60, 108
NJA 1953 s. 262 109
NJA 1954 A 27 60
NJA 1955 s. 37 107
NJA 1953 A 23 60
NJA 1953 C 60 60, 108
NJA 1955 s. 63 107
NJA 1955 s. 519 108
NJA 1955 C 337 60
NJA 1956 s. 395 109
NJA 1956 s. 527 107
NJA 1956 C 325 108
NJA 1957 s. 551 107
NJA 1960 s. 323 109
NJA 1961 s. 521 107
NJA 1961 s. 631 107
NJA 1962 s. 440 109
NJA 1968 s. 292 278
NJA 1969 s. 455 213
NJA 1975 s. 543 277
NJA 1981 s. 753 111, 212
NJA 1981 s. 916 213
NJA 1981 s. 1225 213
NJA 1981 s. 1263 111
NJA 1983 s. 170 277
NJA 1983 s. 515 38
NJA 1983 s. 750 313
NJA 1984 C 65 207
NJA 1985 s. 38 202
NJA 1986 s. 336 110
NJA 1986 s. 338 112, 228, 239
NJA 1987 s. 47 265
NJA 1988 s. 429 284
NJA 1988 s. 448 111, 235
NJA 1988 s. 538 317
NJA 1988 s. 599 210
NJA 1989 s. 335 58, 63, 110, 112, 228, 239, 266
NJA 1990 s. 219 45, 111, 211
NJA 1991 s. 241 112, 314

NJA 1992 s. 420 283
NJA 1992 s. 566 112, 314
NJA 1992 s. 666 110, 228, 236, 239, 283, 304
NJA 1992 s. 93 45, 58, 111, 213, 228, 229, 235, 237, 239, 255, 266, 267, 283, 304, 314, 352
NJA 1993 s. 65 318
NJA 1993 s. 128 112, 314
NJA 1993 s. 226 283
NJA 1993 s. 277 112, 314
NJA 1993 s. 401 45
NJA 1993 s. 666 111, 225, 257
NJA 1993 s. 751 211, 283
NJA 1994 s. 85 66
NJA 1994 s. 128 111, 211
NJA 1995 s. 241 202, 318, 320
NJA 1995 s. 269 112, 312
NJA 1995 s. 388 37, 255
NJA 1995 s. 398 77, 228, 236, 237, 239, 336, 352
NJA 1995 s. 727 213, 314
NJA 1995 s. 770 198, 270, 318
NJA 1994 C 5 240, 265, 283
NJA 1996 C 27 314

Opublicerade
HD 1996–09–11 Ö 1217/95 38
HD 1996–12–16 Ö 4379/95 321
HD 1997–03–26 Ö 5476/96 317
HD 1997–02–04 Ö 1268/96 202, 301

Rättsfall från hovrätterna

Publicerade
RH 1983:123 236
RH 1986:123 312
RH 1987:60 239
RH 1987:86 312
RH 1988:35 209
RH 1989:82 264
RH 1990:127 229, 352
RH 1991:54 224, 228, 229, 236
RH 1991:71 280
RH 1992:78 239, 267
RH 1993:52 312, 316
RH 1993:105 317
RH 1994:3 239
RH 1994:11 282
RH 1996:144 74, 201

Opublicerade
Svea HovR 1994–09–03
Mål T 1778/93 263
Svea HovR 1996–03–29
Mål T 1250/95 267

Rättsfall från tingsrätterna

Publicerade
. . .

Opublicerade
Solna TR 1995–04–05 T66/95 233

3.2 Rättsfall från förvaltningsdomstol

Rättsfall från Regeringsrätten

Publicerade
RÅ 1983 2:14 156, 183
RÅ 1983 2:18 156, 183, 185
RÅ 1983 2:87 (I) 245
RÅ 1983 2:87 (II, III) 246
RÅ 1983 Ab 100 252
RÅ 1984 2:38 214
RÅ 1984 2:52 150

RÅ 1984 Ab 116 252
RÅ 1985 2:26 154, 251
RÅ 1985 2:46 242
RÅ 1985 2:83 (I) 252
RÅ 1985 2:83 (II) 252
RÅ 1985 Ab 59 250
RÅ 1986 ref. 4 247
RÅ 1986 not 502 247, 255
RÅ 1987 ref. 109 45
RÅ 1987 ref. 160 224, 228
RÅ 1987 ref. 160 249, 342
RÅ 1987 not 103 297
RÅ 1987 not 697 297
RÅ 1988 ref. 89 297, 310
RÅ 1988 ref. 100 184
RÅ 1988 not 195 297
RÅ 1989 not 169 183, 241, 246
RÅ 1989 not 170 297
RÅ 1990 ref. 13 246
RÅ 1990 ref. 97 215
RÅ 1991 ref. 39 185
RÅ 1991 ref. 66 290
RÅ 1991 not 206 249, 294
RÅ 1991 not 333 297
RÅ 1991 not 359 191
RÅ 1992 ref. 6 253
RÅ 1992 ref. 97 (I) 308
RÅ 1992 ref. 97 (II) 308
RÅ 1992 not 573 191
RÅ 1992 not 640 253
RÅ 1993 ref. 72 215
RÅ 1993 ref. 102 55
RÅ 1993 not 290 250, 24
RÅ 1993 not 411 297
RÅ 1993 not 515 204
RÅ 1994 ref. 81 45, 213
RÅ 1994 not 107 191
RÅ 1994 not 114 307
RÅ 1994 not 115 307
RÅ 1994 not 116 302
RÅ 1994 not 335 191
RÅ 1994 not 341 191
RÅ 1994 not 479 204
RÅ 1994 not 588 204
RÅ 1994 not 99 204
RÅ 1995 ref. 38 247
RÅ 1995 ref. 39 253
RÅ 1995 ref. 46 242, 253, 294
RÅ 1995 ref. 64 242, 253, 294
RÅ 1995 ref. 99 318, 320
RÅ 1996 ref. 52 202, 232, 318, 320
RÅ 1996 ref. 61 187, 242, 254, 291
RÅ 1996 ref. 91 249
RÅ 1996 not 98 246
RÅ 1997 ref. 8 200

Rättsfall från kammarrätterna

Opublicerade

KamR i Stockholm 1991–06–27
Mål nr 1987–1991 186
KamR i Jönköping 1992–09–14
Mål nr 122275–1992 316
KamR i Stockholm 97–05–07
Mål nr 7345–1995 309

Rättsfall från länsrätterna

Opublicerade

Stockholms läns LR 1996–07–04
Ö18900–95 154

Rättsfall från Försäkringsöverdomstolen

FÖD 1984:25 44
FÖD 1986:16 44
FÖD 1993:10 46

3.3 Regeringens beslut

Opublicerade
Regeringens beslut serie A, II:1
1997–03–13, UD96/2080/MP

3.4 Justitieombudsmannens beslut

Publicerade
1980/81 s. 313
1983/84 s. 180
1984/85 s. 178, 204
1987/88 s. 152
1988/89 s. 154
1989/90 s. 219, 223, 229, 231, 234, 248, 251, 253
1990/91 s. 186
1991/92 s. 235, 249, 261, 266
1992/93 s. 319, 341, 391, 402, 405, 409, 439
1993/94 s. 240, 270, 277, 281, 283
1994/95 s. 248, 301, 344, 360, 363
1995/96 s. 242, 262, 279, 291, 387
1996/97 s. 252, 262, 267, 268, 284, 287, 381, 384

Opublicerade
Dnr 370–1991
Dnr 4424–1995
Dnr 2783–1995
Dnr 4666–1995

3.5 Avgöranden från Europadomstolens organ

ERD 23 (1976, Kjeldsen, Busk Madsen och Pedersen) 151
ERD 26 (1978, Tyrer) 138
ERD 31 (1979, Marckx) 36, 133, 138
ERD 48 (1982, Campbell och Cosans) 138, 153
ERD 94 (Abdulaziz, Cabelas och Balkandi, 1985) 133
ERD 112 (1986, Johnston m.fl.) 36, 133, 138
ERD 130 (1988, Olsson) 138, 143, 146, 154, 256, 257
ERD 138 (1988, Berrehab) 36, 133, 203
ERD 144 (1988, Nielsen) 133, 138, 149, 183, 187
ERD 156 (1989, Eriksson) 134, 138, 144, 146, 154, 215, 258
ERD 165 (1982, Campbell) och Cosans) 151, 153
ERD 193 (1991, Moustaquim) 133

ERD 201 (1991, Cruz Varas m.fl.) 133
ERD 226 (1992, M. och R. Andersson) 143, 216, 256
ERD 226-B (1992, Reime) 144, 215, 258
ERD 234-A (1992, Beljoudi) 133
ERD 247-C (1993, Costello- Roberts) 138
ERD 250 (1992, Olsson II) 144, 215, 257, 258
ERD 255-C (1993, Hoffman) 134
ERD 299-A (1994, Hokkanen) 134, 145, 214, 216, 256
ERD (1996, Efstratiou) 139
ERD (1996, Valsamis) 134, 139, 151, 154
App. 4733/71, 14 ECHR YB 676 151, 152
App. 10491/83, 10 E.H.R.R. 152
App. 16944/90 133

Sakregister

Abort 183, 187, 190, 192
Adoption 42, 55 f, 104, 162, 192, 251, 329, 346
Adress 192, 202
Aga, se även misshandel 107, 139
Alkoholmissbruk, se missbruk
Allmänna råd, Socialstyrelsens 23 f, 244, 356
Anmälan 243, 287, 293
Ansvar, se även skadestånd 124 ff, 158 f, 204, 206, 216, 290, 249, 251, 339
– förälders, se även tillsynsansvar 126
– samhällets 123, 127, 148, 155
Ansvarsfrihetsgrunder 112, 187, 311, 313
Ansökan, gemensam 271
Arbete 166, 171, 181, 192, 338
Argumentationsrätt 275, 292
Arv 36
Avliden, se även mord 204, 268, 277
Avtal, se även överenskommelse 40, 105, 198

Barn 50 ff
– arbete 51
– biologiska 36
– foster- 38
– mognad 52, 184, 186, 234, 302, 307
– sociala 105
– styv 37
– ålder 51, 186, 210, 234, 258, 277, 302, 307
– inom äktenskap 270
– utom äktenskap 34, 270
– pornografi 53, 181
Barnadråp 181
Barnavårdsman 104
Barnets bästa 21, 50 ff, 129, 136, 142, 146, 181, 220, 227, 258, 265, 289, 322, 326, 328, 339, 349, 351,
– aktivt 55 f, 221, 330, 336
– passivt 55 f, 221, 223, 228, 253, 262, 268, 276, 329, 330, 335, 351, 352
– presumtioner 56 ff
– prognos
Barnets rättigheter 138, 145, 224
Barnets vilja 63, 101, 106, 109, 110 f, 134, 145, 233, 258, 270, 276, 306, 314, 323, 326, 330, 334, 336, 354, 355,
Barnkonventionen 48, 61, 125, 129, 135, 140, 146, 216, 337
Barnombudsmannen 130
Barnomsorg, se även daghem, förskola 140, 195, 332
Beaktansvärda skäl 313
Befruktning, assisterad 56, 133
Begränsat förordnande, se interimistiskt förordnande
Behovsorienterade skolan 122
Behövlig vård 245
Bestämmanderätt 182 ff
Besöksförbud 204

Beteendefall 240
Betänketid 52, 280
Bevis 262, 265, 282, 285 ff
Bidragsförskott, se underhållsstöd
Bistånd 141, 156, 174, 183, 214
Blodtransfusion 187
Boende, se även vistelse 168, 172, 177, 183, 280, 338, 345
– växelvis 114
Brist i omsorg 56, 81, 228, 249 ff
Brott 178, 240
Bruttometoden 44
Börd, äkta, oäkta 33 ff.

»Care and control» 59
Children Act 1989 26, 74, 125, 196
Culpaansvar 179

Daghem, se även barnomsorg 150, 207
Dansk rätt 59, 90, 195, 206, 210, 213
Denuntiering 263, 352
Diskriminering 130
Dokumentationsskyldighet 289
Domsrätt, se även jurisdiktion 198, 232
Domstolsprövning 76, 130, 144 ff, 163, 232, 241, 285, 300, 348 f
Död, se även mord 204, 268

Egenmäktighet med barn 61, 112, 136, 142, 159, 212, 229, 238, 266, 303, 311, 326
Ekonomiska förhållanden 25, 42 ff, 75, 226
Engelsk rätt 59, 125
Ensamförälder 1980 94
Europakonventionen 48, 124, 129, 138, 142, 148, 216, 337, 338
Europarådskonventionen 48, 61, 95, 99, 129, 136, 142, 216, 315, 319, 337
Extraordinära rättsmedel 298

Faderskap 42, 57 f.122, 167, 169, 177, 222
Familj 35 ff
– enförälders, se även splittrad 43
– fungerande 131, 140, 146, 219, 226, 230
– kärn- 31, 46, 55, 109
– legitim 31
– splittrad 78, 133, 226
Familje- och privatliv 127, 132, 138, 143 f, 146 ff, 165, 204, 217
Familjedomstol 349
Familjehem 37, 107, 109 f, 156 f, 161, 196, 214 f, 255, 256, 292, 311, 339, 346,
Familjeåterförening 141, 165
Farerekvisit 223, 242
Feministiska skolor 74
Finsk rätt 60, 195, 232
Flyktingstatus 141
Flyttningsförbud 144, 163, 215 f, 225, 254, 257, 309, 311, 324, 326
Folkbokföring 200
Forum 20, 117, 315, 317 f
Fosterföräldrar (se familjehemsförälder) 105, 108
Fosterhem, se familjehem
Fransk rätt 182
Fri- och rättigheter, grundläggande 148, 149, 180
Frihetsberövande 135, 141, 170
Frihetsbrott 311
Frivillighet 155 ff.
Främjande av flykt 311
Fullföljandeförbudet 301
Förhandling, förberedande 271, 279
Förlikning, se även medling

Förlikningserbjudande 43, 97, 259, 269 ff272
Förmyndare 29, 48, 92, 101, 166, 192, 218, 278, 325, 341
– särskilt förordnad 104, 111, 279
Förskola, se även barnomsorg 195, 344
Försäkringskassa 259
Förundersökningskungörelse 169
Förvaltare 173, 278
Förvaltningsbesvär, se även överklagande 296 ff
Förvärvsförmåga 42
Förälder 91, 121, 136
– styv- 37
– biologisk 105, 201, 209, 225
Föräldraansvar 125 f, 196, 341
Föräldramakt 165

Genus, se kön
Giftoman 30, 172, 184
God man 168, 170, 172, 278
Gottsundafallet 161

Haagkonventionen 48, 61, 95, 99, 129, 136, 142, 216, 315, 319, 337, 341
Handikapp 242
Handlingsdirektiv 75, 119, 335
Handräckning, se verkställighet
Hemfridsbrott 201
Hemskillnad 29, 30 f,
Hemvist 131, 136, 201 f, 314, 319, 326
Homosexuell 55, 107
Husbondevälde 28
Huvudförhandling 259
Hälso- och sjukvård 186, 189, 191, 332, 338

Incest, se även sexuella övergrepp 112
Indispositiv rätt, se även officialansvar 105, 232, 260, 272, 285, 288,
Individualism 35, 78, 333
Information, se även sekretess, integritet 98, 141, 151, 162, 195, 203 f, 219
Informationsplikt 336
Inhibera 297
Initiativrätt 275, 292
Integritet, se även information, sekretess 148, 162, 179, 189, 227
Interimistiskt förordnande 98, 279, 296, 302 f, 325, 341, 343
Invandrarverket 317
Isländsk rätt 60, 195, 206

Jehovas vittne (se religion) 107
Jurisdiktion 199, 232, 320, 326
Jämställdhet 25, 88

Klagorätt 292
Kollisionsnorm 316 ff
Konflikt 20, 182, 199, 205, 222, 300
Konfliktlösning 75, 77, 199, 335, 355, 356
Kontakt, se umgänge
Kontaktperson 213, 304
Kontinuitet, se även stabilitet 225, 238, 255
Kontroll 222, 260, 270
Kvinnohus 342
Kyrka 27, 31, 79
Kyrkolagen 153, 192, 338
Kön 57, 65, 73, 110, 186
Körkort 181

Laestadianer, se även religion 184
Laglighetsprövning 298
Lagval 326

Legalitetsprincipen 81, 244, 287
Lek 141, 179
Liberalismen 31
Litispendens 297
LPT, Lag om psykisk tvångsvård 186
Lydnadsplikt 182 f,
Läkarundersökning 285, 289, 295, 303

Manliga förebilder 58
Medbestämmande 177, 181, 183, 219
Medborgarskap 141, 170, 198, 222, 270, 314
Medicinsk behandling 162
Medicinsk vård 186
Medling, se även förlikning 66, 271, 276, 280, 284, 324, 334, 350, 353, 355 ff
Miljö 63, 107, 238, 241, 248
Miljöfallet 241
Miniminormer 357
Missbruk 181, 191, 236, 240, 246
Misshandel 229, 241, 242, 245, 249, 291
Moder okänd 34
Moderspresumtion 57 f, 110
Mord 176, 230, 250
Morföräldrar, se även släkt 104, 278, 302
Muntlighet 276, 290
Myndighet 27 ff, 51, 123
Myndighetsutövning 19, 135, 138, 142, 164, 301
Målrationalitet 75
Målsmanskap 28 ff
Målsägande 169
Människorov 181, 312
Mänskliga rättigheter 130, 140, 149

Namn 61, 141, 161
Narkotikaberoende, se missbruk
Naturrätt 31
Nettometoden 44
Normrationalitet 75
Norsk rätt 59, 90, 98, 125, 195, 205, 273
Närhetsprincipen 255
Näringsverksamhet 167, 172
Nätverk, se även släkt 36, 46
Nöd, se ansvarsfrihetsgrunder

Offentlig biträde 271, 276, 290, 293
Offentlighetsprincipen 189
Offentligrättsligt ingripande 138, 142
Officialansvar 127, 223, 226, 260, 262, 268, 349 ff
Ofullkomnade äktenskap 34
Olovligt bortförande, se egenmäktighet
Omhändertagande 48, 55, 143, 146 ff, 157 f, 214, 217, 220, 240, 322, 342,
– omedelbart 223, 294, 325
Omprövning 117, 215, 283, 296 ff, 325,
Omvårdnad, se även vårdnad, faktisk 178, 218
Omyndig, se även myndighet 166
Organdonation 186

Pacifism, se även religion»Pappagruppen» 15373, 101
»Pappamånad» 336
Partsautonomi 262, 325, 351
Pass 163, 210
Pedagogisk lagstiftning 77, 119, 121, 335 f, 356
Pingstkyrka, se även religion 185

Polis, handräckning 295, 303, 306, 310
Prejudikatvärde 24, 239, 322, 334
Preventivmedel 183, 188, 192
Principalansvar, se skadestånd
Principen om minsta möjliga förändring 330 ff,
Processbehörighet 52, 123, 275, 277, 292, 325
Prognos 65, 68, 226, 241
Prövningstillstånd 348
Psykologi 19, 242

Ramlag 24, 80, 155
Rasism 184, 341
Reformatio in pejus 211, 283
Regeringsformen, RF 148, 149, 339, 340
Relationsorienterade skolan 122
Religion 130, 132, 134, 139, 143, 151, 159, 177, 357
– frihet 150, 153
– undervisning 152
Religiös uppfostran 340 f,
Res judicata 282, 325
Resa, utomlands 102
Resning 107, 283
Riskrekvisit 223, 242, 287
Rättegångs
– fel- hinder 263112
– kostnad 93, 107, 284, 299
Rättsfaktum, emotiva 54 f.
Rättshjälp 43, 284, 299, 348
Rättskraft 279, 299, 326
Rättslig handlingsförmåga 166, 171, 279
Rättsprövningslagen 298
Rättsskyddsförsäkring 284
Rättsstat 75, 284, 349
Rättssäkerhet 22, 76, 141, 261, 285, 292, 337
Rörelse, se även näringsverksamhet 166
Rörelsefrihet, se även boende 135, 149, 183

Samarbetssamtal 93, 99, 271 ff, 280, 322, 334, 350, 353
Sammanboende 41, 103, 184, 198, 228, 252, 270, 333
Samtycke 155, 157, 172, 184, 186, 243 f, 273, 313, 323
Sekretess, se även information, integritet 162, 177, 180, 183, 189, 204, 217, 273, 338
Sexualitet 188
Sexuella övergrepp 161, 181, 213, 248, 250, 291, 313
Sjukvård 134, 162, 177, 183, 186
Självbestämmande 177, 181, 183, 219
Självrisk 284
Skadegörelse 201
Skadeståndsansvar 100 f, 112, 179, 202, 207, 312
Skatt 37, 46, 198, 259
Skilsmässa, se även separation, äktenskapskillnad 43, 52, 198, 270, 333, 345
Skola, se även undervisning, barnomsorg 134, 150 ff, 159, 177, 184, 189 ff, 200, 205, 217, 332, 338
Skönsbedömning bedömning 54, 64, 69, 228, 326, 329 f, 334, 337, 340
Släkt, se även nätverk, morföräldrar 255
Snabbyttrande 281
Sociala (föräldraskap, sociala) 105
Socialpolitik 75 f
Stabilitet, se även kontinuitet 63, 105, 107, 110, 142, 226, 238, 255, 323, 332, 353

Statistik 24, 103, 133, 254, 291, 300, 305
Status 36, 39 ff,
Sterilisering 186
Straffrätt 217, 241, 312, 329
Ställföreträdare 166 f, 169 f, 254, 293, 342
Stämning 259
Syskon 138

Talerätt 122, 209, 222, 254, 275, 292, 325
Tid 66, 238, 264, 282
Tillsynsansvar 88, 155, 178, 184, 202, 206, 219, 340
Tillsynsaspekt 218
Tjänstefel 250
Tredje man 100, 179
Tvångsingripande 48, 157, 291
Tvångsmedel 29, 303, 345
Tvåpartsmål 278, 290

Umgänge 44 ff, 69, 86, 94, 108, 110, 115, 118, 138, 142, 144 f, 156, 195, 203, 207 f, 219, 226 ff, 238, 258, 265, 304, 323, 330, 336, 345, 353,
- kostnad 45
- ren förmögenhetsskada 210
- sedvanligt 210
- sommar 210
- sabotage 98, 111 f, 230, 238

Underhåll 44, 79, 106, 163, 167, 169, 201, 227, 317
Underhållsstöd 43, 101, 202, 316
Underrättsdomar, se även statistik 103, 113, 116
Undervisning, se även skola 130, 132 f, 139
Unga lagöverträdare 169
Uppehållstillstånd 164
Uppföljning 156
Upphörande av vård 257, 310, 324
Upplysning, se information
Utbildning, se undervisning
Utnyttjande, otillbörligt, se även sexuella övergrepp 249, 250
Utomrättslig förhandling, se medling
Utpressning 311
Utredning 81, 99, 260 ff, 274, 280, 285 f, 295, 298, 350,
Utredningsskäl 288
Utvisning 165

Verkställighet 47, 105, 109, 192, 195, 203, 207, 209, 282 ff, 299, 325, 345
Verkställighetslagen 62, 137, 310, 315, 319
Vetorätt 52, 135, 154, 192, 306
Vistelse, se även boende 139, 162, 215, 310, 326
Vite 303, 306, 345
Vårdnad 317 f
- ensam 193, 203, 218, 304, 335
- faktisk 22, 29, 69, 106, 114, 116, 131, 136, 162, 193, 198, 202, 214, 218, 226, 232, 316, 340, 343
- gemensam 60 f, 73, 91, 97, 193 f, 213, 218, 270, 281, 302, 330, 336,
- gemensam, obligatorisk 66, 102
- legal 22, 73, 91, 114, 116, 131, 136, 162, 193, 198, 218, 224, 226, 230, 303, 316, 335, 340, 343
- överföring av 48, 213 f, 220, 259 ff, 266, 270 f, 323

Vårdnadshavare 91, 193, 218
- lämplighet 63, 110, 221, 235, 273, 351
- särskilt förordnad 168, 222, 275, 279

Vårdnadstvistsutredningen 66 f, 101, 214, 232, 280, 344, 349

Yttrandefrihet 140

Äktenskap 27, 40, 167, 172, 177, 182, 184, , 268, 317, 342
Äktenskapsbrott 106, 108
Äktenskapsskillnad, se även skilsmässa 29, 226, 230, 280, 345, 352
Äktenskapsålder 51
Ärende 259

Överenskommelse 39, 62 f, 110 f, 222, 227, 231, 269, 322 f, 329, 333, 347, 352,
Överförmyndare 166
Övergrepp, se även sexuella övergepp 212
Överklaga, se även förvaltningsbesvär 184, 275, 282, 296, 299, 325

JOHANNA SCHIRATZKI

Vårdnad och vårdnadstvister

Vårdnad och vårdnadstvister är företeelser som vi alla kommer i kontakt med. Som barn står vi vanligen under våra föräldrars vårdnad. Som vuxna är många av oss själva föräldrar och vårdnadshavare. Risken är dessutom relativt stor för att vi i samband med separation eller skilsmässa kan komma att behöva ta ytterligare ställning i frågor om vårdnad och överföring av vårdnad.

Under de senaste årtiondena har *överföring av vårdnad* varit föremål för omfattande lagstiftning. Sådan lagstiftning har endast i begränsad omfattning motiverats av rationella skäl. Det kan vara en anledning till att kriterierna för överföring av vårdnad är otydliga och svårförutsägbara. Allmänt framhålls att tvister om vårdnad skall lösas i enlighet med *barnets bästa*. I avhandlingen diskuteras hur barnets bästa tolkas och används. En jämförelse görs mellan tolkningen av barnets bästa i samband med överföring av vårdnad mellan föräldrarna och vid omhändertaganden för samhällsvård.

Vårdnadens omfattning är ett område som rönt mindre uppmärksamhet från lagstiftaren. Det är dock något som i hög grad berör enskilda och myndigheter. Här behandlas bl.a. fördelningen av respektive förälders rättigheter och skyldigheter när de har gemensam legal vårdnad men endast en av dem lever tillsammans med barnet. Vidare diskuteras rättigheter och skyldigheter vid ensam vårdnad. Barnets grundläggande fri- och rättigheter behandlas liksom barnets rättigheter i andra sammanhang. Balansgången mellan föräldrars rätt till integritet och samhällets ansvar för barn analyseras mot bakgrund av svensk rätt inklusive svenska åtaganden enligt Barnkonventionen och Europakonventionen.

Johanna Schiratzki är verksam som forskare och lärare vid Juridiska institutionen, Stockholms universitet. Hon har tidigare publicerat bl.a. *Muslimsk familjerätt – lagar, seder och attityder* (1993).

ISBN 91-39-00094-X

NORSTEDTS JURIDIK

BESTÄLLNINGAR: NORSTEDTS JURIDIK AB · KUNDTJÄNST · BOX 6454 · 11382 STOCKHOLM
FAX 08-6909030 · TEL 08-6909696 · VÄXEL 08-6909100