För barns bästa

Vänbok till Anna Singer

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

För barns bästa

Vänbok till Anna Singer

iUSTUS
FÖRLAG

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

Redaktion

Margareta Brattström &
Maarit Jänterä-Jareborg

Boken är utgiven med ekonomiskt stöd från
Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning.

© Författarna och Iustus Förlag AB, Uppsala 2017
Upplaga 1:1
ISBN 978-91-7737-015-4
Produktion: eddy.se ab, Visby 2017
Omslag: John Persson
Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala
Tfn: 018-65 03 30
Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Printed by Holmbergs i Malmö 2017

INNEHÅLLSÖVERSIKT

Förord 17

Håkan Andersson
Den symbolladdade lagstiftningen om det sällsamt strikta föräldraansvaret – Ett och annat om problemen med bråkiga barn, barnsliga moralister och brutal lagstiftning med beskäftig preventionsövertro 21

Margareta Brattström
Särkullbarn – de nya ”uä-barnen” när det gäller rätten till arv? 41

Anders Eriksson
Barns rättigheter som flygpassagerare 61

Therése Fridström Montoya
Ole, dole, doff – vilken tid ska bort? Om föräldraansvaret vid bedömningar av rätt till personlig assistans för barn med funktionsnedsättningar 87

Jameson Garland
A Role for Critical Legal Theory in Swedish Family Law? 111

Anna Hollander
Har ”barnets bästa” något innehåll som rättslig tolkningsprincip? 139

Torbjörn Ingvarsson
Och den ljusnande framtid är vår – Att ersätta ett barns framtida inkomstförlust 175

Maarit Jänterä-Jareborg
Att inte svika *gifta barn* är en svår balansgång 193

Annette Kronborg & Hans Viggo Godsk Pedersen
Et dansk-svensk forældrepar i forældremyndighedstvist 217

Mats Kumlien
Tankar kring begreppet barn och förbudet mot abort i 1734 års lag 243

Annika Rejmer
Forskning som verktyg för att förverkliga barns rättigheter – Särskilt om kombinationen rättsdogmatik och rättssociologi 271

Mosa Sayed
Vårdnad av barn enligt islam – En jämförelse mellan klassisk shariarätt och 2004 års marockanska familjerättslag 287

Jane Stoll
Establishing paternity by court judgment following sperm donation – Some reflections on two judgments rendered by the Svea Court of Appeal 317

Staffan Vängby
Ideologi, politik och lagstiftning 345

Författarpresentation 359

INNEHÅLL

Förord 17

Håkan Andersson
Den symbolladdade lagstiftningen om det sällsamt strikta föräldraansvaret – Ett och annat om problemen med bråkiga barn, barnsliga moralister och brutal lagstiftning med beskäftig preventionsövertro 21
1 En normal utgångspunkt och en avvikande symbollagstiftning 21
2 En följddiger lagstiftningsprocess och en följdenlig HD-dom 27
3 En blåögd (men i svartsyn uppgiven) konstruktivism och en argsint röd soptunna 35

Margareta Brattström
Särkullbarn – de nya ”uä-barnen” när det gäller rätten till arv? 41
1 Matematisk rättvisa 41
2 ÄB 3 kap. 8 § 44
3 ÄB 3 kap. 3 § 47
4 Särskilt om försäkringsersättning och efterarv 52
4.1 Allmänt 52
4.2 Jämkning enligt FAL 14 kap. 7 § 53
4.3 Efterarvsrätt 53
5 Rättvis fördelning av arv till barn? 57

Anders Eriksson
Barns rättigheter som flygpassagerare 61
1 Inledning 61
2 Barns rättigheter vid tillämpning av EU-reglerna 65
2.1 Ekonomisk kompensation vid nekad ombordsstigning 65
Spädbarn utan eget säte 65
Ett annat fall av spädbarns nekade ombordstigning 70
2.2 Ensamflygande barns rätt till assistans 71
3 Montrealkonventionen 71
3.1 Allmänt 71
3.2 Skador på bagage som medförs för barns behov 72
4 Kontraktsrättsliga regler 75
4.1 Regler om ledsagning och ensamflygande barn 75
4.2 Ansvaret för flygbolaget vid assistanstjänst 76
4.3 Särskilda utfästelser avseende barn 77
4.4 Barns bagage 80
4.5 Ansvar för resebyråer 81
5 Avslutning 82

Therése Fridström Montoya
Ole, dole, doff – vilken tid ska bort? Om föräldraansvaret vid bedömningar av rätt till personlig assistans för barn med funktionsnedsättningar 87
1 Vem har ansvaret för funktionshindrade barns hjälpbehov? 87
2 Föräldraansvar enligt FB 90
3 Rätt till personlig assistans enligt LSS och assistansersättning enligt SFB 93
4 Föräldraansvaret i rättspraxis 98
5 Det normala föräldraansvaret – en rättslig norm utan innehåll 105

Jameson Garland
A Role for Critical Legal Theory in Swedish Family Law? 111
1 Introduction 111

2 From law to theory and back again 114
2.1 The relationship of legal systems to critical legal theory 114
2.2 Systemic transformations and legal thought in the United States 116
2.3 Systemic transformations and legal thought in Sweden 119
3 Critical legal theory in Swedish family law 124
3.1 Critical themes in family law 124
3.2 The role of family law in gender reconstructive surgeries on infants and young children with differences in sex development 128
4 Conclusions 134

Anna Hollander
Har ”barnets bästa” något innehåll som rättslig tolkningsprincip? 139
1 Inledning 139
2 Rättssociologisk teori 140
2.1 Allmänt 140
2.2 Normer, värden, intressen 142
3 Principen om barnets bästa 145
3.1 Allmänt 145
3.2 Barnets bästa enligt FN:s konvention om barnets rättigheter 145
3.3 Barnets behov 147
3.4 Barnets intresse 148
3.5 Barnets bästa – tolkningsrekommendationer från FN:s barnrättskommitté 149
4 Barnets bästa i några svenska lagar 152
4.1 Urvalet av lagar 152
4.2 Föräldrabalken kap. 6 – Om vårdnad, boende och umgänge 152
4.3 Utlänningslagen 154
4.4 Socialtjänstlagen 156

4.5 Lagen med särskilda bestämmelser om vård av unga (LVU) 160
4.6 Sammanfattning 162
5 Juridisk/rättssociologisk forskning om principen barnets bästa 164
5.1 Barnets bästa som rättslig norm 164
5.2 Barnets bästa i vårdnadstvister 166
5.3 Barnets bästa i utlänningslagen 166
5.4 Barns behov och vilja i mål och ärenden enligt LVU 168
6 Konklusion 171

Torbjörn Ingvarsson
Och den ljusnande framtid är vår – Att ersätta ett barns framtida inkomstförlust 175
1 Från dröm till rutnät 175
2 Att bli den man är eller den man kan bli 176
3 Den statistiska verkligheten och den verkliga verkligheten 182
4 Bindande normer och gällande rätt 184
5 Osanning och osäkerhet 188

Maarit Jänterä-Jareborg
Att inte svika *gifta barn* är en svår balansgång 193
1 Barnäktenskap och juridiska utmaningar 193
1.1 Ett färskt avgörande från Europadomstolen 193
1.2 Asylsökande gifta barn i Sverige 195
1.3 Vad ska utredas och varför? 196
1.4 Fallgropar 198
2 Sverige – en tillbakablick 198
2.1 Synen på barnäktenskap fram till millenieskiftet 198
2.2 Stärkt skydd mot barnäktenskap – 2004 års lagreform 199
2.3 Ytterligare skydd mot barnäktenskap – 2014 års lagreform 201
3 Kritisk analys av den efterfrågade reformen 202
3.1 Nya kriterier för ett svenskt lagstiftningsintresse 202

3.2 Rätten till barndom – vad säger internationella konventioner om äktenskapsåldern? 203
3.2.1 Barnkonventionen 203
3.2.2 FN:s andra konventioner 204
3.2.3 Europakonventionen 205
3.3 Närmare om målet Z.H. och R.H. mot Schweiz 205
3.3.1 Uppgradering till ett juridiskt giltigt äktenskap 205
3.3.2 Får ett gift barn separeras från sin make? 206
3.3.3 Relevansen för den initierade svenska reformen 207
3.4 Internationellt privaträttsliga grundsatser 207
3.4.1 Att erkänna utom när svensk lag har kringgåtts 207
3.4.2 Ökat antal haltande äktenskap och ökad rättsosäkerhet 208
3.5 Mångkulturella bedömningar i socialtjänstens verksamhet 209
3.6 JO:s bedömning 210
4 Kan en lagändring rent av bli kontraproduktiv? 211
4.1 Vad står på spel – egentligen? 211
4.2 Är lagändringen trovärdig från ett barnperspektiv? 212
5 Avslutande synpunkter 213

Annette Kronborg & Hans Viggo Godsk Pedersen
Et dansk-svensk forældrepar i forældremyndighedstvist 217
1 Indledning 217
2 Retsgrundlag 219
2.1 IP konventioner 219
2.2 EU ret 221
2.3 Menneskeret 222
2.4 Dansk og svensk IP 223
2.5 Afrunding 225
3 Barnets bopæl 226
4 De legale regler om forældremyndighed 228
5 Internationale kompetence 230
6 Anerkendelse af en afgørelse om forældremyndighed 233

7 Afslutning 235
Litteraturliste 238

Mats Kumlien
Tankar kring begreppet barn och förbudet mot abort i 1734 års lag 243
1 Om livets början 243
2 Katolska kyrkan 245
2.1 Delade meningar. Från kyrkofäderna till Thomas av Aquino 245
2.2 Hårdare tag och konceptionsteori 247
3 En svensk modell? 250
3.1 Medeltidsrätten. Inte totalförbud 250
3.2 Hårdare tag även i Sverige 253
3.3 1734 års lag. En tydlig huvudregel – dödsstraff för alla aborter 256
3.4 Ideal och verklighet 260
3.5 Liberalisering. Från dödsstraff till legaliserad abort 261
4 Inte en svensk modell 263
Referenser 264

Annika Rejmer
Forskning som verktyg för att förverkliga barns rättigheter – Särskilt om kombinationen rättsdogmatik och rättssociologi 271
1 Inledning 271
2 Forskningens förutsättningar – en fri verksamhet? 272
3 Rättsvetenskap – en mångmetodologisk vetenskap? 274
4 Rättsdogmatik och rättssociologi – vad är skillnaden? 276
4.1 Rättsdogmatik 277
4.2 Rättssociologisk metod 278
5 Kan en kombination av rättsdogmatik och rättssociologi bidra till att förverkliga barns rättigheter? 281
Referenser 283
Offentliga källor 283

Mosa Sayed
Vårdnad av barn enligt islam – En jämförelse mellan klassisk shariarätt och 2004 års marockanska familjerättslag 287
1 Inledning 287
1.1 Mot ökad jämställdhet genom moderna vårdnadsregler 287
1.2 Uppsatsens syfte 289
2 Den marockanska familjerättens juridiska sammanhang 290
2.1 Ett islamiskt rättssystem 290
2.2 Om det europeiska inflytandet under kolonialtiden 291
2.3 Diskrepanser till förmån för kvinnan 295
3 Marocko 296
3.1 Från självständighet till 1990-talet 296
3.2 Från 1990-talet till idag 297
3.3 Modawana i huvuddrag 300
3.4 Lagreformernas praktiska genomslag – identifierade svagheter 301
4 Vårdnad enligt islamisk rätt 303
4.1 Två olika delar: hadana och wilaya 303
4.2 När upphör vårdnaden? 305
4.3 Kretsen av vårdnadshavare (ahl al-hadana) 306
4.4 Vårdnadshavarens kvalifikationer 308
4.5 Barnets rätt att komma till tals 311
5 Sammanfattande avslutning 313

Jane Stoll
Establishing paternity by court judgment following sperm donation – Some reflections on two judgments rendered by the Svea Court of Appeal 317
1 Introduction 318
2 Overview of the relevant legislation 319
3 Purpose of FB 1:5 321
3.1 Introductory remarks 321
3.2 The use of DNA tests to establish paternity 322
3.3 Paternity by court judgment for sperm donors 322

4 An account of Svea Court of Appeal judgments *T 7894-15 & T 7895-15* 324
4.1 Background – as evident from the District Court judgments 324
4.2 Pleadings of the children 325
4.3 The defendant's position 325
4.4 Other information evident from the judgments 326
4.5 Judgments and grounds for the judgments 326
4.6 Response of the Court of Appeal and the Supreme Court 327
5 Additional facts contained in the court case files 328
5.1 Introductory remarks 328
5.2 Information provided by AF 328
5.2.1 Additional facts regarding AF's donation activity in general 328
5.2.2 Could SJ and JJ been conceived following a personal meeting between AF & AJ? 329
5.2.3 Regarding the DNA tests and consequence of paternity 330
5.3 Information provided by AJ 330
5.3.1 Names of the putative fathers 330
5.3.2 An account of AJ's attempts to become pregnant 331
5.3.3 Re CJ's and JJ's right to information about the donor 332
6 Discussion 332
6.1 The Court's approach 332
6.2 An alternative approach 334
6.2.1 Indications that a teleological interpretation of the legislation might have been helpful 334
6.2.2 Indications that the FB 1:5 amendments were aimed at Swedish donors who donated in Sweden 335
6.2.3 Treatment and donation occurred at a Danish clinic, not through informal sperm donation in Sweden 335

6.2.4 CJ and JJ could find out the identity of the donor in the future 336
6.2.5 Guarantee against future paternity claims 336
6.2.6 The possible effect of access to treatment in Sweden 337
6.2.7 An analogical application of FB 1:5, paragraph two 338
7 Concluding reflections 339
Appendix 340

Staffan Vängby
Ideologi, politik och lagstiftning 345
1 Om ämnesvalet 345
2 Om olika lagstiftningsprojekt rörande barn 347
Faderskap 347
Assisterad befruktning 348
Adoption 349
Barnaga 349
Gemensam vårdnad 350
Underhållsskyldighet 353
Föräldrars skadeståndsansvar 355
Förmynderskap för barn 356
Barnkonventionen 356
Internationell föräldrarätt 357
Barnäktenskap 358
3 Slutord 358

Författarpresentation 359

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

FÖRORD

En del händelser i livet är värda att uppmärksammas särskilt. Att professor Anna Singer, en enastående kollega och vän, fyller 60 år är ett sådant exempel. Vi, Annas vänner och kolleger, vill genom denna Vänbok visa vår stora uppskattning av hennes insatser inom svensk och internationell barnrätt. Bidragen är av skilda slag, men med barn som den gemensamma nämnaren. För oss har det blivit ett utmärkt tillfälle att kritiskt granska barnrättens innehåll och att utvidga den svenska barnrättsliga forskningen till nya områden.

En ledstjärna för Annas arbete har varit barnet som subjekt. Efter doktorsavhandlingen Föräldraskap i rättslig belysning (2000) har en rad frågekomplex, såväl traditionella som nya, fångat hennes intresse. På ett skarpsinnigt, förnuftigt och intelligent sätt har Anna tagit sig an utmaningarna. Mer än någon annan i Sverige har Anna bidragit till återväxten av en ny generation forskare med sinne och engagemang för barnrätten. Genom Annas mångsidiga författarskap har hennes idéer nått långt utanför akademin.

Rubrikerna i mellanbladen är i huvudsak framtagna av redaktörerna och avser att fånga in problematiken på ett lättillgängligt och ibland provokativt sätt.

Emil Heijnes Stiftelse för rättsvetenskaplig forskning har möjliggjort utgivningen av denna bok.

Uppsala i augusti 2017

Margareta Brattström
Professor i civilrätt, särskilt familjerätt

Maarit Jänterä-Jareborg
Professor i internationell privat- och processrätt

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

Problem med barns skadevållande och problem med föräldrars ansvar för skadeståndsskyldigheten

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

Håkan Andersson

DEN SYMBOLLADDADE LAGSTIFTNINGEN OM DET SÄLLSAMT STRIKTA FÖRÄLDRAANSVARET

Ett och annat om problemen med bråkiga barn, barnsliga moralister och brutal lagstiftning med beskäftig preventionsövertro

1 EN NORMAL UTGÅNGSPUNKT OCH EN AVVIKANDE SYMBOLLAGSTIFTNING

Andras ungar kan ställa till med mycket ofog, och då vill den drabbade gärna att oroselementens föräldrar ska ansvara för de egna barnen. Kanske upplevs då kravet som rättvist, eftersom någon annan – som hävdas ha kunnat inympa en socialt acceptabel beteendenorm hos telningarna – får bära skadan som träffat den oskyldiga parten. Dagen efter, då de egna barnen (dvs till skillnad från de andras ungar) – trots den rättskaffens inbilska självbilden, att man gjort allt som kan begäras för att ge dem en god uppfostran – råkat förorsaka motsvarande olägenheter, har rättskänslan måhända vridit sig ett halvt varv så att ett strängt föräldraansvar bedöms som ett frapperande rättighetsöver-

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

grepp. På samma sätt går det att betrakta *alternativa rättsgestaltningar* då man diskuterar barns ansvar, varvid man kan finna att ”principen om barnets bästa” – eller mantrat om ungarnas utopihimmel – både bör skydda barn som drabbas av andra barns framfart och skydda barn från att åläggas ansvarsbördor. Som synes kan en och samma princip inte stödja båda parters önskemål om konträra rättvisebilder och rättighetspositioner – att alltid slippa bära ett eget tungt ansvar och att alltid kunna finna ansvarssubjekt för de egna skadorna. Därför bör man vara försiktig med att trumfa alltför vackra moralappeller och principer; det kan helt enkelt uppstå allvarliga motsättningar i systemet om alla ska få ersättning för allt och om alla alltid – men uppenbarligen även om ingen någonsin – ska behöva ansvara.

Nedan ska dylika dysfunktioner diskuteras i anslutning till en HD-dom om en förälders sällsamt tunga ansvar – enligt det nya så kallade principalansvaret i *3:5 skadeståndslagen* (SkL) – för de många kränkningar som en tonåring spridit via de (återigen så kallade) sociala medierna på internet. Men först sätts denna lagstiftning – som i förarbetena (se mer nedan) ackompanjerades av trosvissa moralargument kring ansvar och handlingspåverkan, varvid ett strikt ansvar hävdades ha en god symbolverkan – i relief till den *skadeståndsrättsliga strukturen* av hur *barns och föräldrars ansvar* ”normalt” diskuteras. Av de betonade citationstecknen förstår läsaren, att en viss kritisk udd riktas mot den ”onormala” ordningen som helt plötsligt dykt upp i 3:5 SkL (inom parentes kan nämnas att föremålet för denna vänbok – Anna Singer – tillsammans med undertecknad författade Uppsala universitets remissvar angående den nämnda regleringen … och vi var redan då aningen skeptiska, för att inte säga rejält kritiska eller rentav starkt och uttryckligen avståndstagande).

Utgångsläget i skadeståndsrätten är att både barns och vårdnadshavares (och för övrigt de flesta andras) ansvar baseras på en culparegel, dvs man ansvarar för sådan handling respektive passivitet som efter en rättslig bedömning kan sägas ha nått nivån för ”vållande”. I sammanhanget bör dock noteras, att *culpabegreppet* inte – åtminstone inte nödvändigtvis och hursomhelst inte ofta – innefattar en moralisk stämpling av en individ respektive dennes handlande; den rättsliga innebörden av culpa är istället (bakom gängse ordvändningar avseende vårdslöshet, oaktsamhet etc) den ram för *avvägning av risker och mothänsyn*, som kan motivera att den som kopplas till riskomständig-

heterna får bära ett ansvar gentemot den som drabbas av dessa risker.[1] Traditionellt brukar man utgå från fyra faktorer, nämligen risken för skada (dvs sannolikheten), den sannolika skadans storlek (dvs allvarligheten), möjligheterna att förekomma skada (dvs handlingsalternativen) samt prövningen av om den handlande kunde inse den sålunda relevanta riskbilden. De tre första faktorerna kan ses som objektiva, medan insiktsrekvisitet är det subjektiva elementet (även om traditionens språkbruk stundtals fortfarande benämner hela culparegeln såsom subjektiv – till skillnad från det objektiva, strikta ansvaret). Själva viktningen av de fyra faktorerna handlar aldrig om någon enkel och exakt sifferkalkylering av sannolikhetsgrader och kostnadssummor etc, utan man får utifrån samhälleliga värderingar – avseende vilken risknivå som kan, respektive inte kan, accepteras – konkretisera ett svar på frågan om ett alternativt handlande normativt kan krävas.[2] Om man höjer sig över de stundtals hypotetiska handlingsregelsresonemangen, kan man – vilket då samtidigt blir den gemensamma bakgrunden till culpa och strikt ansvar – ställa frågan vem som bör bära risker inom den egna sfären; istället för spörsmålet kring vem som handlat fel (kanske till och med moraliskt fel), formuleras därmed en frågeställning avseende riskfördelning – varvid aktivt skapande respektive passivt bärande av risker hos de olika parterna situationsspecifikt preciseras.

Just med avseende på *barns ansvar*, har lagstiftningen explicit nedtonat det subjektiva insiktsrekvisitet, varför culpaprövningen företrädesvis kommer att hanteras med avseende på de just berörda objektiva faktorerna. Rättstekniskt har detta skett genom att man i regeln för underåriga (2:4 SkL) endast nyttjar ordet ”vållar” (istället för uttrycket ”uppsåtligen eller av vårdslöshet vållar”, som återfinns i den vanliga culparegeln i 2:1 SkL).[3] Med detta ordval har man medvetet

[1] Denna culpamodell med avvägning av risker och mothänsyn har i doktrinen främst framförts av Agell, Samtycke och risktagande (Stockholm 1962) s 86 ff, 100 ff och 237 ff. Se även H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten (Uppsala 2013) s 63 ff; dens, Skyddsändamål och adekvans (Uppsala 1993) s 264 ff.

[2] Se vidare Agell, Kantstenar, plåtbitar, hästboxar och dylikt – om riskbedömningar enligt culparegeln (Festskrift till Nordenson s 1 ff, Stockholm 1999) passim; H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 69 ff och 78 ff; Bengtsson/Strömbäck, Skadeståndslagen (5 uppl, Stockholm 2014) s 54 ff; Hellner/Radetzki, Skadeståndsrätt (9 uppl, Stockholm 2014) s 127 ff.

[3] Se prop 1972:5 s 116 f, 126 och 456 ff; prop 2009/10:142 s 11 f; Bengtsson/Strömbäck, Skadeståndslagen s 79 f; Singer, Barns och ungdomars skadeståndsansvar (Barn som aktör – en slutpunkt s 175 ff, Uppsala 2008) s 192 ff.

markerat, att culpabedömningen ska göras utifrån mer objektiva kriterier. Detta innebär att om en handling på objektiva grunder (dvs utifrån de tre första av de ovan nämnda faktorerna) skulle ha ådragit en vuxen person ansvar,[4] så föreligger även culpa för underåriga – varvid man kan negligera den subjektiva täckningen (dvs den fjärde faktorn). Sedan görs en skälighetsprövning, huruvida den underårige bör åläggas ansvar; därvidlag kan noteras, att om ansvarsförsäkring finns så är det ett förhållande som talar för skäligheten av ansvar.[5] Med denna inriktning på culparegelns objektivt värderande sida, kan man i dagens skadeståndsdiskussion lämna därhän den äldre skuldtanken, med dess subjektiva klander. Det innebär även, att prövningen av barns skadeståndsskyldighet just ska ses som en *rättsteknisk riskplacering* – men däremot innefattar den inte något moraliserande över, eller stigmatiserande av, det barn som objektivt tillfört sådana risker, att handlingen kan etiketteras ”vållande”. Detta illustreras av NJA 2001 s 234, vari ett förståndshandikappat barn med tändstickor tänt eld på brännbart material inomhus, varigenom skada orsakats i bostadsbyggnaden. Vid regresstalan mot barnets ansvarsförsäkring prövades huruvida handlandet varit grovt vårdslöst; HD kom fram till att culpabegreppet i försäkringsavtalslagen och skadeståndslagen har samma innebörd, dvs att det avseende barns culpa gäller ett objektiviserat synsätt. Och eftersom handlandet – att inomhus tända eld på brandfarligt material – objektivt kunde klassificeras som grovt vårdslöst, gällde regressrätten mot barnets ansvarsförsäkrare; därmed togs inte hänsyn till subjektiva faktorer hos barnet. Det har anförts, att 2001 års fall skulle utgöra ett undantag från de sedvanliga tolkningarna av ”barnets bästa”, eftersom HD inte tog hänsyn till att barn är barn; viss kritik synes därmed ha riktats mot att HD inte genomförde en subjektiviserad särbehandling, utan istället fann den objektiverande metoden mindre ingripande för barnet.[6] Genom den ovan angivna skadeståndsteoretiska kontexten, med icke-moraliserande betoning av objektiva riskfaktorer, kan man dock hellre förstå HD:s skrivning – om den objektiva prövningen såsom ”mindre ingripande för barnet personligen” – som just en betoning av att domen därmed inte innehåller någon subjektiv, personlig värdering av barnet. Då

[4] Förvisso kan jämförelsen halta i de fall handlingen är typiskt ”barnslig”, emedan bedömningen av hur en vuxen skulle ha agerat med den och den leksaken i sandlådan etc kan bli orealistisk … eller direkt surrealistisk.

[5] Se prop 1972:5 s 127, 161 och 165; se även NJA 1976 s 121.

[6] Schiratzki, Barnrättens grunder (6 uppl, Lund 2017) s 38.

endast de objektiva faktorerna prövas, kommer ju barn att slippa en dom som uttalar sig om deras (kanske ofta bristande) omdömes- eller tankeförmåga. En skadeståndsrättsimmanent tolkning av fallet påvisar således, att inget klander riktas mot barnet,[7] varför objektiveringen knappast torde vara relevant vad avser ”barnets bästa” – åtminstone inte negativt.[8]

Den givna utgångspunkten vid prövning av *föräldrars ansvar* enligt culparegeln är att man fokuserar på konkreta försummelser avseende tillsynen över barnen.[9] I vårdnadshavarens ansvar ingår att sörja för att barnet får den tillsyn som behövs med hänsyn till ålder, utveckling och övriga omständigheter.[10] Denna skyldighet har uttryckligen reglerats via 6:2 2 st föräldrabalken (FB), vari anges att vårdnadshavaren – för att hindra skadeorsakande – ska svara för att barnet står under uppsikt eller att andra lämpliga åtgärder vidtas. Enligt förarbetena ska denna regel om uppsikt ge en skärpning av ansvaret,[11] men likväl torde ett ansvar bortom situationsspecifika förhållanden inte kunna åläggas. Det bör exempelvis vara otänkbart, att genom culparegeln inskrida med skadeståndsansvar för följderna av diverse allmänna brister i föräldrarnas påverkan – eller frånvaro av sådan – på barnens handlingsmönster och attityder.[12] I skadeståndspraxis finns många

[7] Jfr redan Lundstedt, Grundlinjer i skadeståndsrätten, Senare delen II:1 (Uppsala 1948) s 37 f, om att ”ordets makt över tanken” ändå kan vara så stark, att man – trots skuldfrågans eliminerande – fortsätter betrakta vissa handlingssätt såsom ”klandervärda”.

[8] Se vidare Singer, Barns och ungdomars skadeståndsansvar s 198, som betonar fördelen med en objektiv bedömningsmetod, såsom att skadestånd kan utgå utan att man behöver ”utpeka det enskilda barnet som särskilt klandervärd”. Jfr även Strahl, Till frågan om skadeståndsskyldighet för barn (Festskrift till Ussing s 495 ff, København 1951) s 502 f, om att man kan avvara de metafysiska begreppen avseende om den unge ifråga ska anses tillräknelig eller otillräknelig samt att de aktuella skuldomdömena likväl inte innebär något konstaterande av ett sakförhållande.

[9] Se allmänt om vårdnadshavares skadeståndsansvar, Agell, Föräldrars skadeståndsansvar (Vänbok till Strömbäck s 1 ff, Stockholm 1996) passim; Dufwa, Flera skadeståndsskyldiga (Stockholm 1993) s 866 ff; Hellner/Radetzki, Skadeståndsrätt s 253 ff; Sund, Tillsyn över barn (Uppsala 1989) s 176 ff. Jfr även Strömbäck, Föräldraansvaret – är lagen riktig? (Festskrift till Bengtsson s 459 ff, Stockholm 1993) passim.

[10] Se vidare Singer, Föräldraskap i rättslig belysning (Uppsala 2000) s 433 ff, om vårdnadens olika beståndsdelar, varvid särskilt utgångspunkten inom ramen för barnets behov poängteras.

[11] Prop 1993/94:57 s 16 ff.

[12] Jfr för övrigt Sandin, En essä om rätt barndom – barnets århundrade (Festskrift till Ankarloo s 41 ff, Lund 2000) s 48 ff, om 1800-talets diskussion inom borgerskapet om “arbetarföräldrarnas försummelser” och om expertsamhällets kolonisering av familjen som började i ett ifrågasättande av föräldrarnas kompetens.

exempel på att en för sträng och förbjudande vårdnadshavarmentalitet inte står i överensstämmelse med barnets bästa; man kan inte via överbeskydd förhindra *barns sunda utveckling*, genom att övervaka och förhindra alla faror som de har att lära sig leva med. Ett exempel utgör NJA 1976 s 458, där det inte ansågs culpöst att till en nioåring överlämna en cykelpump som gjorts om till korkbössa. HD anförde, att pumpen inte kunde betraktas som en så farlig leksak, att yngre barn generellt borde förhindras att leka med den; vidare uttryckte HD, att det "för barns sunda utveckling" torde vara nödvändigt att de då och då tillåts ägna sig åt lekar som inte är helt riskfria. Även i NJA 1984 s 764 – som handlar om ansvaret för ett fritidshem – framhölls denna tematik, genom betonandet av att barn utan närmare övervakning bör få lära sig att efter stigande ålder ta allt större ansvar.

Om alltså culpaansvaret endast kan göras gällande avseende konkreta försummelser i tillsynen, har numera ett systemavvikande *strikt ansvar* tillkommit. År 2010 infördes nämligen paragrafen *3:5 SkL*, enligt vilken förälder som har vårdnaden om ett barn ska ersätta person- och sakskada samt kränkning (enligt 2:3 SkL) som barnet vållat genom brott; avseende summorna görs en begränsning till en femtedel av prisbasbeloppet för varje skadehändelse (dvs cirka 9 000 kr). Genom 3:6 2 st ges möjlighet till jämkning, om det skulle vara ”uppenbart oskäligt” med skadeståndsskyldighet enligt 3:5. Denna skälighetsbedömning ska grundas på hänsyn till ”föräldern förhållande till barnet” eller ”de särskilda åtgärder föräldern har vidtagit för att förhindra att barnet begår brott”; dessa två situationer – som i denna framställning benämns (1) relationsfallet och (2) åtgärdsfallet – ska dock, enligt förarbetena, tillämpas tämligen restriktivt. Ett på så vis konstruerat strikt ansvar, med starkt begränsade jämkningsmöjligheter, kan föranleda svåra *samhälleliga problem*. Hur mycket lagstiftningen än i teorin sänder ut ett symboliskt ansvarsbudskap, är det inte alla föräldrar som i verkligheten – dvs med hänsyn till sociala, relationella, psykologiska respektive ekonomiska realiteter – kan leva upp till de implicita skrivbordstankarna om god åtgärdshantering och ekonomisk kapacitet att bära ansvaret. Det kan till och med vara så, att lagens långa arm slår hårdast ned på dem som redan befinner sig i den socialt och ekonomiskt mest utsatta positionen – samtidigt som den symboliska handlingsdirigeringen visar sig allra mest illusorisk avseende de grupper som av olika skäl har minst möjligheter att, genom stöd och andra arrangemang, hantera sina ungdomar.

2 EN FÖLJDDIGER LAGSTIFTNINGSPROCESS OCH EN FÖLJDENLIG HD-DOM

Den just nämnda lagstiftningen i 3:5 SkL prövades för första gången i HD genom *NJA 2015 s 482*. Målet visar att domänen för kränkningsregeln i 2:3 SkL ofta är den virtuella verklighetsnivån på internet, där så många barn och ungdomar mer eller mindre ohämmat framlever sina liv. Emedan det är väldigt lätt att vräka ur sig förtalsuppgifter via tangentbordet – som om världen tog slut, istället för att egentligen starta, vid den egna bildskärmen – kommer många unga människor (och förvisso även så kallade vuxna) att oreflekterat sprida dylikt förtal till en stor krets av potentiella läsare.[13] Och emedan dessa unga flickor och pojkar oftast inte har några egna tillgångar av betydenhet (samtidigt som familjens ansvarsförsäkring givetvis inte täcker ersättning för brottsligt förtal) riskerar deras föräldrar att drabbas av skadeståndskraven. 2015 års fall berör det i media omtalade Instagrammålet, vari två femtonåriga flickor dömdes för grovt förtal då de på nätverket ”Instagram” lagt ut hårresande och kränkande uttalanden om andra ungdomar.[14] Den kvarvarande frågan i HD – sedan flickornas straff[15] och (uppenbara) skadeståndsansvar på 15 000 kr till 38 förtalade personer vunnit laga kraft efter tingsrättens dom – gällde huruvida mamman till en av flickorna skulle behöva ansvara (helt eller jämkat) enligt 3:5 SkL. Domslutet blev ett *ojämkat skadeståndsansvar*; och emedan ansvaret avser en femtedel av prisbasbeloppet, innebär fullt skadestånd cirka 9 000 kr till varje skadelidande. I

[13] Om det så kallade näthatets natur, se vidare SOU 2016:7 s 134 ff; Dahlstrand, Ära i ett rättssociologiskt perspektiv (Festskrift till Åström s 131 ff, Lund 2016) s 136 ff; Granström/Mannelqvist, Brottsoffer – rättsliga perspektiv (Lund 2016) s 80 ff; Olsen, Näthat i form av hot (SvJT 2015 s 297 ff) passim; Schultz m fl, Näthat (Stockholm 2013) s 15 ff; Sunde, Økosystemeffekten – om personvernet i sosiala medier (LoR 2013 s 85 ff) s 85 ff och 88 ff; Svahn Starrsjö, Personuppgiftslagen och yttrandefriheten (Jubileumsskrift till SvJT s 447 ff, Uppsala 2016) passim.

[14] Om olika sätt att diskutera integritetsskyddet, jfr Axberger, Integritetsskydd i perspektiv (SvJT 2009 s 468 ff) s 470 ff och 478 ff; Blume, Behandling af persondata (København 2003) s 4 ff och 207 ff; Lögdberg, Personlighetsrätt (Stockholm 1972) s 63 ff och 82 ff; Olsen m fl, Kommunikationsrätt i det elektroniska medielandskapet (Stockholm 2013) s 49 ff och 173 ff. Se även SOU 2016:7 s 137 ff, om diverse olika nya fenomen avseende spridning av integritetskänsliga uppgifter på internet, bland annat så kallad ”hämndporr”. Se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 628 ff, om privatlivsskyddet och dess gränser.

[15] Jfr Jareborg m fl, Brotten mot person och förmögenhetsbrotten (2 uppl, Uppsala 2015) s 91, om att förtalsbrottet åter – efter att länge ha levt ett undanskymt liv – fått ökad aktualitet genom utvecklingen av informationsteknologin.

HD var 15 av de ursprungliga 38 kärandeparterna kvar, varför mammans sammanlagda ansvar blev cirka 130 000 kr. Den totala potentiella skadeståndssumman för 38 parter blir därmed cirka 350 000; och om man ser domen som ett pilotmål för de hundratals förtalade ungdomarna, går mamman till mötes en mörknande framtid med miljonkrav.

Som ovan och nedan framgår, finner just denne författare – utifrån allmänna skadeståndsrättsliga och specifika mänskliga utgångspunkter – att fallets lösning är ”mindre lyckad”. Men domslutet är faktiskt ett följdenligt resultat av att HD strikt hållit sig till förarbetenas värderingar och direktiv. I lagstiftningsarbetet anfördes kriminalpolitiska tankar om ungdomsbrottslighetens motverkande. Det fanns också tydliga moralpåverkande – ja, till och med moralistiska – drag i resonemangen, då man sade sig vilja tydliggöra föräldrarnas huvudansvar för sina barn; just *genom skadeståndsrätten* ville man således *ge föräldrarna klara incitament*, att skapa ökad insyn i barnens liv samt reagera på deras antisociala beteendemönster.[16] Den moraliska appellen synliggörs genom uttalanden om att skärpningen av skadeståndsansvaret ska utgöra en viktig och tydlig signal om föräldrarnas ansvar att vägleda sina barn och ungdomar.[17]

Den *moraliska symbolfunktionen* utgjorde uppenbarligen en vital trosriktning vid departementsbehandlingen;[18] man ignorerade följdenligt den starka kritik som framkom i remissförfarandet, avseende det bristande vetenskapliga och empiriska stödet för att ett dylikt skadeståndsansvar har effekt på ungdomsbrottsligheten (här kan exempelvis nämnas kritiken från tunga instanser som Lagrådet, JO, JK, Sveriges advokatsamfund, Åklagarmyndigheten samt de juridiska fakulteterna vid universiteten i Uppsala, Lund och Stockholm). Utan att besvara invändningarna i sak, vidhölls i propositionen just tron på att det finns ”anledning att anta” brottsmotverkande resultat.[19] Och

[16] Jfr Dufwa, Flera skadeståndsskyldiga s 1697 ff, för en allmän diskussion av så kallad moralisk prevention; jfr a a s 1721 f.

[17] Se vidare om de rättspolitiska övervägandena, Ds 2009:42 s 39 ff; prop 2009/10:142 s 19 ff. Jfr även Agell, Föräldrars skadeståndsansvar s 6 ff och 15 ff; Strömbäck, Föräldraansvaret – är lagen riktig? s 462 ff, om debatten kring ett liknande förslag några decennier tidigare.

[18] Jfr Ds 2009:42 s 5 och 46; prop 2009/10:142 s 1, 24 och 26.

[19] Jfr Bengtsson, Skadestånd utom kontraktsförhållanden 2013–2015 (SvJT 2016 s 433 ff) s 434 f, angående regeringens ”höga förhoppningar” om de preventiva verkningarna. Se även Roos, Ersättningsrätt och ersättningssystem (Stockholm 1990) s 47, för följande tänkvärda devis: ”Kunskapen om preventionens betydelse i ersättnings-

gentemot kritiken, att ansvaret skulle drabba ekonomiskt svaga föräldrar, anfördes – utan att ens nudda vid skälen härför – att det finns ”goda skäl”, att föräldrarna ska medverka till att täcka dessa skador.[20]

Ytterligare ett märkligt drag i lagstiftningen, är att man i förarbetena genomgående använder *terminologin ”principalansvar”* – paragrafen är dessutom placerad i kapitel 3 SkL tillsammans med reglerna om privata och offentliga arbetsgivares ansvar – och att de motiverande resonemangen också är färgade av denna jämförelse med arbetsgivarregleringen. Men kort sagt passar bestämmelsen inte in i den skadeståndsrättsliga systematiken med principalansvar; denna ansvarsform är baserad på helt andra och *artskilda överväganden*.[21] Motivet för att en näringsidkare ska ansvara för de anställdas vållande är ju, att dessa personer arbetar just för principalens ekonomiska intressen; utifrån en ändamålsenlig riskfördelning, bör denna part därmed stå för de risker som verksamheten (inklusive de inom verksamheten anställda) skapar gentemot utomstående.[22] Den arbetsgivare som finner att en viss anställd tillfogar för mycket risker – och därmed förluster – kan åtgärda saken genom att avlägsna ifrågavarande person från sin position (… men en förälder kan inte ”avskeda” eller ”säga upp” sitt barn). Och hela den ekonomiska motiveringsoperationen med balansering av de anställdas bidrag till verksamhetens vinstproduktion, är givetvis helt främmande för en diskussion av familjens ”verksamhet”. Tro det eller ej, men från olika dubiösa källor kan erfaras, att sådana udda företeelser som kärlek, intimitet och själsfrändskap kan förklara många familjebildningssituationer – så får den ekonomiska kalkyleraren och den moraliserande skadeståndsivraren säga vad han vill.

Inför den närmare analysen av Instagramdomen, bör ännu en *inkonsekvent resonemangsstruktur* från förarbetena beröras. Det är en fråga om mål och medel, och i vart fall denne författare får intrycket, att (den ovan nämnda) moralbetoningen har fått motivera medel som

rätten står i omvänt förhållande till alla tvärsäkra påståenden om de preventiva effekterna av olika regler.”

[20] Prop 2009/10:142 s 20 och 26.

[21] Se Askeland, Erstatningsrettslig identifikasjon (Oslo 2002) s 54 ff, 73 ff och 107 ff; Holle, Hæftelsesansvar for selvstændigt virkende tredjemænd (København 2013) s 33 ff, för de senaste nordiska framställningarna om principerna bakom ansvarsbärande för andras handlingar.

[22] Jfr SOU 1964:31 s 32 f; prop 1972:5 s 181 f, 185 f och 212. Jfr även Werin, Ekonomi och rättssystem (2 uppl, Stockholm 1982) s 389 f.

går klart längre än de angivna ändamålen. Det mål som uppställs är ju, att ge föräldrar incitament att uppfylla sina åligganden som vårdnadshavare och att reagera på barnens avarter; den skadeståndsrättsligt relevanta regeln inom familjerätten är därvid 6:2 2 st 3 p FB: ”I syfte att hindra att barnet orsakar skada för någon annan ska vårdnadshavaren vidare svara för att barnet står under uppsikt eller att andra lämpliga åtgärder vidtas.” Med skadeståndsrättens vanliga culparegel är utgångspunkten, enligt ovan, att föräldrar endast bär ett ansvar för konkreta försummelser i tillsynen. Något abstrakt ansvar för vad som möjligen – utifrån ett moralistiskt synsätt – kan ses som ”dålig uppfostran” är fullständigt främmande för skadeståndsrätten.[23] I praxis finns många exempel på att ett för strängt ansvar, med övervakande och förbjudande inställning hos vårdnadshavarna, inte skulle gå ihop med principen om barnets bästa; därför förutsätter ansvar således en konkret riskbild – och ett lika konkret försummande av en föreliggande motverkansåtgärd.[24] När förarbetena till 3:5 SkL således betonar föräldrarnas ansvar, är det dessa tillsynsaspekter av vårdnadsansvaret enligt föräldrabalken som avses; det önskade incitamentet är just medvetenheten om föräldrarnas huvudansvar för tillsynen. Men medlet för att nå detta mål blev en regel om strikt ansvar för vårdnadshavaren.[25] Den motsägelsefulla *relationen mellan mål och medel* visar sig därmed i, att de föräldrar som tagit till sig budskapet – hypotetiskt (eller otroligt nog) just på grund av lagstiftningen i 3:5 – och gör allt som kan krävas enligt vårdnadsansvaret, ändå får bära ett strikt skadeståndsansvar för sådant som man inte kunnat förhindra (inom ramarna för den standard som rätten ger, dvs utan krav på koppel, elstängsel runt tonårslyan eller inlåsning i snickarboden ända till 18-årsdagen). Och om målet var att skapa reaktioner på barnens skadliga beteendemönster, blir ett strikt ansvar även för förstagångshändelser en uppenbar anomali. Det är som om moraltanken (dvs

[23] Se Askeland, Erstatningsrettslig identifikasjon s 255 ff, om den motsvarande norska regeln samt förarbetenas uppgift om svårigheterna att bevisa bristfällig uppfostran.

[24] Jfr ovan, avsnitt 1. Se vidare Lindell-Frantz, Ansvarsförsäkring i konsumentförhållande (Uppsatser om skadeståndsansvar och ansvarsförsäkring s 102 ff, Stockholm 2012) s 107 ff; Sund, Tillsyn över barn s 176 ff och 299 ff. Jfr även Dufwa, Flera skadeståndsskyldiga s 866 ff, 1336 ff och 1779 f.

[25] Redan i förarbetena till skadeståndslagen diskuterades införandet av ett dylikt strikt ansvar för vårdnadshavare, men idén avfärdades emedan inget skäl kunde anföras för ett strängare ansvar för vårdnadshavare jämfört med andra skadevållare. Se vidare SOU 1963:33 s 27 ff; prop 1972:5 s 132 ff, 148 ff och 170 ff. Jfr Sund, Tillsyn över barn s 307 ff, för en diskussion om eventuella skärpningar av ansvaret.

målen) hos lagstiftaren fullkomligt har slagit bakut, genom ett paradoxalt och dysfunktionellt skadeståndsansvar (dvs medlen). Detta ansvar ger därmed i själva verket en signal, om att den signalerade aktiva föräldrarollen – i enlighet med vårdnadsreglerna – ändå inte räcker för att slippa ifrån ansvaret.[26]

Med denna bakgrund i lagstiftningsprocessen är det dags att gå in på de mer detaljerade spörsmålen i *2015 års fall*. Det handlar alltså om mamman till en *femtonårig flicka*, som (tillsammans med en jämnårig kamrat) lagt ut *grovt förtal* om ett stort antal ungdomar på nätet. Det vanligaste påhoppet var att namngivna flickor, genom detaljerade uppgifter, smädades som ”horor” (enligt ungdomsspråket är uppenbarligen ”hora” inte synonymt med ”prostituerad” – någon som utför sexuella tjänster mot betalning – snarare tvärtom, då referensen avser någon som har sex med många utan att ens ta betalt).[27] Dotterns konto på nätverket Instagram existerade under två dagar i december 2012,[28] och under denna hektiska tid blev ett hundratal personer utsatta för förtal; detta ledde till veritabla gatuoroligheter i staden (Göteborg), då olika misstänkta utläggare och angivare nästan lynchades.[29] Eftersom HD-domen endast avser mamman, kan vi lämna de två flickornas ansvar därhän just nu; men givetvis är det enormt viktigt, att ungdomar – exempelvis genom tingsrättsdomen mot dessa flickor – får ett klart budskap om att det faktiskt inte är fritt fram, att ”svina sig” (notera ungdomsspråk igen) hur vidrigt som

[26] Se vidare för kritiska synpunkter – utöver de redan nämnda remissvaren – på regleringen, Schultz, Föräldrars ansvar för barns brott (SvJT 2010 s 195 ff) passim. Jfr Andersen, Skadeforvoldelse og erstatning (Oslo 1970) s 161 ff, för tidigare skepsis mot strikt föräldraansvar; se även Strahl, Till frågan om skadeståndsskyldighet för barn s 507, om att föräldrar såsom kategori redan är så ekonomiskt trängda, att det allmänna måste lämna bidrag, varför ett garantiansvar i realiteten skulle innebära att en del av barnbidraget skulle gå till skadestånd för barns handlingar. Jfr även Roos, Lagstiftnings- och forskningsbehov på ersättningsrättens och kontraktsrättens område (SvJT 1988 s 299 ff) s 311, som frågar sig om det inte finns positiva styrmedel istället för en konstruktion med föräldraansvar, vars effekter på samlivet inom de aktuella familjerna knappast är säkerställda.

[27] Jfr SOU 2016:7 s 150 f, om att de vanligaste orden vid nätmobbning är just ”hora” (angående flickor) och ”bög” (angående pojkar). Se vidare Wegerstad, Skyddsvärda intressen och straffvärda kränkningar (Lund 2015) s 174 ff, om det tilltagande problemet med ett språkbruk som innebär att särskilt unga flickor utsätts för nedvärderande tillmälen med sexuell anspelning.

[28] Jfr vidare Olsen, Näthat i form av hot s 300 ff och 303 ff; Sunde, Økosystemeffekten – om personvernet i sosiala medier s 92 ff, om tjänsteleverantörens eventuella ansvar.

[29] Den intresserade kan via web-radion lyssna på P3-dokumentären ”Instagramupploppen i Göteborg”.

helst på nätet, utan att man kan få betala ett högt pris i form av straff- och skadeståndsansvar. Men observera nu (mer nedan), att mamman verkligen inte kunde anklagas för något ”svineri”; så frågan är om samma budskap om dryga skadeståndshot skulle behöva drabba henne … och alla andra cirka två miljoner föräldrar i Sverige (eller, med ett mer direkt tilltal, alla ”ni andra” – dvs det kan imorgon hända även dig!).

Den nu aktuella mamman var *ensam vårdnadshavare* till flickan (och ytterligare två barn); efter en konflikt mellan mor och dotter (där den senare tyckte att mamman uppställde för mycket regler – notera vad som ovan nämnts om lagens bud till föräldrarna att skapa rättesnören) blev resultatet att *dottern rymde till pappan*. Hon bodde hos honom i några månader, och det var under denna tid som de två kritiska dagarna med aktiviteter på Instagram inträffade. Mamman försökte få dottern att flytta hem, och vid ett besök hos barnets pappa uppstod bråk med honom (enligt både mammans och dotterns vittnesmål hotade han mamman med kniv; dessa två uppgiftslämnare angav även att pappan var narkotikamissbrukare). Mamman tillkallade polis och tog kontakt med socialtjänsten för att få hjälp, men ingen ingrep – utan dottern kom att bo kvar hos pappan.

Man kan här stanna upp i berättelsen, för att med *mänsklig inlevelse* försöka förstå mammans belägenhet. I vart fall utifrån hennes upplevelse hade hon nu helt förlorat kontrollen över dottern till en narkotikamissbrukande man, som hotar henne till livet när hon försöker ta sitt vårdnadsansvar på allvar och ber att få hämta hem dottern (så att hon kan inpränta mer av det – från dotterns sida oönskade – regelverk som ungdomar ändå bör socialiseras in i). Vad skulle hon ta sig till? Polisen kunde inget göra och socialen ville inget göra – och gentemot en (såsom hon säkert uppfattade situationen) våldsam och asocial man, hade hon själv ingen chans att få hem den bortrymda dottern.

Nåväl, tillbaka till skadeståndsbedömningen i HD. Jämkningsregeln i 3:6 2 st SkL – med de två situationerna som här kallas *(1) relationsfallet* och *(2) åtgärdsfallet* – prövades. Som redan nämnts, ansåg dock HD att dessa rekvisit inte passade, varför ett ojämkat ansvar utdömdes.

Med *(1) relationsfallet* avses, att man ”med hänsyn till förälderns förhållande till barnet” kan jämka skadeståndsskyldigheten. Som ovan anförts kunde – om man enbart läser (de citerade) orden i bestämmelsen – en tillämpning ha varit möjlig i detta fall, där modern

avskurits från förhållandet till dottern under den tid då brotten begicks. Men HD läser orden på det mycket speciella sätt som förarbetena anbefaller. Därför spelar mammans ”begränsade möjligheter att utöva någon faktisk vård och omsorg” ingen roll; tvärtom betonas i domen den formella sidan av förälderns rättsliga position, genom påpekandet att det i vårdnadsansvaret ingår en ”tillsynsplikt oavsett om barnet huvudsakligen bor hos vårdnadshavaren”. Det stämmer förvisso med förarbetenas exemplifiering, att den *formella ansvarspositionen* inte upphävs av den *faktiska situationens ogenomförbara tillsyn*; det är istället det totala uteslutandet av föräldrarollen – genom exempelvis socialrättsligt omhändertagande – som avses såsom jämkningsgrund enligt förarbetena.[30] Likväl kan det tyckas som en tämligen rigid hållning, att låta den icke formellt upphävda vårdnadshavarställningen motivera ett ansvar, trots att man först noterat de ”begränsade” möjligheterna att utöva någon ”faktisk” tillsyn etc. Man kan till och med få ett intryck av cynism, då man bakom det eufemistiska uttrycket ”begränsade möjligheter” förstår realiteten med en – som det uppgavs – knivhotande narkotikamissbrukare och en icke hjälpbenägen socialtjänst.

Vidare till *(2) åtgärdsfallet*, som i lagparagrafen uttrycks såsom, att man med hänsyn till ”de särskilda åtgärder föräldern har vidtagit för att förhindra att barnet begår brott” kan jämka skadeståndet. Återigen får man konstatera, att om endast lagens ord funnits – inte dessutom förarbetenas restriktiva direktiv – kunde jämkning mycket väl ha diskuterats i detta fall; mamman hade ju trots allt försökt få hem dottern, men mötts av våld och myndighetsignorans. Förarbetena uppställer dock mycket hårda krav på vad som ska kunna betraktas som särskilda åtgärder. Ordet ”särskilda” kan annars ofta ses som synonymt med ”konkreta” och ”preciserade” (åtgärder) i det enskilda fallet; men förarbetenas bruk av termen implicerar, att det ska till alldeles extra, kvalificerade och avvikande egenheter i situationen för att jämkning ska få vidtas. Exemplen berör *upprepad brottslighet*, där en vårdnadshavare gjort allt i sin makt för att förhindra fortsatt kriminalitet – ”i form av t.ex. ett särskilt aktivt arbete tillsammans med socialtjänsten och skolan”.[31] Med just detta exempel begärs därmed något kvalificerat, *utöver att föräldern gjort vad som normalt efterfrågas*;

[30] Se RH 2014:59, om ojämkat ansvar för vårdnadshavarna, då barnet visserligen var föremål för vård enligt LVU, men vid tiden för brottet var placerat i hemmet.
[31] Prop 2009/10:142 s 37 f; jfr även Ds 2009:42 s 59 och 82.

för att uppfylla jämkningsrekvisitet fordras, att de vidtagna åtgärderna ”går längre än vad som följer av vårdnadshavarens grundläggande tillsynsansvar enligt föräldrabalken”.[32] Det är uppenbarligen dessa förarbetsuttalanden HD bygger sina domskäl på (även om här nämnda citat och referenser inte anges), då man karakteriserar mammans ansträngningar att få hem dottern, såsom att de ”legat inom den ram som tillsynsplikten enligt föräldrabalken innebär”. Och som svar på denna positiva uppgift om skyldigheternas efterlevnad, kommer så det negativa beskedet avseende jämkning, emedan det därmed inte kan anses vara fråga om ”sådana särskilt långtgående åtgärder för att förhindra brott som avses i jämkningsbestämmelsen”.

Det var just detta *motsägelsefulla budskap* som ovan omnämndes såsom en paradox. Lagstiftningens syftning är en (moralisk) signal till föräldrar, att uppfylla de krav vårdnadsplikten enligt föräldrabalken ställer på dem; men detta mål förses med medel som resulterar i skadeståndsskyldighet, trots att föräldern fullgör sina legala förpliktelser – och därtill verkligen försöker leva upp till sitt ansvar (och därmed till lagstiftningens målsättning). Och om bara ”särskilda” insatser just som respons på ”upprepad brottslighet” kan leda till jämkning, når man den inkonsekventa lösningen, att den förälder som redan före det första (eller enda) brottet försöker vidta åtgärder kommer i ett sämre läge.

Och då har vi bara kvar den allmänna jämkningsregeln 6:2 SkL, avseende ”oskäligt betungande” skadeståndsskyldighet. Men eftersom den regeln också balanseras av de skadelidandes intressen, ansågs ingen jämkning kunna genomföras i detta fall. Därför gjordes den ensamstående trebarnsmamman – som enligt uppgift i hovrätten hade en årsinkomst på bara 96 000 kr (men HD angav endast, att det inte fanns någon närmare utredning om hennes ekonomiska förhållanden) – *skadeståndsskyldig* till ett belopp av cirka 130 000 kr gentemot de femton kärandena i HD; man kan därtill, enligt ovan, förvänta *miljonkrav* från de hundratals brottsoffer som kan ta denna dom som ett pilotmål.

[32] Prop 2009/10:142 s 38, jfr även s 48; jfr Ds 2009:42 s 59 och 82.

3 EN BLÅÖGD (MEN I SVARTSYN UPPGIVEN) KONSTRUKTIVISM OCH EN ARGSINT RÖD SOPTUNNA

Det har redan framskymtat, att denne författare intar en viss kritisk hållning till att det skadeståndsrättsliga föräldraansvaret ska kunna föranleda ansvarsåläggande i sådana situationer som i det nu aktuella 2015 års fall. Det går dock inte att alltför oförblommerat kritisera HD; problemet är istället att lagstiftningen, och dess mycket tydliga intentioner i förarbetena, mer eller mindre tvingade fram detta domslut. Förvisso hade det med en portion av *kreativ tolkning* och *ambition till vidareutveckling* – som HD annars inte är främmande för – kunnat åstadkommas en annan utgång. Man skulle ha kunnat tänka sig, att konstruktivt söka använda förarbetenas positivt angivna intentioner som negativt begränsande argument vid tillämpningen; idén skulle då ha varit att ta målen på allvar, för att därigenom desarmera den bomb som medlen faktiskt medfört. Det kunde därför ha förordats, att man hellre tog den stora allmänna målsättningen som diskursram, och att man därmed tolkade jämkningsmöjligheterna avseende (1) relationsfallet och (2) åtgärdsfallet i en mer konstruktiv riktning,[33] som kunnat involvera fler situationer än de fall som nämns i förarbetenas speciella behandling av jämkningsregeln.[34] Men förarbetenas direktiv och exempel talar starkt emot en sådan läsning av paragrafens ord, och ger snarast rakt på sak just den lösning som HD nådde. Som bekant är det lättare att överpröva gamla förarbetens all-

[33] Några år före HD:s dom försökte undertecknad utkristallisera några sådana strategier; se H Andersson, Konstruktiva restriktioner avseende det så kallade ”principalansvaret” för föräldrar (InfoTorg Juridik, februari 2012) passim. Exempelvis föreslogs att en starkt engagerad förälder borde kunna få åberopa olika instruerande, pedagogiska och socialt fostrande åtgärder även i rent förebyggande fall – dvs utöver det nämnda exemplet när barnet redan uppvisat en återfallstendens i brott. Vidare diskuterades i artikeln hur mycket föräldern måste ha gjort ”utöver” sina egentliga föräldrarättsliga plikter. Eftersom det inte är en culparegel, kan inte ett vagt och allmänt påstående om ”icke-culpa” duga för att kullkasta principalansvaret för barnets brott; däremot föreslogs det vara i enlighet med lagens allmänna målsättning, att ett konkret anförande av specifika åtgärder som ligger i linje med de ”signaler och markeringar” som lagen ska sända ut, skulle kunna utgöra relevanta argument vid tillämpning av jämkningsregeln.

[34] Se vidare Lindell-Frantz, Ansvarsförsäkring i konsumentförhållande s 121 ff, för en bred inventering av underinstanspraxis om reglerna i 3:5–6 SkL.

männa bud, men svårare för en domstol att se bort från helt färska förarbeten med mycket precisa målangivelser och falltypiseringar.[35]

Så även om idén att konstruktivt läsa lagen var rimlig – och i enlighet med skadeståndsrättens övriga ändamålsstruktur – får den ambitionen härmed avblåsas, för genom HD:s dom har visats, att de ytterst specificerade förarbetsuttalandena och exemplifieringarna inte går att komma runt. Den således följdenliga tillämpningen av de uttryckliga intentionerna vid lagstiftningsarbetet visar, att för det fall man ser *sociala, mänskliga och rättssystematiska problem* med dylika lösningar, så ligger initiativet till förändring någon annanstans än hos HD – nämligen åter hos lagstiftaren. Och som sagt, man kan verkligen notera inkonsekventa och socialt oönskade – eller rentav orättfärdiga – resultat som den moraliska (moraliserande) förbättrarlagstiftningen genom 3:5 SkL har fört med sig. Förarbetenas obelagda förhoppningar om handlingsdirigering (och brottsbekämpning), rättsliga missuppfattningar och systematiska felslut (som påverkat regelutformningen på detaljnivå) samt den motsägelsefulla och ogenomtänkta (eller icke förstådda) kopplingen mellan mål och medel – där föräldrar som hörsammar budet om att göra vad som krävs enligt vårdnadsansvaret, ändå blir strikt skadeståndsskyldiga – är kort sagt inte exempel på en alltför lyckad lagstiftningsprocess. Personligen sätter jag en ära i att inte ständigt och polemiskt framföra egna rättspolitiska åsikter; därför hoppas jag dessa ändå ganska modererade sakanmärkningar kan tas på allvar. En objektivt återhållen värdering synes bli, att hela lagstiftningsarbetet i detta ärende framstår som en ödesdigert olycklig kombination av okunskap, ointelligens och sangviniskt naiv övertro på skadeståndsrättens moraliska och handlingsdirigerande funktion … och det är dessa defekter som gav upphov till den märkliga fallösningen i NJA 2015 s 482, som HD (troligen, och förhoppningsvis, motvilligt) tvingades exekvera.

Äldre läsare – åtminstone de som inte tillhör det ovan omtalade barn- och ungdomsklientelet – kanske från TV kommer ihåg den norrländske programledaren, som mot slutet av varje avsnitt av sitt konsumentmagasin använde en *stor röd soptunna*, för att frejdigt illus-

[35] Jfr Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning (5 uppl, Stockholm 1996) s 366, om att ett specifikt exempel i förarbetena ofta föranleder domstolarna, att anse saken vara klar. Jfr även Håstad, Rättstillämpning i strid mot lag (Vänbok till Adlercreutz s 167 ff, Lund 2007) s 167, om den relativt större vikt som ett uttalande i allmänmotiveringen om en central fråga borde ha i jämförelse med detaljfrågor i specialmotiveringen.

trera vad han tyckte om vissa näringsidkare och deras produkter.[36] Sedan den konstruktiva tolkningen av det så kallade principalansvaret fått ges upp, måste man nu – efter att HD demonstrerat *lagstiftningens defekter och bristande hållbarhet* – önska sig den röda soptunnan tillbaka. Den borde stå där i hungrig förväntan, att få sluka denna skadliga skadeståndsregel, varefter plåtlocket hårt och skadeglatt skallrande kunde få slå igen. Eller mer traditionellt uttryckt: Det kan starkt rekommenderas att denna föräldrarättsliga lagstiftning i skadeståndsrättslig skrud ånyo kritiskt examineras. Och även utan en entydig rättvisefantasi – exempelvis den apokryfiska principen om förälderns favör – bör de mänskliga, alltför mänskliga, konsekvenserna allvarligt övervägas … bortom de tomma moralpredikande åtbörderna och de omnipotenta feberdrömmarna om skadeståndsrättens förmåga att lösa alla mänskliga problem.

[36] Hans ärliga engagemang var förvisso lätt att parodiera, vilket faktiskt en gång skedde i en TV-satir som direkt relaterar till frågeställningen i denna artikel, nämligen relationen förälder-barn. Den minnesgoda konsumenten (av varor men också av TV-program) erinrar sig den dråpliga scenen, då TV-profilen med upprörd min hastar fram mot soptunnan hållande ett vilt fäktande barn i ett fast grepp, samtidigt som han gentemot föräldrarna utslungar den dräpande repliken ”Se här, vad jag tycker om eran skitunge!”. Observera dock att detta, för en vänlig barnrättare, repellerande ordval blott är ett motspänstigt citat – och att denna välvilliga författare ju redan inledningsvis har uppmärksammat distinktionen mellan egna barn och andras ungar (samt därvidlag tillika problematiserat en alltför entydig tolkning av vad som kan vara barnets bästa).

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

Hotar särkullbarnens arvsanspråk den nya familjen? Om rättvisan vid den längstlevande makens bortgång

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

Margareta Brattström

SÄRKULLBARN – DE NYA ”UÄ-BARNEN” NÄR DET GÄLLER RÄTTEN TILL ARV?

1 MATEMATISK RÄTTVISA

Arvsrätten utgör ett sinnrikt system för att fördela en avliden persons kvarlåtenskap. Av första till tredje kapitlet i ärvdabalken (ÄB) följer vem som ska ärva, hur stor del av kvarlåtenskapen som var och en av arvingarna har rätt till samt om arvet utfaller direkt vid arvlåtarens död eller först när en efterlevande make också avlidit.[1] Bestämmelserna medför att det typiskt sett är ganska enkelt att räkna ut hur stor del av arvet som var och en av de arvsberättigade ska få. Numera anses en av arvsrättens främsta uppgifter vara att bidra till att en rättvis fördelning mellan olika arvingar uppnås.[2] Men leder reglernas utformning och tillämpning till den rättvisa som eftersträvas? I fokus

[1] I första hand delas arvet lika mellan arvlåtarens barn (första arvsklassen), i andra hand mellan föräldrarna (andra arvsklassen) och i tredje hand mellan den avlidnas mor- och farföräldrar (tredje arvsklassen). I avliden arvinges ställe träder dess barn, barnbarn, barnbarnsbarn osv (istadarätt). Kusiner och mer avlägsna släktingar saknar dock arvsrätt. För att arvingar i andra arvsklass ska komma i fråga för arv ska det helt saknas arvingar i första arvsklass (parentelprincipen och successio ordinum). Motsvarande gäller för att tredje arvsklass i förhållande till andra arvsklass. Se vidare ÄB 2:1–3. Grundläggande förutsättningar för arvsrätt anges i ÄB kap. 1 och i ÄB kap. 3 regleras efterlevande makes rätt till arv.

[2] Jfr prop. 1986/87:1 s. 79 f. Se även Brattström & Singer, Rätt arv – Fördelning av kvarlåtenskap, 4:e uppl. Iustus Förlag 2015 bl.a. s. 28 och 199 ff.

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

för denna uppsats står särkullbarns – barn till den avlidna men inte till den avlidnas make – rätt till arv i jämförelse med andra arvingars rätt.

Ett arv ska enligt ÄB 2 kap. 1 § delas lika mellan arvlåtares bröstarvingar, det vill säga barn och i avlidet barns ställe dess barn, barnbarn eller barnbarnsbarn och så vidare. När det gäller tidpunkten för erhållandande av arvet finns det dock en skillnad beroende på vem som är barnets andra förälder. Särkullbarn har rätt att få ut sitt arv vid sin förälders frånfälle medan en efterlevande make ärver före parets gemensamma barn, som istället får sitt arv (efterarv) när båda föräldrarna avlidit, ÄB 3 kap. 1 och 2 §§. Ordningen infördes 1988 i syfte att förstärka efterlevande makes ekonomiska ställning.[3] Dessförinnan hade efterlevande make bara arvsrätt framför arvingar i andra och tredje arvsklass. Förändringen motiverades bland annat med att barns arvsrätt inte längre fyllde någon större ekonomisk skyddsfunktion, främst på grund av att barn i de allra flesta fall är medelålders vid sin förälders frånfälle, och för yngre barn finns andra skyddsmekanismer än arv. Genom förändringen skulle efterlevande makes situation kunna förbättras avsevärt, exempelvis beträffande större möjligheter än tidigare att behålla makarnas gemensamma hem intakt. Efterlevande makes behov av arv ansågs dock inte vara så stort att det kunde motivera arvsrätt framför särkullbarn.[4] De känslomässiga banden mellan efterlevande make och å ena sidan makarnas gemensamma barn och å andra sidan särkullbarn till den först avlidna maken antogs skilja sig åt och det bedömdes därför förståeligt om särkullbarn inte fann sig ha anledning att behöva vänta på sitt arv. Genom att låta särkullbarn erhålla sitt arv vid sin förälders frånfälle undgicks dessutom risken för att det inte skulle finnas något arv kvar till särkullbarnet vid efterlevande makes frånfälle. Särkullbarn gavs dock möjlighet att, i samband med sin förälders frånfälle, avstå från sin arvsrätt till förmån för efterlevande make för att istället bli efterarvsberättigad på samma sätt som makarnas gemensamma barn, ÄB 3 kap. 9 §.

Om en efterarvsberättigad bröstarvinge avlider i tiden mellan den första förälderns bortgång och den efterlevande makens död utan att efterlämna egna bröstarvingar uppkommer en speciell situation; ett särkullbarn som fått ut sitt arv vid sin förälders död får ändå del av

[3] Prop. 1986/87:1 s. 81 ff.
[4] Prop. 1986/87:1 s. 83.

efterarv.[5] Särkullbarnets ytterligare rätt kommer sig av att arvet vid första makens död fördelades efter vad som sedermera visat sig vara en felaktig förutsättning angående hur många grenar (det vill säga barn) arvet skulle fördelas mellan. Genom att skapa en efterarvsrätt för den som redan fått ut vad man trodde skulle bli dennas arv, kommer den först avlidna makens samtliga bröstarvingar få lika stora andelar av den makens kvarlåtenskap. På så sätt uppnås den matematiska rättvisa mellan arvlåtarens barn som följer av stirpalgrundsatsen, jfr ÄB 2 kap. 1 §.

I samband med det reformarbete som ledde fram till den nyss nämnda förstärkningen av efterlevande makes arvsrätt föreslog familjelagssakkunniga att laglotten skulle avskaffas.[6] Bestämmelser om laglott finns i ÄB 7 kap. och innebär att en bröstarvinge kan begära jämkning av ett testamente till annan för att därigenom erhålla hälften av vad som skulle utgått i arv om inget testamente förelåg. Familjelagssakkunnigas förslag vann inte gehör.[7] Laglotten ansågs visserligen inte ha betydelse för bröstarvingarnas försörjning. Däremot hade den en viktig funktion att fylla när det gällde att skapa rättvisa mellan bröstarvingarna. Särkullbarn befarades missgynnas om arvlåtaren tilläts förfoga fritt över hela sin kvarlåtenskap genom testamente. Omständigheten att så kallade uä-barn (barn födda utom äktenskap) så sent som år 1969 erhållit samma rätt som övriga barn till arv efter sin far och hans släktingar framhölls som ett särskilt skäl för att tiden inte var mogen för att avskaffa laglotten.[8]

Vid en makes frånfälle är det relativt vanligt att det finns särkullbarn, ungefär en tredjedel av alla som är gifta lever i en ombildad familj.[9] Nedan kommer ändamålet att uppnå en rättvis fördelning av arv att prövas i relation till ett antal arvsrättsliga situationer. I tur och ordning kommer ÄB 3 kap. 8 §, ÄB 3 kap. 3 § samt några frågor

[5] Prop. 1986/87:1 s. 235.
[6] SOU 1981:85 s. 206 ff.
[7] Prop. 1986/87:1 s. 79 f.
[8] Prop. 1986/87:1 s. 80. Angående vägen fram till lika arvsrätt för alla barn, se t.ex. Singer, Föräldraskap i rättslig belysning, Iustus förlag 2000 s. 57–71, 125–128 och 491–518 samt Singer, Blodsband, släktskap, försörjning eller kanske kärlek?: Om arvsrättens grund och funktion i det postmoderna samhället i Samfunnsutvikling og arverettslige utfordringer, Thomas Eeg (red.), Cappelen Damm Akademisk 2013 s. 99–119.
[9] Jfr Brattström, Bodelning mellan makar – verklighetens betydelser för framtidens regelutformning, FAB 2011 Nr 1 s. 74 och 94. Se även https://www.scb.se/sv_/Hitta-statistik/Artiklar/50-000-barn-ar-med-om-en-separation-varje-ar/.

kopplade till försäkringsersättning att belysas, särskilt beträffande just särkullbarns ställning och rätt.

2 ÄB 3 KAP. 8 §

Regeln i ÄB 3 kap. 8 § infördes i samband med att efterlevande make fick arvsrätt framför gemensamma barn år 1988. Genom bestämmelsen utesluts Allmänna arvsfonden från rätten till arv (jfr ÄB 5 kap. 1 §) om det vid efterlevande makes frånfälle finns arvingar efter någon av makarna. Fram till 1988 hade en sådan ordning bara gällt till förmån för efterlevande makes arvingar. Om det då bara fanns arvingar efter den först avlidna maken erhöll de sin efterarvsandel medan resten tillföll arvsfonden. Ordningen ansågs irrationell; arvets storlek var beroende av vem av makarna som efterlämnade släktingar. Det skulle vara mer naturligt att arvsfonden inte ärver något så länge det finns arvsberättigade släktingar efter någon av makarna.[10] Vid tillämpning av ÄB 3 kap. 8 § betraktas arvet i sin helhet härröra från den make som arvtagarna är släkt med, vilket motiverats med att man bara kan ärva egna släktingar.[11]

Utformningen av regeln föranledde en omfattande diskussion inom doktrinen angående vilka släktingar till den först avlidna maken som skulle kunna vara berättigade till arv när en efterlevande make avled utan att lämna egna arvsberättigade arvingar.[12] Omfattades en arvinge som fått ut sitt arv vid första makens död, såsom vanligtvis gäller för ett särkullbarn till den först avlidna maken, eller arvingar i tredje arvsklassen? Genom NJA 2005 s. 400 har frågan i båda fallen fått ett nekande svar; det krävs en konkret efterarvsrätt för att ärva med stöd av ÄB 3 kap. 8 §.

> Omständigheterna i NJA 2005 s. 400 var följande: Vid en makes frånfälle avstod den efterlevande makan från sin rätt till förmån för den avlidna makens särkullbarn (det får antas att makan grundade sin rätt

[10] Prop. 1986/87:1 s. 96 f. och 238.
[11] Prop. 1986/87:1 s. 238.
[12] Se bl.a. Eriksson, Några problem med anknytning till 1987 års familjerättsreform, SvJT 1989 s. 326 f.; Walin, Några problem i den nya arvsrätten. Replik till Anders Eriksson, SvJT 1989 s. 717 ff.; Agell, Den nya arvsrätten och metoderna för dess tolkning, SvJT 1990 s. 38 ff.; Eriksson, Några ytterligare synpunkter på tillämpningsfrågor med anknytning till 1987 års familjerättsreform, SvJT 1990 s. 270 ff.; Lind, Det nya svågerskapsarvet enligt ÄB 3:8 s. 333 ff. I festskrift till Gösta Walin, Norstedts Juridik 2002.

på testamente, en omständighet som inte framgår av rättsfallsreferatet). Sedermera avled den efterlevande makan utan att lämna egna arvsberättigade släktingar. Den först avlidna makens barn begärde att boet skulle avträdas till en boutredningsman. De ansåg sig taleberättigade och menade att de skulle ärva hela boet. Domstolen tog in ett yttrande från Allmänna arvsfonden, genom Kammarkollegiet. Arvsfonden menade sig vara den enda arvingen; den först avlidna makens arvingar saknade arvsrätt då de fått ut hela sitt arv vid sin förälders frånfälle. Samtliga instanser avvisade särkullbarnens ansökan om boutredningsman. Varken särkullbarn – som tagit ut sitt arv vid sin arvlåtares frånfälle – eller arvingar i tredje arvsklass kan med stöd av ÄB 3 kap. 8 § erhålla arv vid efterlevande makes frånfälle. I en sådan situation tillfaller arvet istället Allmänna arvsfonden.

En av HD:s ledamöter var skiljaktig, justitierådet Lennander. Hon anförde en rad argument för sin ståndpunkt, bland annat följande. ”Kravet [på konkret efterarvsrätt] får till följd att arvsrätten för den först avlidna makens efterarvingar blir beroende av att den efterlevande maken ärvt någon, om än helt obetydlig, egendom med fri förfoganderätt. Vidare missgynnar ett sådant krav generellt den först avlidnas särkullbarn, däremot inte hans släktingar i andra arvsklassen, t.ex. syskonbarn, eftersom de förstnämnda har rätt att ta ut sitt arv redan vid arvlåtarens död, medan de sistnämnda inte har sådan rätt. Särskilt egendomlig blir effekten om den först avlidna maken har två särkullbarn, och det ena tar ut sitt arv genast medan det andra inte gör anspråk på sin andel förrän vid den sist avlidnas frånfälle. Dessutom blir arvsrätten fortfarande beroende av i vilken ordning makarna avlider, något som bestämmelsen i 3 kap. 8 § ÄB enligt förarbetena skulle förhindra.”

Enligt min och många andras mening strider resultatet av HD:s dom i NJA 2005 s. 400 mot syftet med bestämmelsen i ÄB 3 kap. 8 §.[13] Därtill kommer att den gynnade ställning som särkullbarn ansetts berättigade till, genom direkt arvsrätt vid sin förälders frånfälle (jfr ovan under 1), föranleder ett missgynnande i jämförelse med andra barn (eller arvingar i andra arvklass) vid tillämpningen av ÄB

[13] Utöver justitierådet Lennander, som var skiljaktig i NJA 2005 s. 400, se t.ex. Walin & Lind, Kommentaren till Ärvdabalken, Del I, 7:e uppl. s. 132 ff. samt Brattström & Singer, Rätt arv s. 150. Jfr dock SOU 1998:110 s. 186 f. angående skälen till att något förslag till ändring av ÄB 3 kap. 8 § inte lämnades av utredaren.

3 kap. 8 §. Ett sådant resultat rimmar illa med grundregeln i ÄB 2 kap. 1 § om att bröstarvingar ska få lika stora delar av arvlåtarens kvarlåtenskap. Detta särskilt då arv som tillfaller någon med stöd av ÄB 3 kap. 8 § i sin helhet anses härröra från den make som den arvsberättigade är släkt med.[14] Det är svårt att förstå varför inte den här situationen ska behandlas på samma sätt som när ett av makarnas gemensamma barn avlider efter den först bortgångna föräldern men före den andra föräldern (utan att efterlämna egna bröstarvingar, jfr ovan under 1). Då fördelas den lediga/nya delen lika mellan den först avlidna makens övriga bröstarvingar.[15]

I ett senare fall, NJA 2016 s. 422, har ett särkullbarn (genom istadarätt till förmån för sina barn) getts rätt att med stöd av ÄB 3 kap. 8 § erhålla hela boet när efterlevande make inte hade egna arvingar men efterarvsrätt för särkullbarnet föreskrivits i makarnas inbördes testamente. Allmänna arvsfonden ansåg sig ha bättre rätt till den del av boet som efterlevande maken ägt med full äganderätt då det enligt arvsfondens mening inte fanns utrymme att tillämpa ÄB 3 kap. 8 § vid testamentarisk efterarvsrätt. HD konstaterade dock att

> ”Ordalydelsen i 3 kap. 8 § ÄB omfattar även den nu aktuella situationen, att efterarvsrätt för den som är arvsberättigad efter någon av makarna dessutom har föreskrivits i testamente. Allmänt sett framstår det också som egendomligt om ett testamente som har samma effekt som den legala arvsordningen skulle medföra att arvsrätten faller bort. Det skulle också komma i konflikt med det grundläggande syftet med bestämmelsen.
>
> Det nu sagda bekräftas av 12 kap. 1 § ÄB. Där framgår att 3 kap. 8 § gäller också när det genom testamente har förordnats att egendom som tillkommer efterlevande make som arvinge eller universell testamentstagare ska tillfalla annan sedan makens rätt har upphört.”[16]

Med hänsyn till att kvarlåtenskap ska fördelas i enlighet med viljan som finns uttryckt i ett giltigt testamente kan man tycka att utgången i målet NJA 2016 s. 422 borde varit given. Allmänna arvsfonden och Hovrätten för Västra Sverige har dock varit av en annan mening. Om den meningen fått råda hade resultatet utgjort – ytterligare – ett

[14] Prop. 1986/87:1 s. 238.
[15] Prop. 1986/87:1 s. s. 235.
[16] Citatet avser punkt 6 och 7 i HD:s dom, NJA 2016 s. 422.

exempel på negativ särbehandling av särkullbarn i jämförelse med andra arvingar.

Ett särkullbarn som vill förvissa sig om att kunna få ta del av vad som finns vid efterlevande makes bortgång, kan utnyttja möjligheten att med stöd av bestämmelsen i ÄB 3 kap. 9 § avstå från hela eller delar av sitt arv till förmån för efterlevande maken. Vid första makens död är det dock svårt att med säkerhet förutse hur situationen i ett enskilt fall kommer att vara vid den efterlevande makens frånfälle. Att skjuta upp sin rätt till arv kan, som konstaterats i lagförarbetet från 1986/87, leda till att det vid efterlevande makes frånfälle inte finns något arv kvar till särkullbarnet (eller till andra efterarvingar).[17]

3 ÄB 3 KAP. 3 §

En omständighet som medför att det kanske inte finns något för efterarvingar att ärva vid en efterlevande makes frånfälle är att denna ärver sin make med fri förfoganderätt, jfr ÄB 3 kap. 2 §. Den andel som den efterlevande maken ärver med sådan rätt utgör tillsammans med andelen som denna make innehar med full äganderätt *en* förmögenhetsmassa.[18] Över sin förmögenhet bestämmer efterlevande make ensam; kapital kan förbrukas, egendom kan avyttras och till och med ges bort – allt utan redovisningsplikt mot efterarvingarna. Skillnaden mellan fri förfoganderätt och full äganderätt visar sig främst vid efterlevande makes frånfälle. Den andel som efterarvingarna ska erhålla i arv kan efterlevande make inte förfoga över genom testamente.

Att rätten till efterarv utgörs av en andel – en kvotdel – istället för de värden eller egendom som en efterlevande make ärvt innebär att såväl värdeökning som minskning av förmögenheten mellan makarnas dödsfall delas mellan båda makarnas arvingar vid efterlevande makes frånfälle. Några få undantag finns dock, reglerade genom ÄB 3 kap. 3, 4, 6 och 7 §§. Det är den förstnämnda, vederlagsbestämmelsen i 3 kap. 3 §, som kommer att belysas här.

Grund för vederlag för den först avlidna makens arvingar föreligger när den efterlevande maken genom gåva eller annan därmed jämförlig handling utan tillbörlig hänsyn till den först avlidna makens

[17] Prop. 1986/87:1 s. 83.

[18] Angående skillnaden mellan vad som erhålls med fri förfoganderätt respektive innehas med full äganderätt se t.ex. Brattström & Singer, Rätt arv, kap. 3 och 5, särskilt 3.5, 3.6.3 samt 5.3.

arvingar orsakat väsentlig minskning av sin egendom. Det är inte ovanligt med situationer då man i efterhand får avgöra om den efterlevande förfarit med sin egendom på ett sätt som måste accepteras av efterarvingarna, eller om de är berättigade till vederlag. Flera ganska vaga rekvisit ska samtidigt föreligga för att efterarvingarna ska kompenseras.

Det första rekvisitet för att vederlag ska utgå till efterarvingar – att den efterlevande maken genom *gåva eller annan därmed jämförlig handling* ska ha minskat sin egendom – är förhållandevis tydligt. Rena gåvor likväl som andra transaktioner med klart benefikt inslag, såsom försäljning till underpris kan grunda ersättningskrav för efterarvingarna. En i praktiken ofta förekommande situation då bestämmelsens tillämplighet åberopas är när den efterlevande inköpt försäkringar med annan än en efterarvinge som förmånstagare, jfr försäkringsavtalslagen (2005:104, FAL) 14 kap. I lagförarbeten till arvsregeln nämns inte specifikt denna typ av transaktion. Det är dock tämligen givet att det kan vara en sådan benefik rättshandling som kan föranleda vederlagsrätt; förmånstagarförordnande brukar jämställas med gåva.[19]

Det andra rekvisitet – att efterlevande make ska ha företagit rättshandlingen *utan tillbörlig hänsyn* till efterarvingarna – illustrerar den balans som måste företas mellan å ena sidan makes rätt att fritt kunna förfoga över hela sin förmögenhet och å andra sidan skyddet för efterarvingarna att deras rätt till arv inte reduceras kraftigt eller går förlorad genom benefika transaktioner av den efterlevande. I förarbetena till 1928 års arvslag, genom vilken bestämmelsen som nu återfinns i ÄB 3 kap. 3 § infördes, betonades att en objektiv bedömning av den efterlevande makens disposition skulle göras för att avgöra om den företagits utan tillbörlig hänsyn till efterarvingarna. Oberoende av vad som föranlett en efterlevande make att företa en viss handling bör det prövas om den allmänt sett framstår som ett otillbörligt missgynnande av efterarvingarna. Men även om förfarandet framstår som ett otillbörligt missgynnande kan det finnas omständigheter som gör att handlingen framstår som tillbörlig. Av NJA 1949 s. 625 framgår exempelvis att förfarandet inte ska anses som otillbörligt när efterle-

[19] I NJA 2013 s. 736 var parterna ense om att förmånstagarförordnandet var att jämställa med gåva. Jfr även Walin & Lind, Kommentaren till Ärvdabalken, Del I, 7:e uppl. s. 103; Hellner, Försäkringsrätt, 2:a upp. 1965 s. 538 samt Brattström & Singer, Rätt arv s. 141 f.

vande make haft anledning att anta att handlingen inte skulle missgynna efterarvingarna även om så blev fallet. Det räcker dock inte att efterlevande makes syfte med transaktionen varit ett annat än att undandra värden från efterarvingarna för att vederlag ska undgås.

Beträffande förmånstagarförordnanden till en försäkring finns det särskilda omständigheter att beakta vid prövningen av om rättshandlingen företagits utan tillbörlig hänsyn till efterarvingarna. En försäkring har ofta flera syften, till exempel att först utgöra ett skydd för försäkringstagaren och vid dennas frånfälle trygga den ekonomiska situationen för en förmånstagare. Har försäkringen i första hand tecknats för att skydda försäkringstagaren ligger det inom ramen för den fria förfoganderätten. När försäkringen främst tecknats med tanke på en eller flera förmånstagare vid försäkringstagarens död bör det utgöra ett exempel på rättshandling som företagits utan tillbörlig hänsyn till efterarvingarna. Förmånstagarförordnande är den enda dödsrättshandling som vid sidan av testamente är tillåten i svensk rätt, jfr ÄB 17 kap. 3 § och FAL 14 kap. 1 §. En efterlevande make är, som redan nämnts, förhindrad att genom testamente förfoga över det han eller hon erhållit med fri förfoganderätt vid första makens död, ÄB 3 kap. 2 §. För att systemet ska bli koherent måste enligt min mening ett förordnande vars främsta syfte är att skydda förmånstagaren kunna föranleda vederlag till efterarvingarna. Detta gäller särskilt om jämkning av ett förmånstagarförordnande enligt FAL 14 kap. 7 § inte är möjligt (se vidare nedan avsnitt 4.2).

I verkligheten torde det vara svårt att avgöra om efterlevande make inte visat efterarvingarna tillbörlig hänsyn om inte också konsekvenserna av en benefik rättshandling beaktas; vilken omfattningen minskningen har orsakat. Det tredje rekvisitet för att vederlag ska utgå innebär ju att handlingen ska ha medfört en *väsentlig minskning* av den efterlevandes egendom. Det har saknats prejudicerande praxis angående vilken omfattning som krävs för att en väsentlig minskning ska föreligga. För egen del har jag tillsammans med Anna Singer argumenterat för att frågan ska avgöras på samma sätt som vederlagsregeln i äktenskapsbalken (ÄktB), vilket skulle innebära att en minskning om ungefär tio procent skulle ge rätt till vederlag.[20] Stöd för vår ståndpunkt har vi hämtat från lagförarbetet till 1928 års arvslag, där någon tydlig gräns för vad som ska utgöra en väsentlig minskning

[20] Brattström & Singer, Vederlag enligt ÄB 3:3. Dagens Juridik. September 2009. Se även Rätt arv s. 142 ff.

inte angavs men hänvisning skedde till motsvarande uttryck i giftermålsbalken.[21] I förarbetena till giftermålsbalken finns exempel där vederlag skulle utgå när giftorättsgodset minskats med omkring tio procent eller något mindre.[22] Vid äktenskapsskillnad tillämpas numera den nyss nämnda vederlagsregeln ÄktB 11 kap. 4 §. En förändring av ordval från ”väsentlig minskning” till ” i icke obetydlig omfattning” i äktenskapslagstiftningen kommenteras inte i förarbetet, utan en minskning om minst 10 procent, eller lägre vid höga värden, anges fortfarande som riktmärke för när vederlag ska utgå vid skilsmässa mellan makar.[23] Walin och Lind har varit av åsikten att skillnaden i uttryck mellan ÄktB 11 kap. 4 § respektive ÄB 3 kap. 3 § innebär att en större minskning krävs för att vederlag ska utgå vid arv än vid skilsmässa.[24] Genom NJA 2013 s. 736 har HD slagit fast att vederlag enligt arvsregeln normalt förutsätter att egendomen ska ”ha minskat i värde med i vart fall en fjärdedel.”

> I NJA 2013 s. 736 hade den efterlevande maken vid sin hustrus död ärvt hela kvarlåtenskapen med fri förfoganderätt, med efterarvsrätt för parets gemensamma barn. Mannen gifte sedermera om sig, och tecknade en kapitalförsäkring med sin nya maka som förmånstagare. Vid mannens frånfälle erhöll den nya hustrun 1 015 346 kr från försäkringen. Efterarvingarna – särkullbarn i förhållande till den efterlevande hustrun – begärde vederlag med stöd av ÄB 3 kap. 3 § motsvarande de 18 procent som försäkringen orsakat minskning av deras morsarv. Efter redogörelse av omständigheterna i fallet, efterarvsrättens konstruktion samt lagförarbeten till bestämmelsen i ärvdabalken respektive giftermåls- och äktenskapsbalken, konstaterar HD:
>
> ”Lagtexten i 3 kap. 3 § ÄB ger uttryck för ett krav på större minskning av egendomen än vad som avses i 11 kap. 4 § ÄktB, vilket också är i linje med det grundläggande syftet bakom den efterlevande makens

[21] Uttrycket hämtades från giftermålsbalken 9 kap. 1 § (rätt till boskillnad när make väsentligt minskat sitt giftorättsgods) och 13 kap. 6 § (vederlag vid bodelning vid makes väsentliga minskning av sitt giftorättsgods), som också ansågs kunna vägleda vid tolkningen av vederlagsregeln i arvslagen (NJA II 1928 s. 309).
[22] NJA II 1921 s. 191. För den arvsrättsliga regeln illustreras dock tillämpningen med ett exempel där minskningen varit 30 procent (NJA II 1928 s. 305).
[23] Prop. 1986/87:1 s. 172.
[24] Walin & Lind, Kommentar till Ärvdabalken, Del I 6:e uppl. s. 110. Jfr 7:e uppl. (utgiven efter NJA 2013 s. 736) s. 104 f.

arvsrätt och rätten till efterarv och med den självständiga förfoganderätt för den efterlevande som betonas i motiven.

Vid bedömningen av om egendomen har minskats väsentligt genom gåvan bör man mera se till relativa tal än till absoluta tal. Det är således inte antalet kronor utan värdet satt i relation till egendomen i övrigt som är avgörande. I kravet på en väsentlig minskning får normalt anses ligga att egendomen måste ha minskat i värde med i vart fall en fjärdedel."[25]

Trots HD:s klara besked angående tolkningen av begreppet "väsentlig minskning" finns det enligt min – och Anna Singers – mening skäl att ifrågasätta resultatet; en okommenterad förändring av ordalydelsen beträffande bodelning mellan makar har getts verkningar för efterarvingars rätt att erhålla vederlag.[26] Ett alltför generöst handlingsutrymme för benefika transaktioner av den efterlevande maken riskerar dessutom att undergräva idén om efterarv som ett uppskjutet arv efter den först avlidna föräldern. En balans mellan de olika intressen som aktualiseras vid en makes död – och ända fram till efterarvets fördelning – är viktig av flera skäl. Såväl den efterlevande maken som den avlidnas arvingar måste kunna ges adekvat skydd för att regelsystemet i längden ska upplevas som legitimt. Det är ett känt faktum att konflikter lätt uppstår i samband med fördelning av kvarlåtenskap, inte sällan mellan särkullbarn och en ny partner till arvlåtaren. Därför är det angeläget att tvister förebyggs genom en genomtänkt reglering som ger var och en den rätt som systemet i grunden syftar till. Ett intresse kan därför inte tillåtas inskränka på ett annat. När den först avlidna maken efterlämnar särkullbarn har dessa barn, som framgått ovan, rätt att få sitt arv direkt vid den egna förälderns frånfälle, bland annat för att banden mellan efterlevande make och särkullbarnet antas skilja sig från vad som gäller mellan efterlevande make och gemensamma barn och för undvikande av att det inte finns något arv kvar till särkullbarnet vid efterlevande makes frånfälle. I förhållande till en ny make blir ursprungsmakarnas gemensamma barn särkullbarn. Enligt norsk och dansk rätt medför efterlevande makes omgifte, liksom två års samlevnad med en sambo, skifte enligt arveloven § 23,

[25] Citatet avser punkt 15 och 16 i HD:s dom, NJA 2013 s. 736.
[26] Brattström & Singer, Rätt arv s. 143 och 213 ff.

såvida inte efterarvingarna samtycker till annat.[27] För svenskt vidkommande har en sådan ordning avfärdats med hänvisning till bland annat att skyddet för efterlevande make skulle försämras.[28] Såvida det finns andra sätt att balansera de olika parternas intressen anser jag att det är en klok inställning.[29] Frågan är dock om den tolkning av ÄB 3 kap. 3 § som följer av NJA 2013 s. 736 kan sägas bidra till en rimlig balans. Eller illusterar rättsfallet att de farhågor som föranlett särkullbarns direkta arvsrätt har grund för sig? I en sådan situation ärver särkullbarnen visserligen, enligt ÄB 3 kap. 1 §, båda sina föräldrar framför den nya maken vid den efterlevande makens/förälderns frånfälle, men kan då få finna sig i att arvet efter den först avlidna föräldern minskat betydligt.

4 SÄRSKILT OM FÖRSÄKRINGSERSÄTTNING OCH EFTERARV

4.1 Allmänt

När det gäller försäkringar finns det särskilda möjligheter som kan leda till att andra än en förmånstagare får del av försäkringsersättningen. Sådan ersättning tillfaller visserligen förmånstagaren direkt utan att beaktas i bodelning mellan den avlidna och dennas make, eller ingå i den avlidnas kvarlåtenskap, ÄktB 10 kap. 5 § och FAL 14 kap. 7 §.[30] I lagförarbetena motiverades detta med att man bör utgå från att försäkringstagaren haft goda skäl för sitt förordnande.[31] Men bröstarvingar kan enligt FAL 14 kap. 7 § 2 st. begära jämkning av förordnandet. Och vid förmånstagarens frånfälle föreligger det i många fall en efterarvsrätt avseende försäkringsersättningen, vilket följer av NJA 1975 s. 302. Nedan ska båda möjligheterna belysas vad avser särkullbarns utsikter att få del av försäkringsersättning.

[27] Se vidare t.ex. Asland, Lengstlevendes rett til arv og uskifte – mulig utvikling i norsk arverett i Utviklingen i nordisk arverett – tegn i tiden, TemaNord 2013:517 s. 104.
[28] Prop. 1986/87:1 s. 86.
[29] Jfr Asland i nyss åberopade arbete, där såväl positiva som negativa konsekvenser av en sådan ordning framgår.
[30] Se även prop. 1986/87:86 s. 103.
[31] Prop. 1986/87:86 s. 104. Jfr även prop. 1992/93:187 s. 190 och prop. 2003/04:150 s. 292.

4.2 Jämkning enligt FAL 14 kap. 7 §

Jämkning av ett förmånstagarförordnande med stöd av FAL 14 kap. 7 § ska medges om förordnandet skulle leda till ett oskäligt resultat för den bröstarvinge som begärt jämkningen. Frågan ska avgöras fristående från vad bröstarvingen skulle ha fått i arv om ersättningen ingått i kvarlåtenskapen.[32] Istället genomförs en helhetsbedömning som omfattar både skälen för förordnandet och förmånstagarens respektive bröstarvingens ekonomiska förhållanden.

En bröstarvinge som är vuxen och kan försörja sig anses sällan ha behov av försäkringsersättning. Jämkning kan dock övervägas om förordnandet används för att missgynna ett särkullbarn i förhållande till efterlevande make eller nya barn, särskilt om det inte finns någon nämnbar kvarlåtenskap att ta del av för särkullbarnen.[33] Sådana var förhållandena i NJA 1995 s. 423, där ett förordnande till förmån för en mans två barn i hans nya äktenskap jämkades delvis till gagn för hans två barn från ett tidigare äktenskap.[34]

Vad gäller bröstarvingarna i NJA 2013 s. 736, vars morsarv minskat påtagligt genom faderns förordnande till förmån för sin nya hustru, kan man anta att de inte skulle få framgång vid en begäran om jämkning enligt bestämmelsen i FAL 14 kap. 7 §. Mitt antagande bygger på att en handling som inte föranleder vederlag enligt ÄB 3 kap. 3 § knappast kan anses leda till ett oskäligt resultat enligt försäkringsavtalslagen, särskilt inte om bröstarvingarnas försörjning är tryggad och de erhållit betydande värden genom arv från båda sina föräldrar.

4.3 Efterarvsrätt

En förmånstagare erhåller som huvudregel försäkringsersättning med full äganderätt, det vill säga samma huvudregel som gäller vid arv. Undantag gäller dock ofta när det är en efterlevande make som varit förmånstagare, som istället presumeras erhålla ersättningen på samma sätt som arv, alltså med fri förfoganderätt och efterarvsrätt för försäkringstagarens egna arvingar. Någon uttrycklig lagregel rörande detta finns inte men följer av NJA 1975 s. 302.

[32] Prop. 1986/87:86 s. 59 ff. och 102 ff.
[33] Prop. 1986/87:86 s. 60 och 104 f.
[34] För en kommentar av rättsfallet se Walin & Lind, Ärvdabalken En kommentar Del II, 6:e uppl. s. 404 och Brattström & Singer, Rätt arv s. 120 f.

I NJA 1975 s. 302 hade en hustru avlidit, och knappt tre månader därefter avled även maken. Makarnas tillgångar hade utgjort var och ens enskilda egendom. Ingen av makarna hade barn, men efterlämnade arvingar i andra arvsklass. Maken erhöll vid hustruns frånfälle dels arv, dels försäkringsersättning genom ett förmånstagarförordnande. Efter mannens bortgång uppkom tvist mellan makarnas arvingar angående fördelningen av försäkringsersättningen. Hustruns efterarvingar hävdade rätt till hälften av försäkringsersättningen medan mannens arvingar ansåg att ersättningen i dess helhet ingick i mannens kvarlåtenskap.

HD gav hustruns efterarvingar rätt och uttalade att en sådan ”regel i allmänhet bör tillämpas, att förmånstagarförordnande ej föranleder avsteg från reglerna om sekundosuccession”.[35] Domstolen motiverade sitt ställningstagande med motsvarande skäl som ligger bakom tolkningsregeln i ÄB 12 kap. 1 § om efterarvsrätt vid inbördes testamente mellan makar. Testamente och förmånstagarförordnande ansågs i väsentlig utsträckning fylla samma funktioner. Förmånstagarförordnandets främsta uppgift, liksom motsvarande testamente, fick förutsättas vara att skydda en efterlevande make, inte att avgöra egendomens fördelning efter båda makarnas frånfälle. Domstolen angav att det typiskt sett inte kan antas att makar har ägnat fördelningen mellan båda makarnas arvingar vid den längstlevande makens död någon djupare eftertanke. Vid förmånstagarförordnande gällde ett sådant antagande än starkare eftersom testamente regelmässigt får antas ”ge uttryck för en genomtänkt och välövervägd önskan hos testator rörande hur med hans egendom skall förfaras efter hans bortgång även på längre sikt, [men] så icke är fallet med förmånstagarförordnande rörande försäkringar [som istället brukar följa standardiserade försäkringsvillkor, jfr FAL 14 kap. 3 §].”[36] I domen poängteras dock att omständigheter av olika slag kan föranleda avsteg från den angivna allmänna regeln om rätt till efterarv för den först avlidna makens arvingar. Som exempel nämns om försäkringstagaren genom testamente gett sin make oinskränkt rätt till sin kvarlåtenskap (genom förordnande om full äganderätt).

[35] NJA 1975 s. 302, på s. 314. Uttalandet skulle i princip medföra att hela försäkringsersättningen borde ha tillfallit hustruns arvingar, eftersom makarnas egendom utgjort enskild egendom, men beroende av talans utformning blev det hälften. Se vidare Brattström och Singer, Rätt arv s. 138.
[36] NJA 1975 s. 302, på s. 313.

Avgörandet innebär att efterarvsrätt enligt ÄB 3 kap. 2 § föreligger beträffande försäkringsersättning som en efterlevande make erhållit som förmånstagare, om inte särskilda omständigheter talar för annat. Med mindre än att det tydligt framgår kan man alltså inte utgå från att den först avlidna maken önskat missgynna sina egna arvingar genom ett förmånstagarförordnande för sin efterlevande make.

Men vilka efterarvingar kan vara berättigade att få del av värden som uppkommit genom försäkringen? Frågan kan antas vara av större praktisk betydelse än när motsvarande fråga uppkommer i relation till ÄB 3 kap. 8 § (jfr ovan under 2). Det är nämligen relativt få personer som avlider utan att efterlämna arvsberättigade arvingar,[37] samtidigt som försäkringar utgör den vanligaste sparformen för svenska hushåll och många försäkringar innehåller förordnanden om förmånstagare.[38]

Vid 1975 års avgörande (NJA 1975 s. 302) hade efterlevande make inte arvsrätt framför gemensamma barn utan bara framför arvingar i andra och tredje arvsklass. Enligt bland annat Anna Singers och min mening bör bröstarvingar inklusive först avlidna makens särkullbarn ingå bland dem som kan vara berättigade att ta del av försäkringsersättningen som efterarv.[39] Walin och Lind anser däremot att först avlidna makens särkullbarn normalt är uteslutna från rätten till efterarv i en sådan situation.[40]

[37] I Sverige avlider omkring 90 000 personer per år. Under 2015 erhöll arvsfonden egendom, helt eller delvis, från 625 dödsbon. Se Regeringens Skr. 2015/16:190 s. 6.

[38] Försäkringsförbundets faktablad: Sparande. I Sverige finns mera än 20 miljoner tecknade livförsäkringar; många av dem innehåller ett dödsfallsskydd. Under år 2013 inbetalades drygt 201 miljarder kronor i premier till försäkringsbolag (Försäkringsförbundet, Försäkringar i Sverige. Statistik 2013 s. 10), varav 64 miljarder till olika former av privata livförsäkringar (Försäkringsförbundets faktablad: Sparande). Samma år utbetalades drygt 83 miljarder kronor i pensioner och dödsfallskapital från privat tecknade försäkringar (Försäkringsförbundets faktablad: Sparande). Majoriteten av drygt 9 miljoner tjänstepensionsförsäkringar kan förutsättas ha någon form av efterlevandeförmån som utfaller till en förmånstagare vid arbetstagarens död. Av Statistisk årsbok 2014 s. 356 framgår att värdet av hushållens privata försäkringar och individuella pensionssparande uppgick till närmare 4 000 miljarder kronor vid utgången av 2012.

[39] Brattström & Singer, Rätt arv, 4 uppl. s. 135 samt Om efterarvsrätt till försäkringsersättning som tillfallit efterlevande make som förmånstagare – särskilt särkullbarn, Blendow Lexnova Expertkommentar – Familjerätt, februari 2016. Se även Nilsson, Efterarv vid makes förmånstagarförvärv (http://uu.diva-portal.org/smash/get/diva2:781530/FULLTEXT01.pdf) samt Öjstrand, Rätten till efterarv i makes förmånstagarförvärv (http://www.diva-portal.se/smash/get/diva2:1073169/FULLTEXT01.pdf).

[40] Walin & Lind, Kommentar till Ärvdabalken Del II, 6:e uppl. s. 392. Jfr föregående upplaga (5:e), s. 412 f., där författarna intar en något mindre klar position.

När en person avlider ska boupptecknin förrättas och ges in till Skatteverket för registrering, se ÄB 20 kap. Förekomsten av livförsäkringar med förmånstagarförordnande, som medför att ersättningen inte ingår i kvarlåtenskapen, ska enligt 5 § antecknas i boupptecknin. Fram till 2013 framgick det av Skatteverkets hemsida att den först avlidna makens samtliga arvingar skulle kallas till boupptecknin förrättningen efter den efterlevande maken. Det var en ordning som garanterade att var och en som ansåg sig vara berättigad till efterarv fick kännedom om efterlevande makens frånfälle och därmed möjlighet att tillvarata sin rätt. I en ny version av sin rättsliga vägledning verkar Skatteverket emellertid ha tagit intryck av Walin och Lind och ändrat uppfattning. Enligt myndighetens mening är det numera endast makars gemensamma bröstarvingar och den först avlidna makens arvingar i andra arvsklass som kan vara berättigade till efterarv avseende försäkringsersättning och som ska kallas till boupptecknin, eftersom de är ”efterarvingar enligt lag”.[41] Genom sitt ställningstagande har Skatteverket intagit en position som kan anses stå i strid med den princip som slogs fast i NJA 1971 s. 109; att samtliga med potentiell arvsrätt måste kallas till boupptecknin sammanträde.[42] Skatteverkets ställningstagande förefaller dessutom ha fått till följd att boupptecknin efter en efterlevande make som anger särkullbarn till den först avlidna maken som möjliga efterarvingar till försäkringsersättning inte ens registreras. En sådan hantering kan ifrågasättas. Skatteverkets uppgift är att registrera boupptecknin, inte att avgöra vem som är dödsbodelägare – särskilt inte i fall där rättsläget är oklart.[43]

Det finns en rad skäl som talar för att Walins, Linds och Skatteverkets bedömning angående vem som kan vara berättigad till efterarv avseende försäkringsersättning begränsats till en alltför snäv krets. Man verkar ha förbisett omständigheten att särkullbarn i flera situationer har rätt till efterarv och alltså inte kan uteslutas genom hänvisning till ”efterarvingar enligt lag”. Efterarvsrätt gäller exempelvis när den avlidna testamenterat till förmån för sin efterlevande make utan

[41] http://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2016.1/340782.html?q=boupptecknin+och+f%C3%B6rs%C3%A4kring.

[42] Jfr Skatteverkets ställningstagande 2005-12-14, där de kommit till motsvarande slutsats. Se https://www.skatteverket.se/rattsinformation/arkivforrattsligvagledning/arkiv/stallningstaganden/aldre/ar/2005/stallningstaganden2005/13165530505111.5.5c13cb6b1198121ee8580001484.html.

[43] Jfr HFD 2016 ref. 32.

att ange att arvet erhålls med full äganderätt. Med tanke på HD:s motivering i NJA 1975 s. 302, att tolkningsregeln om efterarvsrätten i ÄB 12 kap. 1 § även bör omfatta förmånstagarförordnanden, bör särkullbarn inte uteslutas från efterarvsrätt avseende försäkringsersättning med mindre än att särskilda omständigheter talar för det i ett enskilt fall. Likheten mellan testamente och förmånstagarförordnande borde få till följd att situationen med förmånstagarförordnande till efterlevande make kan jämställas med den som förelåg i NJA 2016 s. 422 (jfr ovan under 2). Särkullbarn bör därmed normalt omfattas av rätten till efterarv vad avser försäkringsersättning. En sådan ordning stämmer dessutom överens med den grundläggande arvsrättsliga principen om rättvis fördelning mellan arvingar i samma arvsklass, som följer av stirpalgrundsatsen reglerad genom ÄB 2 kap. 1 §.[44]

Vid beräkningen av hur stor del som på grund av förmånstagarförordnande ska utgå i efterarv vid den efterlevande makens frånfälle får man beakta att särkullbarn i många fall har fått ut delar av sitt arv redan vid den egna förälderns död. Situationen hanteras på samma sätt som när ett särkullbarn genom testamente fått ut delar av sitt arv vid sin förälders död och ska få resterande del av arvslotten vid den efterlevande makens frånfälle. Frågan regleras i ÄB 3 kap. 2 § 2 st.[45]

Arvingarna från NJA 2013 s. 736, som i det målet inte ansågs berättigade till vederlag enligt ÄB 3 kap. 3 § avseende sin förälders förmånstagarförordnande till sin nya hustru, bör enligt min mening, med framgång kunna framställa anspråk på efterarv från sin far beträffande försäkringsersättningen vid förmånstagarens frånfälle.

5 RÄTTVIS FÖRDELNING AV ARV TILL BARN?

Av vad som framgått ovan följer att användningen av särskilda regler, eller fördelningen av speciella tillgångar, kan leda till att den rättvisa som regleringen i ÄB 2 kap. är tänkt att resultera i rubbas vad gäller arvingars rätt till arv. Tillämpningen av ÄB 3 kap. 8 § slår specifikt mot särkullbarn, liksom den tolkning beträffande efterarvsrätt till

[44] Jfr även prop. 1986/87:1 s. s. 235. Där framgår, som redan angetts, att när ett av makarnas gemensamma barn avlidit före den efterlevande makens frånfälle utan att efterlämna egna bröstarvingar; då ska det avlidna barnets andel delas mellan den först avlidnas övriga bröstarvingar inklusive särkullbarn.

[45] Se Brattström och Singer, Rätt arv s. 138 ff. för exempel på beräkning av efterarv vid förmånstagarförordnanden m.m.

försäkringsersättning som Skatteverket numera står för. HD:s specificering av vilken omfattning som gåvor skänkta av en efterlevande make ska ha för att vederlag enligt ÄB 3 kap. 3 § ska komma ifråga, innebär att efterarvingar oavsett släktband till den först avlidna maken kan få finna sig i en betydande minskning av ”sitt” arv. Gissningsvis är dock risken för att arvet minskar i värde genom benefika transaktioner särskilt påtaglig i förhållande till den först avlidna makens särkullbarn. Lagstiftaren förefaller vara medveten om det; i lagförarbeten nämns i flera sammanhang att en efterlevande make kan vilja prioritera en ny familj framför barn från ett tidigare förhållande.[46] Det är också den omständigheten som dels föranlett att särkullbarn har rätt till arv direkt vid sin förälders frånfälle, dels motiverat att laglotten inte avskaffats. När det nu visat sig att arvsutfallet för särkullbarn ändå kan bli sämre än för andra arvingar borde det föranleda en översyn av regleringen.[47] Eller har vi inte kommit längre än att sådana barn kan särbehandlas på motsvarande sätt som tidigare gällt ”uä-barn”, som inte förrän 1969 fick arvsrätt efter sin far och hans släktingar? En sådan ordning, eller tolkning, borde enligt min mening tillhöra en svunnen tid.

[46] Exempelvis prop. 1986/87:1 s. 79 f och 83 samt prop. 1986/87:86 s. 60 och 104 f. Jfr även advokaterna Bergquist och Stribys erfarenheter redovisade i en debattartikel i DN. Se http://www.dn.se/debatt/laglotten-skyddar-sarkullbarnen-och-bor-inte-avskaffas/.

[47] En översyn kan vara motiverad av flera skäl, se t.ex. Singer, Utvecklingen i Nordisk arvsrätt – tecken i tiden i Utviklingen i nordisk arverett – tegn i tiden, TemaNord 2013:517 s. 41 ff.; Brattström & Singer, Rätt arv s. 196 ff. Eriksson, Reglerna om efterarv – ett komplicerat system i Vänbok till Maarit Jänterä-Jareborg, Iustus förlag 2014 s. 9 ff. Civilutskottets offentliga utfrågning om familjerätten är i takt med tiden, Rapporter från riksdagen 2015/16:RFR27. Flera av våra nordiska grannländer har nyligen genomfört modernisering av sin arvsrätt, varvid balansen mellan efterlevande makes/sambos intressen i relation till särkullbarn övervägs särskilt, se vidare om norsk, dansk och finsk rätt i Utviklingen i nordisk arverett – tegn i tiden, TemaNord 2013:517.

Om barnet vägras ombord-
stigning eller barnets bagage
förstörs? Vågar du resa med
barn, eller låta ditt barn
resa ensamt?

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

Anders Eriksson

BARNS RÄTTIGHETER SOM FLYGPASSAGERARE

1 INLEDNING

Bestämmelser om flygpassagerares rättigheter finns i ett antal transporträttsliga internationella konventioner, i några EU-förordningar och i nationell lagstiftning. Sådana bestämmelser kan även finnas i allmänna eller individuella avtalsvillkor som gäller för flygtransporten. Bland konventionerna är det för svensk del framför allt den s.k. Montrealkonventionen[1] som är av intresse. I den finns bl.a. bestämmelser om flygpassagerares rätt till ersättning för personskador samt skador på grund av flygförseningar och förlorat, skadat eller försenat bagage. Enligt dessa bestämmelser ansvarar transportören för dödsfall eller kroppsskada som tillfogas passagerare under förutsättning att den skadebringande händelsen inträffat ombord på luftfartyget eller vid ombordstigningen eller avstigningen. Transportören ansvarar vidare om incheckat bagage förstörts, förlorats eller skadats om den skadebringande händelsen inträffat ombord på luftfartyget eller under den tid då bagaget var i transportörens vård. Transportören ansvarar dock inte i den mån som skadan orsakats av bagagets egenskaper eller av en inneboende defekt eller svaghet hos det. När det gäller handbagage, inbegripet personliga tillhörigheter, ansvarar

[1] Konventionen den 28 maj 1999 om vissa enhetliga regler för internationella lufttransporter. Beträffande konventionens tillämplighet, se lagen (2010:510) om lufttransporter. I vissa situationer ska i stället den s.k. Warszawakonventionen tillämpas, se Anders Eriksson, Flygpassagerares rättigheter, Karnov Group, 2013, s. 18 ff.

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

transportören för skador, om transportören eller dennes anställda eller uppdragstagare har orsakat skadan genom fel eller försummelse.[2] Transportören ansvarar också för skador till följd av försening vid lufttransporter av passagerare och bagage. Det gäller dock inte om transportören ”visar att denne och dennes anställda eller uppdragstagare har vidtagit alla de åtgärder som rimligen kan begäras för att undvika skadorna eller att det var omöjligt att vidta sådana åtgärder”.[3] Konventionen innehåller också regler om beloppsmässiga begränsningar av transportörens ansvar.[4] Vidare anges i konventionen att varje avtalsvillkor som har till syfte att befria transportören från skadeståndsansvar eller att bestämma lägre ansvarsgränser än de som anges i konventionen är ogiltigt, men att transportavtalet som sådant ändå är giltigt och omfattas av bestämmelserna i konventionen.[5]

Bland EU-regelsystemen är det framför allt EU-förordningen 261/2004 om fastställande av gemensamma regler om kompensation och assistans till passagerare vid nekad ombordstigning och inställda eller kraftigt försenade flygningar som är av intresse. Den är direkt tillämplig som lag i Sverige.[6] Bestämmelserna i förordningen är tvingande till flygpassagerarnas förmån och får alltså inte åsidosättas genom avtal.[7] Förordningen är tillämplig på transporter från en flygplats inom EU samt på transporter från en flygplats utanför EU till en flygplats inom EU om det lufttrafikföretag som utför transporten är ett s.k. EG-lufttrafikföretag.[8] Enligt förordningen har passagerare rätt – med vissa undantag – till ekonomisk kompensation av lufttrafikföretaget vid nekad ombordstigning och inställd flygning.[9] Några uttryckliga bestämmelser om passagerares rätt till ekonomisk kompensation vid försenad flygning finns inte i EU-förordningen. EU-domstolen har dock slagit fast att passagerare vid försenad flygning har rätt till sådan kompensation, om de till följd av förseningen nått sin slutliga bestämmelseort tre timmar eller mer efter den

[2] Se artikel 17 i Montrealkonventionen.
[3] Se artikel 19 i Montrealkonventionen.
[4] Se artiklarna 21–25.
[5] Se artikel 26.
[6] Jfr 3 § lagen (2010:510) om lufttransporter.
[7] Se artikel 15 punkt 1.
[8] Se artikel 3. Beträffande viss utvidgning av tillämpningsområdet samt vissa undantag, se Anders Eriksson, a.a., s. 16 f, 19 och 26 ff. Utvidgningen innebär att Norge, Island och Schweiz likställs med EU i detta sammanhang.
[9] Se artiklarna 4, 5 och 7 i förordningen.

ankomsttid som ursprungligen fastställdes av lufttrafikföretaget.[10] Liksom vid inställd flygning gäller dock det undantaget att rätt till kompensation inte föreligger, om lufttrafikföretaget kan visa att förseningen (respektive den inställda flygningen) beror på extraordinära omständigheter som inte skulle ha kunnat undvikas även om alla rimliga åtgärder hade vidtagits.[11] Det är den passagerare som begär kompensation som ska bevisa att flygplanet ankommit till den slutliga bestämmelseorten med tre timmars försening eller en större försening än så. Om passageraren bevisar att flygplanet varit försenat tre timmar eller mer, är det lufttrafikföretaget som – för att undgå skyldighet att betala kompensationen – ska bevisa att förseningen beror på extraordinära omständigheter som inte skulle ha kunnat undvikas även om alla rimliga åtgärder hade vidtagits.

Det bör observeras att ansvaret enligt EU-förordningen ska bäras av det flygbolag som utför eller avsetts utföra flygningen. Detta gäller även om flygningen ingår i en paketresa. En researrangör är alltså inte skyldig att betala kompensation enligt EU-förordningen när förutsättningarna för sådan betalning föreligger. Det är i stället flygbolaget som ska betala kompensationen.[12]

Förordningen innehåller också bestämmelser om assistans till passagerare vid nekad ombordstigning, inställd flygning och försenad flygning.[13]

En annan EU-förordning som är av betydelse i detta sammanhang är EU-förordning 889/2002 om ändring av EG-förordning 2027/97 om lufttrafikföretags skadeståndsansvar vid olyckor. Genom den ändras rubriken till förordning 2027/97 till att lyda ”om lufttrafikföretags skadeståndsansvar avseende lufttransport av passagerare och deras bagage”. Genom den förordningen läggs fast att Montrealkonventionen ska tillämpas även på lufttransporter inom en enda medlemsstat samt att EG-lufttrafikföretags skadeståndsansvar för passagerare och deras bagage alltid regleras av Montrealkonventionen.[14]

[10] Se domstolens dom i de förenade målen C-402/07 och C-432/07. Jfr domstolens dom i de förenade målen C-581/10 och C-629/10.

[11] Jfr artikel 5 punkt 3.

[12] Se punkterna 5 och 7 i förordningens preambel.

[13] Se artiklarna 4–6, 8 och 9.

[14] Se artiklarna 1 och 3 i förordningen 2027/97 efter ändringen. Med EU-stat likställs Norge, Island och Schweiz och med EG-lufttrafikföretag lufttrafikföretag med licens i dessa länder.

Även paketreselagen (1992:1672) kan bli tillämplig när en flygresa ingår i en paketresa. Enligt 15 § paketreselagen ska researrangören, om en väsentlig del av den avtalade resetjänsten inte kan tillhandahållas, ordna lämpliga ersättningsarrangemang utan extra kostnad för resenären. Kan ersättningsarrangemang inte ordnas eller avvisar resenären på godtagbara grunder sådana arrangemang, ska arrangören, om det är skäligt, utan extra kostnad för resenären tillhandahålla likvärdig transport tillbaka till platsen för avresan eller till någon annan ort som resenären godkänner. Innebär en förändring av resan av nu nämnt slag en försämring för resenären, är denne, om det är skäligt, berättigad till prisavdrag och skadestånd.

Vid andra fel i de avtalade tjänsterna i paketresan har resenären rätt till prisavdrag och skadestånd, om inte felet beror på resenären. Resenären har dock inte rätt till skadestånd, om arrangören visar att felet beror på ett hinder utanför arrangörens kontroll som denne inte skäligen kunde förväntas ha räknat med när avtalet ingicks och vars följder denne inte heller skäligen kunde ha undvikit eller övervunnit. Om felet beror på någon som arrangören anlitat, t.ex. ett flygbolag, är arrangören fri från skadeståndsskyldighet endast om också den som han har anlitat skulle vara fri enligt samma förutsättningar som gäller för arrangören själv. Detsamma gäller om felet beror på någon annan i ett tidigare led. Om det finns fel i de avtalade tjänsterna, ska arrangören genast ge resenären den hjälp som behövs (se 16 § i lagen).

Skadeståndet vid fel i paketresa omfattar personskada, sakskada och ren förmögenhetsskada (se 17 § i lagen).

Skador som omfattas av bl.a. EU-förordning 2027/97 om lufttrafikföretags skadeståndsansvar avseende lufttransport av passagerare och deras bagage och lagen (2010:510) om lufttransporter ska dock ersättas enligt de bestämmelser som finns i dessa författningar i stället för enligt bestämmelserna i paketreselagen. Eftersom Montrealkonventionen gjorts tillämplig för Sverige genom de två nämnda författningarna, betyder det att konventionens bestämmelser ska tillämpas på sådana fel i flygtransporter i paketresan som konventionen reglerar. Av 18 § paketreselagen framgår dock att researrangören alltid är skyldig att ersätta resenären för vad denne har att fordra enligt Montrealkonventionen.

I en flygning under en paketresa kan det uppstå fel som inte omfattas av Montrealkonventionens bestämmelser. Exempelvis kan flygmaten vara av sämre kvalitet än vad som avtalats eller underhållningen under flygningen vara bristfällig jämfört med vad som utfästs. Sådana

fel omfattas inte av Montrealkonventionens reglering. För sådana fel bär researrangören ansvar enligt paketreselagen.

I det följande ska jag behandla frågan om vilka rättigheter som barn har när dessa är flygpassagerare. Min utgångspunkt blir då de nämnda regelsystemen samt i förekommande fall avtalsvillkor som gäller för transporten.

2 BARNS RÄTTIGHETER VID TILLÄMPNING AV EU-REGLERNA

2.1 Ekonomisk kompensation vid nekad ombordsstigning

När det gäller rätten till ekonomisk kompensation vid nekad ombordstigning, inställd flygning eller försenad flygning enligt EU-förordning 261/2004 finns det i och för sig inga särskilda regler som undantar barn från rätten till sådan ersättning. Trots det kan det vid tillämpningen av förordningens regler uppkomma situationer där barn inte blir berättigade till ersättning.

Spädbarn utan eget säte

När det gäller spädbarn innebär flygbolagens regler att sådana kan få resa med flygtransporten utan att ha ett eget säte. Frågan är då om ett sådant barn har rätt till ekonomisk kompensation vid nekad ombordstigning, inställd flygning eller försenad flygning?

Allmänna reklamationsnämnden har prövat sådana fall. I ett sådant fall (nämndens dnr 2011-1465) gällde det en 20 månader gammal baby som tillsammans med sina föräldrar skulle flyga med ett flygbolag från Arlanda till Åbo. Modern och spädbarnet nekades ombordstigning. Flygbolaget uppgav att orsaken var att det fanns för många spädbarn ombord på flygningen. Flygbolaget var villigt att ge modern ekonomisk kompensation enligt EU-förordningen för den nekade ombordstigningen, men ville inte ge någon sådan kompensation till spädbarnet.[15] Nämnden konstaterade att flygbiljetter köpts till både modern och barnet och fann därför att båda enligt artikel 7 i EU-förordningen var berättigade till kompensation med 250 euro vardera för den nekade ombordstigningen.

[15] Ärendet gällde också rätt till kompensation för ytterligare en vuxen person, men den frågan berör jag inte vidare här.

Flygbolaget begärde dock hos nämnden att beslutet i ärende 2011-1465 skulle omprövas. Nämnden beviljade omprövning och avgjorde därefter återigen frågan i ett nytt ärende (dnr 2011-5730). I det ärendet åberopade flygbolaget att spädbarnet inte hade eget säte i flygplanet och därför inte var berättigat till ekonomisk kompensation enligt EU-förordningen.

I artikel 2 i EU-förordningen finns en definition av begreppet nekad ombordstigning (se punkten j). Enligt denna definition i förening med bestämmelser i artikel 3 punkt 2 ska med nekad ombordstigning avses att en passagerare vägras transport trots att passageraren infunnit sig för ombordstigning på föreskrivet sätt och i rätt tid och har en bekräftad platsreservation på den berörda flygningen. Det var i ärendet ostridigt att modern och barnet på föreskrivet sätt och i rätt tid infunnit sig för ombordstigning. Vad tvisten i stället kom att fokuseras på var om barnet haft en bekräftad platsreservation på den aktuella flygningen.

I artikel 2 i EU-förordning 261/2004 anges att med ”bekräftad platsreservation” avses att passageraren har en biljett eller annat bevis som visar att platsreservationen har godkänts och registrerats av luft-trafikföretaget eller researrangören. I sitt beslut i omprövningsärendet uttalade nämnden att med ”platsreservation kan enligt nämndens bedömning inte förstås annat än att resenären ska ha ett reserverat säte”. Nämnden konstaterade därefter i sitt beslut att barnet i det aktuella fallet inte hade haft ett eget säte i planet utan på sin färdbiljett angetts som ”infant”. Nämnden fann att det mot bakgrund härav saknades stöd för att bevilja spädbarnet kompensation enligt artikel 7 i EU-förordningen för den nekade ombordstigningen.

År 2015 dök det emellertid upp ett nytt liknande ärende hos nämnden (dnr 2015-06071). Denna gång gällde det en försenad flygning. Tre resenärer, varav ett spädbarn, reste med det försenade flyget. Tvist uppstod rörande spädbarnets rätt till kompensation enligt EU-förordning 261/2004 för den försenade flygningen. Flygbolaget ville inte betala sådan kompensation till spädbarnet, eftersom det inte haft en bekräftad platsreservation på flygningen. Spädbarnet hade inte haft något reserverat säte på flygningen utan rest som ”infant” i en vuxen persons knä. I andra hand åberopade flygbolaget att spädbarnet inte hade rätt till sådan kompensation eftersom spädbarnet rest gratis. Den enda kostnaden för spädbarnets resa var flygskatten.

Spädbarnets far som förde barnets talan i nämnden anförde däremot att spädbarnet blivit registrerat och bekräftat i flygbolagets bok-

ningssystem och därmed varit ”platsreserverad” på flygningen. Vidare anförde han att spädbarnets biljettpris hade reducerats med rabatt som var tillgänglig för allmänheten och att biljettpriset efter den reduceringen utgjorts av flygskatten.

Nämnden kom fram till följande beslut.[16]

Inledning

Den fråga som nämnden ska ta ställning till är om ett spädbarn, som färdas eller avsetts att färdas i flygplanet utan eget säte, har rätt till ekonomisk kompensation enligt artikel 7 i EU-förordning nr 261/2004 vid inställda flygningar, försenade flygningar och nekad ombordstigning.

I ärendet aktualiseras frågorna om vad som i EU-förordningen avses med uttrycken ”platsreservation” och ”gratis”.

I artikel 3 i förordningen anges som en av flera förutsättningar för att EU-förordningen ska kunna tillämpas att passageraren har en bekräftad platsreservation på den berörda flygningen. I samma artikel anges vidare att förordningen inte ska tillämpas på passagerare som reser gratis.

Innebörden av uttrycket ”platsreservation” i förordningen

Artikel 2 i förordningen innehåller definitioner av vissa uttryck som används i förordningen. Ett av de uttryck som definieras där är ”platsreservation”. Enligt artikel 2 punkt g avses med ”platsreservation” att passageraren har ”biljett eller annat bevis som visar att platsreservationen har godkänts och registrerats av lufttrafikföretaget eller researrangören”. Frågan är då vad som avses med uttrycket ”plats”.

I den engelska språkversionen av förordningen lyder artikel 2 punkt g så här:

”g. *reservation* means the fact that the passenger has a ticket, or other proof, which indicates that the reservation has been accepted and registered by the air carrier or tour operator”.

I den engelska texten talas alltså inte om plats i bemärkelsen säte i planet. Det kan tyda på att det inte är av betydelse om passageraren fått bekräftat att han eller hon tilldelats ett säte i planet utan att uttrycket

[16] Beslutet meddelades den 22 juni 2016. Nämnden hade vid avgörandet en s.k. utökad sammansättning, något som används när ett avgörande bedöms ha principiell betydelse. Vid utökad sammansättning består nämnden av sju ledamöter, varav tre jurister med domarerfarenhet, två ledamöter nominerade av näringsidkarorganisationer och två ledamöter nominerade av konsumentorganisationer eller konsumentmyndigheter.

”plats” i stället ska avse om man fått bekräftat att man får åka med på planet.

För jämförelsens skull kan nämnas att den tyska språkversionen lyder som följer:

”g. Buchung den Umstand, dass der Fluggast über einen Flugschein oder einen anderen Beleg verfügt, aus dem hervorgeht, dass die Buchung von dem Luftfartunternehmen oder dem Reiseunternehmen akzeptiert und registriert wurde”.

Även den tyska versionen stödjer alltså att med ”plats” avses enbart att passageraren fått bekräftat att han eller hon får åka med på planet.

I ärendet framgår av biljetten att det bekräftats av flygbolaget att spädbarnet får åka med på flygningen. Spädbarnet får därför anses ha haft en ”platsreservation” i förordningens mening.

Innebörden av uttrycket ”gratis” i förordningen

Föräldrarna har bara behövt betala flygskatten för att barnet skulle få åka med. Frågan är då om detta innebär att barnet har fått åka ”gratis” i EU-förordningens mening. EU-förordningen innehåller inte någon definition av uttrycket ”gratis”. Inte heller i övrigt kan man av förordningen få någon ledning för hur uttrycket ”gratis” ska tolkas.

I EU-förordning nr 1008/2008 finns i artiklarna 22 och 23 bestämmelser om prissättning för flygtransporter. Av artikel 23 framgår att det görs skillnad mellan å ena sidan ”passagerarpris” och å andra sidan ”skatter, flygplatsavgifter och andra avgifter, tilläggsavgifter eller arvoden”. Där anges vidare följande:

”Det slutliga pris som ska betalas ska alltid anges och ska innehålla gällande passagerarpris samt alla tillämpliga skatter och avgifter, tilläggsavgifter och arvoden som är oundvikliga och förutsebara vid tidpunkten för offentliggörandet.”

Av bestämmelserna i denna artikel synes framgå att det är ”passagerarpriset” som utgör ersättningen till flygbolaget för flygningen. Om något passagerarpris inte betalas får därför passageraren anses flyga ”gratis”, trots att denne har betalat skatter.

EU-förordning nr 261/2004 är därför inte tillämplig på ett spädbarn för vilket det inte betalats något passagerarpris.

Nämnden fann därför i sitt beslut i ärendet att spädbarnet inte var berättigat till någon ekonomisk kompensation för flygförseningen.

Samma dag fattade nämnden också beslut i ett annat ärende (dnr 2016-03154) som avsåg en begäran om omprövning av nämndens

beslut i ett ärende (dnr 2015-10280) rörande ett spädbarns rätt till ekonomisk kompensation enligt EU-förordning nr 261/2004. I det fallet gällde det en försenad flygning som utgjorde en del i en paketresa. Av den biljett som ställts ut för spädbarnet framgick att detta var yngre än två år gammalt, inte hade fått något eget säte i flygplanet och inte hade betalat fullt pris utan i stället ett kraftigt reducerat pris för sin resa. I beslutet i ärende 2015-10280 fann nämnden att spädbarnet var berättigat till kompensation för den försenade flygningen enligt artikel 7 i EU-förordningen. Flygbolaget begärde emellertid omprövning av det beslutet och åberopade att spädbarnet inte haft eget säte i flygplanet och inte hade betalat fullt pris för sin resa.

I sitt avgörande[17] i omprövningsärendet (dnr 2016-03154) uttalade nämnden bl.a. följande:

> Nämnden har vid sammanträde i utökad sammansättning i ärende 2015-06071 beslutat att ett spädbarn som reser utan eget säte har rätt till kompensation enligt artikel 7 i EU-förordning nr 261/2004 under förutsättning att barnet inte rest gratis. I det ärendet har nämnden också behandlat frågan om vad som i förordningens mening avses med att resa ”gratis”. I ärende 2015-10280 har spädbarnet rest till ett reducerat pris, dvs. det har inte rest gratis i förordningens mening. Avgörandet i ärende 2015-10280 framstår därför inte som oriktigt.

Slutsatsen av dessa avgöranden av nämnden blir alltså att ett spädbarn som drabbas av nekad ombordstigning, inställd flygning eller försenad flygning har rätt till kompensation enligt bestämmelserna i EU-förordning nr 261/2004 (om förutsättningarna i övrigt är uppfyllda) även om barnet rest utan att ha tilldelats ett eget säte i flygplanet, förutsatt att det för barnet har betalats ett passagerarpris, dvs. att barnet inte rest gratis.[18] Vid flygningar som ingår i charterresor torde det regelmässigt vara så att det för barnet betalas ett reducerat pris, men att barnet inte reser helt gratis. Vid reguljära flygresor torde det däremot i stor utsträckning förekomma att spädbarn reser utan att betala något passagerarpris.

[17] Beslutet togs i s.k. utökad sammansättning.

[18] Denna slutsats stöds också vid en studie av alla andra språkversioner av EU-förordningen än den svenska.

Ett annat fall av spädbarns nekade ombordstigning

I Allmänna reklamationsnämndens ärende dnr 2016-06570 finns ett annat fall av nekad ombordstigning. Det gällde en man och hans fru och deras ettåriga dotter som skulle flyga från Stockholm till Paris. Familjen nekades ombordstigning eftersom flygbolaget inte kunde finna någon biljett för dottern i sitt bokningssystem. Flygbolaget vägrade därför att utfärda ett boardingkort för dottern. Enligt flygbolaget var det resebyrån som hade gjort en felaktig bokning för familjen.

Av handlingarna som getts in till nämnden framgick dock att det fanns bokningar i flygbolagets bokningssystem för både föräldrarna och dottern.

Föräldrarna begärde för sig själva och dottern kompensation enligt EU-förordning 261/2004.

Nämnden gjorde följande bedömning:

> Utredningen i ärendet visar att N.N. och två medpassagerare hade platsreservationer på den flygning som kravet avser. Det är ostridigt att de nekades ombordstigning. Det är därför flygbolaget X.X. som, för att undgå skyldighet att betala kompensation enligt förordningen, har att bevisa att det fanns skäl att neka N.N. och hans medpassagerare ombordstigning. X.X. har inte kunnat bevisa att det fanns sådana skäl och ska därför rekommenderas att betala kompensation enligt förordningen. Någon grund för att inte alla tre passagerarna skulle vara berättigade till kompensation har i ärendet inte visats föreligga. Avståndet mellan Stockholm och Paris är sådant att kompensationen bör uppgå till 400 euro per person för tre personer, dvs. sammanlagt 1 200 euro.

Nämnden rekommenderade alltså flygbolaget att betala kompensation. I skälen för avgörandet framgår att nämnden möjligen misstänkte att spädbarnet kanske inte skulle vara berättigat till kompensation. Men eftersom flygbolaget inte ens åberopat att spädbarnet rest gratis och alltså inte lagt fram någon bevisning om att så var fallet, brydde sig nämnden inte om att pröva den frågan. Bevisbördan för att spädbarnet inte skulle vara berättigat till kompensation lades alltså på flygbolaget.

2.2 Ensamflygande barns rätt till assistans

Enligt artikel 11 i EU-förordning 261/2004 ska det flygbolag som utför flygningen ge förtur till barn som reser ensamma. Det innebär att vid konkurrens mellan ett sådant barn och en vuxen person[19] om att få plats på en flygning, ska barnet få platsen och den vuxna personen nekas ombordstigning. Enligt samma artikel ska vid nekad ombordstigning, inställd flygning eller försenad flygning[20] barn som reser ensamma ha rätt till service *snarast möjligt*. Denna service ska bestå av måltider och förfriskningar i skälig proportion till väntetiden. Den ska också bestå av hotellrum i sådana fall då övernattning under en eller flera nätter blir nödvändig, eller då en längre vistelse än den passageraren planerat blir nödvändig. Servicen ska också omfatta transport mellan flygplatsen och inkvarteringsorten. Passageraren ska också erbjudas att få ringa två telefonsamtal eller skicka två telex, fax eller e-postmeddelanden. All denna service ska vara utan kostnad för resenären.[21] Vid tillämpningen av servicereglerna ska flygbolaget ta särskild hänsyn till behoven hos barn som reser ensamma.

Bestämmelserna i artikel 11 får anses innebära att barn som reser ensamma har rätt till utökad service från flygbolagets sida jämfört med vuxna passagerare. Att det ska tas särskild hänsyn till behoven hos barn som reser ensamma får anses innebära bl.a. att flygbolaget får en skyldighet att fortlöpande se till dessa barn vid inställda och försenade flygningar. Vidare torde bestämmelserna medföra att det blir i det närmaste omöjligt för flygbolagen att neka ett sådant barn ombordstigning vid överbokning, eftersom barnet ska ha förtur framför vuxna passagerare.

3 MONTREALKONVENTIONEN

3.1 Allmänt

I Montrealkonventionen finns det inte några särskilda bestämmelser om barns rättigheter som flygpassagerare. De bestämmelser i konventionen som gäller för vuxna passagerare gäller också för barn. Barn

[19] Detta gäller under förutsättning att den vuxna personen inte har nedsatt funktionsförmåga.
[20] Vid försenad flygning gäller att förseningen ska uppgå till viss tidslängd för att serviceskyldigheten ska uppstå, se artikel 6 i EU-förordning 261/2004.
[21] Jfr artiklarna 11 och 9.

har alltså på samma sätt som vuxna passagerare rätt till skadestånd vid personskador, skador på bagage, förlust av bagage eller försening av transport av passagerare och deras bagage. Barnets ålder saknar i detta sammanhang betydelse. I Montrealkonventionens mening är även ett spädbarn att anse som en passagerare. Inte heller har det vid tillämpningen av konventionen någon betydelse om barnet rest ensamt, med förälder eller med annan ledsagare.

För skadestånd enligt Montrealkonventionen gäller dock vissa beloppsbegränsningar (se artikel 22). Det bör observeras att de beloppsbegränsningar som konventionen innehåller avseende skadeståndsansvaret räknas per passagerare. Ett barn är att anse som en passagerare i detta sammanhang. Om t.ex. en resväska som innehåller både en förälders och ett barns tillhörigheter har kommit bort under en flygning som den vuxne och barnet gjort tillsammans, så har var och en av dessa båda rätt till ersättning. Beloppsbegränsningen för den förlusten blir då dubbelt så hög jämfört med om endast den vuxnes eller endast barnets tillhörigheter packats i väskan, förutsatt att både den vuxne och barnet genom förlusten tillfogats skador som uppgår till eller överstiger beloppsbegränsningen för envar av dem.[22]

3.2 Skador på bagage som medförs för barns behov

Vid flygtransporter av barn kan det hända att passagerarnas bagage innehåller utrustning som är avsedd för barnens behov. I en del fall måste sådan utrustning transporteras som s.k. specialbagage. Det gäller t.ex. barnvagnar. Flygbolagens allmänna transportvillkor innehåller ofta specialbestämmelser för sådant bagage. Det kan gälla hur bagaget ska vara konstruerat eller paketerat. En del flygbolag har också friskrivit sig från ansvar för specialbagage av olika slag eller för sådant bagage om det inte är förpackat på det sätt som anges i flygbolagets villkor. Montrealkonventionens regler om ersättning för skada på bagage (liksom förlust av bagage) är dock tvingande till resenärens förmån och kan alltså inte till nackdel för resenären åsidosättas genom avtal.[23]

Följande avgörande av Allmänna reklamationsnämnden kan belysa detta.

[22] Enligt artikel 22 är beloppsbegränsningen för skadeståndet vid förlust av bagage 1131 särskilda dragningsrätter. En särskild dragningsrätt motsvarar cirka 12 kr (maj 2017).
[23] Se artikel 26.

I nämndens ärende dnr 2016-08741 rörde det sig om en flygtransport med ett EG-lufttrafikföretag från Kreta till Stockholm. De berörda passagerarna var en familj med ett mindre barn. För barnets behov medförde familjen som bagage en barnvagn, som av lufttrafikföretaget transporterades som specialbagage. När passagerarna efter landning lämnat flygplanet såg familjen från gaten att flygplatspersonalen vid lossningen av bagaget från flygplanet tappade barnvagnen tre meter ner från planet på asfalten. När familjen skulle hämta ut barnvagnen upptäckte familjen att barnvagnens ram var bruten och att ryggplattan splittrats i ett stort antal bitar. Familjen anmälde skadan på plats i ankomsthallen och begärde ersättning för skadan av lufttrafikföretaget.

Lufttrafikföretaget motsatte sig dock att betala ersättning med motiveringen att barnvagnen skadats därför att passagerarna inte packat den på lämpligt sätt. Incheckat bagage måste enligt lufttrafikföretaget förpackas på sådant sätt att det klarar att transporteras tillsammans med annat bagage, lastas in i flygplanet och transporteras. Av den reseinformation som resenärerna fått och godkänt framgick enligt lufttrafikföretaget att en barnvagn ska förvaras i en hård förpackning, såsom Airshell eller PramPack, för att undvika skador. Att lufttrafikföretagets ansvar begränsas då en passagerare varit försumlig framgick enligt lufttrafikföretaget av både artikel 18 i Montrealkonventionen och av lufttrafikföretagets allmänna villkor för flygtransporten.

Nämnden konstaterade inledningsvis att parterna var överens om att barnvagnen skadats i samband med flygningen från Kreta till Stockholm. Nämnden noterade vidare att transportören (lufttrafikföretaget) enligt artikel 17 (2) i Montrealkonventionen ansvarar för incheckat bagage som förstörs eller skadas under förutsättning att den skadebringande händelsen inträffar ombord på luftfartyget eller under den tid då bagaget var i transportörens vård. Nämnden nämnde dock att transportören inte ansvarar för skadan i den mån denna orsakats av bagagets egenskaper eller av en inneboende defekt eller svaghet hos bagaget. Vidare påpekade nämnden att transportörens skadeståndsansvar för förstört eller skadat bagage enligt artikel 22 (2) i Montrealkonventionen var begränsat till 1 131 s.k. särskilda dragningsrätter för varje enskild passagerare.

Nämnden anförde därefter att lufttrafikföretaget som skäl för att ersättning inte skulle utgå för den skadade barnvagnen angivit att familjen inte packat vagnen på lämpligt sätt och att familjen därför

handlat försumligt. Familjen hade uppgivit att barnvagnen på uppmaning av lufttrafikföretagets incheckningspersonal lämnats till lufttrafikföretagets personal vid gaten i samband med ombordstigningen. Nämnden fann att det inte framkommit något i ärendet som gav anledning till att ifrågasätta att så skett. Vidare konstaterade nämnden att det av foton som familjen lämnat in till nämnden framgick att barnvagnen tappats i marken av flygplatspersonalen i samband med lossningen av bagage på flygplatsen i Stockholm. Nämnden fann att detta visade att barnvagnen skadats då den varit i lufttrafikföretagets vård. Nämnden ansåg vidare att något medvållande från familjens sida inte förelegat eftersom lufttrafikföretaget tagit emot barnvagnen för transport utan några invändningar om att den varit oförpackad. Nämnden fann därför att lufttrafikföretaget enligt artikel 17 (2) i Montrealkonventionen var ersättningsskyldigt för den aktuella skadan på barnvagnen.

Den slutsats man kan dra av nämndens avgörande är att om ett lufttrafikföretag tar emot en barnvagn för transport som bagage utan att göra invändning om att den inte uppfyller lufttrafikföretagets villkor rörande förpackning, så får lufttrafikföretaget ett ansvar för skador som uppstår på barnvagnen under den tid då vagnen är i lufttrafikföretagets vård, förutsatt att skadan inte beror på barnvagnens egenskaper eller en inneboende defekt eller svaghet hos vagnen. Däremot torde det inte finnas något hinder för att lufttrafikföretag sätter upp villkor för hur bagage ska vara förpackat. Sådana villkor kan tas in i såväl flygbolagets allmänna befordringsvillkor som i ett individuellt avtal. Om resenären inte har förpackat bagaget på anvisat sätt skulle lufttrafikföretaget kunna vägra att ta med bagaget. Om lufttrafikföretaget underlåter att göra det, får det däremot ett ansvar för bagaget enligt reglerna i Montrealkonventionen.[24] Detsamma gäller om lufttrafikföretaget i sina befordringsvillkor har angett att viss typ av bagage inte får medföras som incheckat bagage på en flygning. Lufttrafikföretaget torde då ha rätt att vägra att ta emot detta bagage. Om lufttrafikföretaget – trots vad som anges i villkoren – tar emot

[24] Tanken bakom detta synsätt synes vara att flygbolaget genom att ta emot bagaget utan att göra invändning om att det inte förpackats på i villkoren föreskrivet sätt får anses ha ingått ett individuellt avtal med resenären om att just detta bagage får medfölja transporten utan att vara förpackat på det sätt som de allmänna villkoren anger. Enligt allmänna rättsprinciper får innehållet i ett sådant individuellt avtal normalt anses ha företräde framför de allmänna villkoren i den mån dessa villkor skiljer sig åt.

bagaget får det dock ansvar för det enligt Montrealkonventionens regler.[25]

4 KONTRAKTSRÄTTSLIGA REGLER

4.1 Regler om ledsagning och ensamflygande barn

Många flygbolag har i sina generella avtalsvillkor bestämmelser om barn som flygpassagerare. Vanligt är att barn under fem år inte får resa utan föräldrarna eller en av dessa. Hos ett nordiskt reguljärflygbolag är reglerna i övrigt följande.

Barn i åldern 5–11 år måste ha assistanstjänst för att resa ensamma. Om barnet reser med en annan person som är minst 16 år, t.ex. ett syskon, behöver inte assistanstjänst bokas för barnet.

För barn som är 12–18 år är assistanstjänst för ensamresande barn frivillig.

Assistanstjänst erbjuds normalt för ensamresande barn i åldern 5–18 år på inrikesflyg och för barn upp till 15 år på övriga flyg.

För barn i åldern 12–16 år som reser på egen hand utan assistans, kan samtycke från båda vårdnadshavarna krävas. Vårdnadshavare ska hjälpa barn som reser ensamma att checka in och lämna bagage på flygplatsen. Vid incheckningen ska vårdnadshavaren alltid visa upp giltig id-handling. Vårdnadshavaren ska enligt avtalsvillkoren stanna kvar på flygplatsen tills flygplanet lyft.

På avreseflygplatsen ska vårdnadshavaren lämna in till flygbolaget ett dokument för ensamresande barn (handling advice unaccompanied minor) med barnets personuppgifter, resväg samt namn på den person som ska möta barnet vid ankomsten till destinationen. Dokumentet ska vara undertecknat av förälder/vårdnadshavare.

Den person som möter barnet på destinationen ska kunna visa giltig id-handling.

Om det före avgång råder minsta tvivel om att det är möjligt att landa på destinationen på grund av dåligt väder eller andra extraordinära omständigheter tillåts inte ensamresande barn på flygningen.

[25] Detta förutsätter förstås att lufttrafikföretaget har kännedom om att enligt villkoren förbjudna föremål transporteras i bagaget. Om resenären packat ner ett förbjudet föremål i sin resväska och lufttrafikföretaget saknar kännedom om det, kan förstås lufttrafikföretaget inte sägas ha ingått något individuellt avtal om att det förbjudna föremålet fick följa med på resan.

Ett annat stort nordiskt reguljärt flygbolag har följande regler för ensamresande barn.

Barn som har fyllt 12 år får resa ensamma. Barn mellan 5 och 11 år får resa inrikes tillsammans med en familjemedlem som har fyllt 12 år eller med en annan följeslagare som har fyllt 16 år. Barnet får resa med internationella flyg med en familjemedlem som har fyllt 16 år eller med en annan följeslagare som har fyllt 18 år. I andra fall krävs att flygbolagets tjänst för assistans till ensamresande barn används.

Om ett flygbolag, medvetet om att ett barn är för ungt för att få resa själv, ändå tar ombord barnet, får flygbolaget ett ansvar för barnets transport till destinationen. Genom att tillåta barnet att gå ombord, trots att barnet inte uppfyller de allmänna avtalsvillkoren för att få resa ensam, får nämligen bolaget anses ha accepterat ett särskilt avtalsvillkor om att just detta barn får flyga med på transporten. Det går då inte att göra så som ett flygbolag gjorde i Allmänna reklamationsnämndens ärende dnr 2016-08031. Ett flygbolag hade i sina allmänna villkor en bestämmelse om att barn under 16 år inte fick resa ensamma på flygningar. En femtonåring som skulle flyga ToR Stockholm – Chicago med mellanlandningar i Bryssel på både ut- och hemresan tilläts av flygbolaget att följa med ensam på flygningarna Stockholm – Bryssel, Bryssel – Chicago och Chicago – Bryssel men vägrades ombordstigning på flygningen Bryssel – Stockholm med motiveringen att barn under 16 år inte får flyga ensamma. Det var naturligtvis inte korrekt av flygbolaget. Genom att i strid med de allmänna bestämmelserna låta barnet följa med på flygningen på den första delsträckan får flygbolaget anses ha accepterat ett särskilt avtalsvillkor om att just detta barn fick flyga ensamt ToR Stockholm – Chicago.

4.2 Ansvaret för flygbolaget vid assistanstjänst

När flygbolaget erbjuder assistanstjänst åt barn kan fråga uppstå vilket ansvar som flygbolaget därigenom påtar sig? Utan att det uttryckligen regleras i några avtalsvillkor för assistanstjänsten får vissa grundläggande skyldigheter anses följa med assistanstjänsten. Tjänsten får anses innebära att flygbolaget åtar sig att se till att barnet kommer ombord på flygplanet, att det kommer fram till avsedd destination, att barnet på destinationen tas emot och ledsagas in i flygplatsterminalen och där tas om hand och att det på destinationen överlämnas till någon som enligt assistansavtalet är behörig att ta emot barnet. För fel och brister i utförandet av assistanstjänsten ansvarar flygbola-

get. Däremot torde ett assistansavtal inte innebära att flygbolaget får ett mera långtgående ansvar för barnet. Om t.ex. barnet skadar en medpassagerare på flygplanet, torde det i regel inte vara något som flygbolaget kan göras ansvarigt för.

Sistnämnda slutsats gäller enligt min mening trots att artikel 17 i Montrealkonventionen anger att flygbolaget (transportören) ansvarar för personskador som inträffar när den skadelidande är passagerare på flygplanet. Ansvaret är strikt. Personskadan behöver inte vara en typisk luftfartsskada. Om passageraren matförgiftas av den måltid som serveras på flygningen är det inte en typisk luftfartsskada, men skadan omfattas ändå av det strikta ansvaret enligt artikel 17. I den rättsliga litteraturen har dock hävdats att den händelse som orsakat skadan måste ha sin grund i flygtransportverksamheten. Det skulle alltså krävas att det finns ett orsakssammanhang mellan flygtransportverksamheten (i ordets breda bemärkelse, innefattande allt som rör transportverksamheten, inklusive t.ex. servering av måltider ombord) och personskadan. Däremot skulle det inte finnas anledning att tro att de fördragsslutande staterna avsett att konventionen skulle lägga på flygbolagen ett ansvar för allehanda vardagsrisker, om dessa inte i det enskilda fallet har ett samband med flygtransportverksamheten. Om t.ex. en passagerare överfaller och skadar en annan passagerare medan båda befinner sig i flygplanet, skulle med detta synsätt den åstadkomna personskadan inte omfattas av flygbolagets (transportörens) skadeståndsansvar.[26] Det kan dock konstateras att själva konventionstexten inte innehåller något stöd för den uppfattningen, även om den enligt min mening framstår som rimlig.

4.3 Särskilda utfästelser avseende barn

Det förekommer i viss utsträckning att flygbolagen i sin marknadsföring avseende transporten gör särskilda utfästelser som rör barn som resenärer. Det kan gälla t.ex. underhållning ombord under flygningen eller att särskild barnmat serveras som flygmåltid. Sådana utfästelser blir bindande för flygbolaget. Om utfästelsen inte uppfylls, innebär det i regel ett kontraktsbrott från flygbolagets sida.

[26] Se Elmar Giemulla och Ronald Schmid (red.), Montreal Convention, 1992, med senare ändringar (lösbladssystem), kommentarerna till artikel 17 i konventionen, punkterna 16–20. Författarna påstår att domstolsavgöranden som lagt på transportören ett skadeståndsansvar för sådana situationer är oriktiga. Jfr Anders Eriksson, Flygpassagerares rättigheter, 2013, s. 78 f.

I ett ärende hos Allmänna reklamationsnämnden (dnr 2016-09038) hade ett flygbolag utfäst att särskild babymat skulle tillhandahållas under en flygresa Los Angeles – Stockholm som en 18 månader gammal baby gjorde med sina föräldrar. I flygbolagets allmänna marknadsföring angavs att ” en babymåltid består av välling, burkar med fisk eller kött och grönsaker samt fruktpuré”. Nämnden kom fram till att det fick anses följa av transportavtalet att en sådan babymåltid skulle tillhandahållas babyresenären. När det visade sig att det enda som serverades under flygningen var en enda barnmatsburk, fruktpuré och juice, fann nämnden att flygbolaget inte fullt ut tillhandahållit babyresenären utfäst måltid. Resenären var därför enligt nämnden berättigad till ett mindre prisavdrag.

Också när utfästelsen avser att underhållning ska finnas ombord som är anpassad för barnens behov kan det bli aktuellt med prisavdrag om det visar sig att den utfästa underhållningen saknas. Det torde dock krävas att utfästelsen är väldigt specifik för att ett prisavdrag ska kunna bli aktuellt.

I de s.k. Dreamlinerärendena hade ett flygbolag genom kraftig marknadsföring angett att vissa av bolagets flygningar skulle genomföras med ett nytt, toppmodernt flygplan, Dreamlinern, med avancerat underhållningssystem vid varje flygstol. En passagerare anmälde till Allmänna reklamationsnämnden (se nämndens dnr 2014-07170) att flygbolaget bytt flygplanstyp på den flygning som han beställt och att det flygplan som han fick flyga med hade sämre komfort och underhållningssystem än vad Dreamlinern hade. Passageraren ansåg därför att han hade rätt till prisavdrag. Flygbolaget medgav att det när passageraren hade beställt sin biljett hade uppgivit att flygningen skulle utföras med en Dreamliner, men att bolaget senare hade tvingats sätta in ett annat flygplan på flygningen. Nämnden konstaterade att ett allmänt lovordande av en vara eller en tjänst inte kan grunda någon ersättningsskyldighet för ett företag. För att en bindande utfästelse ska anses föreligga måste enligt nämnden företaget ha särskilt utlovat något i förhållande till den enskilde konsumenten. Finns en sådan bindande utfästelse kan företaget bli skyldigt att ersätta konsumenten, om det som utlovats inte har tillhandahållits.

Nämnden konstaterade därefter att den transporträttsliga lagstiftningen inte innehöll någon reglering av betydelse för den aktuella tvisten. I stället gjorde nämnden en jämförelse med annan, konsumenträttslig lagstiftning. Nämnden framhöll att det i konsumenttjänstlagen finns en regel om att en tjänst ska anses felaktig, om resul-

tatet avviker från sådana uppgifter av betydelse för bedömningen av tjänstens beskaffenhet eller ändamålsenlighet som kan antas ha inverkat på avtalet och som i samband med avtalet ingående eller annars vid marknadsföringen har lämnats av näringsidkaren (se 10 §). Nämnden framhöll att en motsvarande bestämmelse fanns i 19 § konsumentköplagen och uttalade att dessa regleringar fick anses utgöra uttryck för allmänna avtalsrättsliga principer (jfr 18 § första stycket köplagen).

Nämnden ansåg att det var rimligt att ett fel i näringsidkarens prestation ska anses föreligga om prestationen inte omfattar sådant som näringsidkaren i samband med avtalets ingående har lämnat information om, under förutsättning att informationen kan anses ha inverkat på avtalet. Om en kund inte skulle ha ingått avtalet för det fall att han eller hon hade fått klart för sig att informationen var felaktig, har informationen enligt nämnden inverkat på avtalet. Detsamma gällde enligt nämnden ifall kunden skulle ha ingått avtalet bara om priset varit lägre.

Om en transport utförs med den ena eller den andra flygplanstypen har enligt nämnden normalt knappast någon betydelse för en enskild konsument (resenär). För de flesta konsumenter är det enligt nämnden i stället att bli transporterad från avreseorten till destinationsorten som är avgörande för att han eller hon vill ingå avtalet. Den komfort som tillhandahålls under transporten (t.ex. extra benutrymme, mat och underhållning) kan dock, liksom priset eller i förening med priset, vara avgörande för en resenärs val av transportör. Nämnden bedömde att det hade betydelse för den i ärendet aktuella resenären att transporten skulle utföras under sådana säkerhetsmässiga och komfortmässiga förhållanden som en färd med Dreamlinern skulle innebära. Transporten kom i stället att utföras med ett annat plan som var äldre. Frågan är då enligt nämnden om den transporten utförts under säkerhetsmässiga och komfortmässiga förhållanden som varit sämre än vad en färd med Dreamlinern skulle ha inneburit? Nämnden konstaterade att det var resenären som hade bevisbördan för det. Nämnden fann att resenären inte hade lyckats bevisa det. Hans krav avslogs därför av nämnden. En ledamot i nämnden var skiljaktig och ansåg att den omständigheten att flygbolaget i sin marknadsföring angett att en färd med Dreamlinern var den ultimata flygupplevelsen bort innebära att många resenärer valt att flyga med detta flygbolag för att få uppleva en sådan flygning. Denna ledamot ansåg därför att resenären var berättigad till ett prisavdrag.

I andra ärenden hos nämnden som gällt Dreamlinern har utgången blivit olika beroende på om den enskilde resenären fått konkreta utfästelser om framför allt underhållningssystemets innehåll eller ej.

Om ett flygbolag gör särskilda utfästelser om att underhållning som är lämplig för barn kommer att tillhandahållas under flygningen och sådan underhållning, t.ex. på grund av ett flygplansbyte, inte tillhandahålls, innebär det ett kontraktsbrott som kan medföra prisavdrag. Beroende på situationen i varje enskilt fall får då avgöras om endast barnet ska få prisavdrag eller om också t.ex. föräldrar som reser tillsammans med barnet fått ett försämrat utbyte av resan och därför, även de, är berättigade till prisavdrag.

4.4 Barns bagage

I det förut nämnda barnvagnsfallet (Allmänna reklamationsnämndens ärende dnr 2016-08741) hade lufttrafikföretaget i sina befordringsvillkor angett att barnvagnar skulle vara förpackade på visst sätt. Som jag redan nämnt torde sådana villkor medföra att lufttrafikföretaget kan vägra att för transport ta emot barnvagnar som inte är förpackade på det sättet. I fallet lade nämnden dock vikt vid att flygbolaget tagit emot barnvagnen för transport trots att den inte varit förpackad på det sätt som föreskrevs i flygbolagets allmänna transportvillkor. Man får anta att nämnden alltså ansett att mottagandet av vagnen innebar ett avtal mellan parterna om att med frångående av de allmänna villkoren acceptera att transporten av just denna barnvagn fick ske utan att den förpackats. Genom att ta emot vagnen i det oförpackade skicket har det alltså uppkommit ett individuellt avtalsvillkor för just denna barnvagn och transport om att förpackning inte behövdes.

Ett liknande fall från tiden före Montrealkonventionens ikraftträdande är Allmänna reklamationsnämndens ärende dnr 1997-2166. I det ärendet gällde det en paketresa till Kanarieöarna. Vid incheckningen på flygplatsen uppmanades resenärerna att inköpa en särskild skyddspåse till en barnvagn som skulle checkas in. Vid framkomsten till resmålet visade det sig att barnvagnen hade blivit så skadad att den var obrukbar. Resenärerna yrkade i nämnden att researrangören skulle ersätta dem för den förstörda barnvagnen med 1 795 kr. Researrangören bestred ansvar för skadan och hänvisade till att arrangören i sina allmänna resevillkor hade friskrivit sig från ansvar för sådan skada som den aktuella.

Allmänna reklamationsnämnden gjorde följande bedömning:

> Enligt 18 § lagen om paketresor är arrangören alltid skyldig att ersätta resenären för den skada som denne har rätt till ersättning för enligt bl.a. luftfartslagen (1957:297). Enligt 9 kap. 18 § luftfartslagen ansvarar fraktföraren för skador som uppstår på resgods medan godset är i fraktförarens vård på en flygplats eller ombord på ett luftfartyg. Enligt 22 § är fraktförarens ansvar för resgods begränsat till 1 000 särskilda dragningsrätter per passagerare. I 23 § första stycket stadgas att förbehåll som inskränker fraktförarens ansvar eller som anger lägre gränser för ansvaret än 22 § är ogiltiga.
>
> Av researrangörens särskilda villkor punkten 6.3.1 framgår att researrangören bl.a. har begränsat sitt ansvar på så sätt att barnvagnar medtas på egen risk. Något stöd för en sådan begränsning finns inte i luftfartslagen. Tvärtom står begränsningen i strid med luftfartslagens tvingande regler. Researrangörens särskilda villkor ska därför på denna punkt lämnas utan avseende. Nämnden finner därför att researrangören är skyldig att ersätta skadan på barnvagnen. Skadans värde understiger 1 000 särskilda dragningsrätter. Hela skadan ska därför ersättas av researrangören.

Utgången i ärendet skulle ha blivit densamma även med tillämpning av Montrealkonventionens regelsystem, om ett likadant fall skulle dyka upp idag, även om beloppsbegränsningarna i Montrealkonventionen idag är högre.

4.5 Ansvar för resebyråer

En resebyrå är i normalfallet bara förmedlare av flygresor. I den egenskapen ansvarar inte resebyrån gentemot resenären för flygtransportens fullgörande. Det är i stället flygbolaget som bär det ansvaret. En resebyrå kan dock bli ansvarig gentemot resenären om resebyrån vid utförandet av sitt förmedlingsuppdrag har varit försumlig och därigenom orsakat en skada för resenären. En typ av fall som då och då dyker upp är att resebyrån underlåtit att utfärda flygbiljetter för medföljande barn eller utfärdat felaktiga biljetter för dessa.

Ett sådant fall är Allmänna reklamationsnämndens ärende dnr 2013-07406.

I fallet hade en kvinna beställt flygbiljetter för sig och sina tre barn av en resebyrå. Parterna var överens om att bokningsbekräftelsen kor-

rekt angav att biljetter bokats för alla fyra resenärerna. En kort tid före avresan fick kvinnan från resebyrån en handling som hade beteckningen ”Itinerary”. På den handlingen framgick att biljetter fanns för fyra resenärer med angivande av e-biljettnummer för var och en av dessa. Där angavs även resenärernas namn samt för varje resenär vilken plats i flygplanet som denne tilldelats. För alla fyra resenärerna angavs i handlingen efter e-biljettnumren ”Confirmed”.

När resenärerna kom till avreseflygplatsen upptäckte incheckningspersonalen att det saknades biljett för ett av barnen. Kvinnan tvingades att köpa en ny biljett för det barnet till en kostnad av drygt 21 000 kr. Hon yrkade i nämnden ersättning av resebyrån för den kostnaden. Resebyrån uppgav att bokningen varit korrekt för alla fyra resenärerna men att det i samband med utställandet av biljetterna av tekniska orsaker ställts ut två biljetter för ett av barnen och ingen biljett för ett av de andra barnen. Enligt resebyrån fanns den korrekta platsreservationen i bokningssystemet och resebyrån ansåg därför att flygbolaget bort hjälpa resenärerna med att skriva ut en korrekt biljett för det barn som saknade biljett. Resebyrån åberopade vidare att det i byråns avtalsvillkor tydligt angavs att kunden hade en skyldighet att granska färdhandlingarna när kunden fått dessa.

Nämnden konstaterade att det på den färdhandling som kvinnan fått, betecknad ”Itinerary”, fanns klart angivet att e-biljetter fanns för alla fyra resenärerna. Nämnden konstaterade vidare att det i ärendet inte företetts några handlingar av vilka kvinnan skulle kunna utläsa att biljett saknades för ett av barnen. Resebyrån hade skickat ”Itinerary” till kvinnan med angivande att e-biljett fanns för fyra resenärer trots att så inte var fallet. Nämnden ansåg därför att ansvaret för det inträffade föll på resebyrån. Nämnden fann därför att resebyrån var skyldig att ersätta kvinnan med yrkat belopp.

5 AVSLUTNING

Det har förhoppningsvis framgått av min redovisning att barns rättigheter som flygpassagerare i viss utsträckning är desamma som gäller för vuxna flygpassagerare men att det också finns särskilda rättigheter för barn. I synnerhet gäller det enligt reglerna i EU-förordning 261/2004, men också i stor utsträckning enligt flygbolagens allmänna befordringsvillkor.

Reglerna i EU-förordning 261/2004 ger ibland lite överraskande och kanske inte så skäliga effekter. Om ett barn betalat ett lågt pas-

sagerarpris, t.ex. 200 kr, blir det vid t.ex. en inställd flygning berättigat till full kompensation på 250, 400 eller 600 euro (beroende på flygtransportens längd). Har det inte betalt något passagerarpris utan endast t.ex. flygskatten, får barnet ingen kompensation. Skillnaden i behandling av barnet i kompensationshänseende i dessa båda fall framstår som inte helt rimlig. Men å andra sidan framstår hela kompensationsregleringen i förordningen inte som särskilt rimlig. I många fall får enligt min mening passagerarna en alltför kraftig kompensation för relativt små kontraktsavvikelser. Den pågående översynen av förordningen kan kanske i viss utsträckning råda bot på det.

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

Alla familjers möjlighet att leva som andra? Om rätt till personlig assistans för barn med funktionsnedsättningar

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

Therése Fridström Montoya

OLE, DOLE, DOFF – VILKEN TID SKA BORT?

Om föräldraansvaret vid bedömningar av rätt till personlig assistans för barn med funktionsnedsättningar

1 VEM HAR ANSVARET FÖR FUNKTIONSHINDRADE BARNS HJÄLPBEHOV?

Föräldraskapets rättsliga aspekter och barns ställning i rätten är professor Anna Singers expertfrågor.[1] När jag skulle välja en fråga att skriva om till Annas ära, tycktes ämnet för denna uppsats – föräldraansvaret vid bedömningar av rätt till personlig assistans för barn med funk-

[1] Se exempelvis Singer (2000) Föräldraskap i rättslig belysning, Ak. avh., Iustus Förlag; Singer (2012) Alla talar om barns rätt, I: festskrift till Anna Hollander, Norstedts Juridik; Singer, Gemensam vårdnad för alla föräldrar – Barnets bästa eller social ingenjörskonst?, SvJT 2014 s. 348; Singer (2015) Barnets bästa. Om barns rättsliga ställning i familj och samhälle, Norstedts Juridik.

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

tionsnedsättningar – givet. Häri förenas mina och Annas intresseområden, och jag vet att frågan ligger Anna varmt om hjärtat.[2]

Den som har följt dagspressen i Sverige kan knappast ha missat att det under våren 2017 upprepat har rapporterats om att personlig assistans till barn med svåra funktionsnedsättningar nekas eller dras in. ”Aldrig förr har så många med funktionsnedsättningar fått nej till assistans från Försäkringskassan” aviserade Sveriges Radio, efter en undersökning som visade att endast en av sju eller 14 procent av de som sökt assistansersättning i januari 2017 fått den beviljad.[3] Detta faktum föranledde en annan journalist att dra slutsatsen att ”regeringen sviker samhällets allra svagaste”.[4]

Från regeringens sida har det länge påpekats att personlig assistans till personer med funktionsnedsättningar är en mycket kostsam historia för samhället.[5] Kostnaderna är delade mellan kommunerna och Försäkringskassan. Kommunerna prövar och svarar för de första 20 timmarna assistansbehov per vecka enligt lag (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade (LSS). Assistansbehov därutöver prövas och bekostas av Försäkringskassan enligt socialförsäkringsbalken (SFB).[6] Det är ett faktum att kostnaderna för personlig assistans har ökat kraftigt, sett över tid.[7] I dagsläget är notan för stat och kommuner ca 30 miljarder kronor årligen, och i regleringsbrev till Försäkringskassan inför år 2017 begärde regeringen att ”timutvecklingen”, det vill säga ökningarna av antalet beviljade timmar assistansersättning, måste bromsas.[8]

Enligt Försäkringskassan är det framförallt människor med psykiska funktionsnedsättningar och barn som får avslag på sina ansök-

[2] Och eftersom äras den som äras bör är ett motto som ligger *mig* varmt om hjärtat, vill jag tacka professor Margareta Brattström och jur. dr Mikael Hansson för värdefulla kommentarer till denna uppsats.

[3] www.sr.se, 2017-05-30.

[4] Ledare i Aftonbladet 2017-05-30, signerad Eva Franchell.

[5] En offentlig utredning om LSS pågår, se dir. 2016:40. Utredningens syfte är att ”skapa en långsiktigt hållbar ekonomisk utveckling av insatsen personlig assistans och att få till stånd mer ändamålsenliga insatser i LSS samt att lagstiftningen ska främja jämlikhet i levnadsvillkor och full delaktighet i samhällslivet.”

[6] Se LSS 1, 7, 9 och 9 a §§ och SFB 51:22.

[7] Se ansvariga statsrådet Regnérs debattartikel i Dagens Nyheter, 2017-06-01, där hon skriver att kostnaderna för assistansersättningen har dubblerats på 10 år. Se dock Westerberg (2017) Personliga assistans – en kritisk granskning av regeringens direktiv till LSS-utredningen, som bland annat ifrågasätter utgångspunkterna för kostnadsberäkningen, s. 12 ff. Westerbergs rapport finns på www.dhr.se.

[8] Se Regleringsbrev för budgetåret 2017 avseende Försäkringskassan, beslut 2016-12-20.

ningar om assistansersättning. Det senare förklarar Försäkringskassan med att ”barnens behov tillgodoses av det föräldraansvar som alla föräldrar har.”[9] Försäkringskassan har även förklarat sin åtstramade tillämpning av reglerna med hänvisning till prejudicerande domar, vilket i sin tur har föranlett ansvariga statsrådet att begära en rapport från Försäkringskassan för att kunna avgöra om det behövs en lagändring. Om man ska tro regeringen och Försäkringskassan är det alltså varken politikernas eller handläggarnas fel att barn i allt högre grad nekas personlig assistans. Det är domstolarnas fel.

Rättsligt kan det konstateras att sedan år 2011 framgår det av SFB 51:6 – som en kodifiering av praxis[10] – att när behov av personlig assistans bedöms för ett barn, ska det bortses från det hjälpbehov som en vårdnadshavare normalt ska tillgodose enligt föräldrabalken med hänsyn till barnets ålder, utveckling och övriga omständigheter. Vad detta ansvar i rättslig mening innebär och hur långt det sträcker sig, är en av frågorna som utreds i denna uppsats. I LSS finns dock ingen motsvarande regel. För kommunerna som prövar rätt till personlig assistans enligt LSS för de hjälpbehov som inte överstiger 20 timmar i veckan, finns alltså inget uttryckligt stöd i lag för att beakta ett föräldraansvar när barns rätt till personlig assistans bedöms.

Syftet med denna uppsats är att rättsligt belysa Försäkringskassans påstående om att barns hjälpbehov tillgodoses genom det normala föräldraansvaret, samt att undersöka samma ansvars betydelse inom ramen för såväl domstolarnas som Försäkringskassans och kommunernas prövningar av barns rätt till assistans. I detta syfte utreder jag inledningsvis den familjerättsliga betydelsen av ett föräldraansvar enligt föräldrabalken (FB). Därefter granskas den innebörd som samma ansvar ges vid bedömningar av barns behov av personlig assistans enligt LSS och SFB, med särskild uppmärksamhet på hur föräldraansvaret har formulerats i HFD:s praxis och i kammarrättsavgöranden. Avslutningsvis kommenterar jag skuldfrågan, det vill säga om det är rättvisande att hänvisa till rättspraxis som förklaring till att barn i allt högre grad nekas personlig assistans.

[9] Uttalande från Marie Axelsson, Försäkringskassan, i Aftonbladets ledare av Eva Franchell 2017-06-13.
[10] Prop. 2008/09:200 s. 473 f.

2 FÖRÄLDRAANSVAR ENLIGT FB

Inledningsvis kan det konstateras att även om begreppet föräldraansvar frekvent används i diskussionen om barns rätt till personlig assistans, så ”finns inte” begreppet i svensk familjerätt.[11] I FB är det istället förmyndare respektive vårdnadshavare som tillskrivs olika uppgifter, ansvar och skyldigheter.[12] Oftast är ett barns förälder både barnets förmyndare och vårdnadshavare, men annan person kan förordnas genom ett domstolsbeslut. När uttrycket föräldraansvar används i olika sammanhang, tycks det i huvudsak vara det ansvar som faller på vårdnadshavaren, det vill säga *vårdnadsansvaret*, som avses.[13] Så är också fallet enligt ordalydelsen i SFB 51:6.

Vårdnadshavaren för ett barn har enligt FB 6:1–2 ett långtgående ansvar. Hen ska tillförsäkra barnet omvårdnad, trygghet, god fostran, tillsyn, försörjning och utbildning, och enligt FB 6:11 har vårdnadshavaren rätt och skyldighet att bestämma i barnets personliga angelägenheter. Vad som närmare och i praktiska termer menas med detta vårdnadsansvar, är dock inte förtydligat i lagens förarbeten eller i praxis. I en fördjupad lagkommentar sägs inte heller mer än att den som är vårdnadshavare för ett barn

> har det rättsliga ansvaret för barnets person. Det innebär att vårdnadshavaren är ansvarig för barnets personliga förhållanden och ska se till att barnets behov blir tillgodosedda. Barnets behov framgår av 6 kap. 1 § FB. Barn har rätt till omvårdnad, trygghet och en god fostran och ska behandlas med aktning för sin person och egenart, och får inte utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling. Barnets vårdnadshavare har ansvar för att barnet får tillsyn och står under uppsikt och ska bevaka att barnet får tillfredsställande försörjning och utbildning.[14]

[11] Däremot förekommer uttrycket ”förälders ansvar” i FN:s barnkonvention, exempelvis i art 5 och art 18.
[12] I SOU 1979:63 s. 61 ff. föreslogs att begreppet vårdnad skulle bytas ut mot föräldraansvar, men förslaget genomfördes inte då det kunde komma att bli motsägelsefullt i de fall vårdnadsansvaret skulle ges till en särskilt förordnad person. Se Singer (2000) Föräldraskap i rättslig belysning, Ak.avh., Iustus Förlag, s. 44.
[13] Singer a.a. s. 45.
[14] Oldenstedt, Föräldrabalk (1949:381) 2 §, Lexino 2017-01-22.

Det får anses minst lika viktigt att vårdnadshavare ser till att barn får sina psykiska som sina materiella behov tillgodosedda.[15]

Vad gäller vårdnadsansvaret som rättslig skyldighet för vårdnadshavaren, kan vidare konstateras att

> trots att vårdnadshavarens främsta uppgift är att se till att barnets grundläggande behov och intressen tillgodoses har vårdnadshavaren inte någon skyldighet att *själv* ombesörja detta. Vårdnadsansvaret innebär endast en skyldighet att *se till* att barnet får den omsorg som krävs. […] Lagen innehåller inte några uttryckliga regler för hur vårdnaden om ett barn rent faktiskt ska fullgöras. Det är vårdnadshavaren som avgör detta.[16] (mina kursiveringar)

Vad som kan fastslås är alltså att i civilrättslig mening har vårdnadshavaren rättsliga skyldigheter i förhållandet till barnet, nämligen att se till att barnets behov tillgodoses; barnet har rätt till omvårdnad, trygghet, god fostran osv. Men, vårdnadshavaren måste inte vara den som personligen vårdar och tillgodoser barnets behov, och det kan också noteras att ”vårdnadshavares skyldighet att fullgöra sin omsorgsplikt är inte sanktionerad.”[17] Visserligen är det i det stora flertalet fall vårdnadshavaren som i faktisk och praktisk mening ombesörjer barnets behov, vid sidan av de behov som tillgodoses av det allmänna genom verksamheter som barnomsorg, skola och hälso- och sjukvård. Men rättsligt går det inte att säga att en vårdnadshavare har ett personligt praktisk ansvar, och än mindre vad ett sådant ansvar består i. Det är i familjerättslig mening endast tydligt *att* vårdnadshavaren har ett ansvar för barnets olika behov, men inte *vad* detta i praktiken innefattar; det går inte att säga hur *långt* ansvaret sträcker sig eller vad som betraktas som ”normalt”. Att så är fallet är viktigt att minnas när vårdnadsansvaret diskuteras inom andra rättsområden. Exempelvis när det gäller vårdnadsansvaret för barn med funktionsnedsättningar.

Om en vårdnadshavare missköter sina skyldigheter enligt FB 6:1 och 6:2 genom att inte se till att barnet får sina behov tillgodosedda, kan samhället ingripa i relationen mellan vårdnadshavaren och barnet. Antingen kan vårdnaden överflyttas till en särskilt förordnad

[15] Saldeen (2009) Barn- och föräldrarätt, Iustus Förlag, s. 169.
[16] Singer (2012) Barnets bästa. Om barns rättsliga ställning i familj och samhälle, Norstedts Juridik, s. 101 f.
[17] Singer a.a. s. 103.

vårdnadshavare (FB 6:7), eller så kan socialnämnd omhänderta barnet med stöd av socialtjänstlagen (2001:453) (SoL), eller lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga (LVU). För att vårdnad ska överflyttas eller barnet omhändertas, krävs dock en misskötsamhet av betydande grad från vårdnadshavarens sida. Först när ett barn far illa eller påtagligt riskerar att fara illa kan samhället med stöd av LVU ingripa utan samtycke från vårdnadshavaren.

En av grunderna för omhändertagande av ett barn med stöd av LVU 2 §, är att det föreligger *brister i omsorgen* om barnet. Med brister i omsorgen menas enligt lagens förarbeten bland annat att ett barn inte får erforderlig vård som det behöver, t.ex. på grund av sjukdom. ”Det kan också vara fråga om ett handikappat barn som – på grund av att föräldrarna inte går med på det – inte får nödvändig behandling, t.ex. sjukgymnastik vid rörelsehinder.”[18] Grundprincipen enligt SoL och LVU är dock alltid att vårdnadshavare så långt som möjligt ska ges frivillig hjälp och stöd för att barn ska kunna fortsätta att leva tillsammans med sina föräldrar.[19]

Samma princip borde rimligen gälla även när föräldrar behöver hjälp för att klara av att tillgodose ett funktionsnedsatt barns behov. Frågan om vårdnadsansvaret i relation till rätten till sociala insatser såsom personlig assistans för barn med funktionsnedsättningar blir intressant mot denna bakgrund. En vårdnadshavare som brister i omsorgen om ett icke funktionsnedsatt barn ska enligt SoL erbjudas stöd och hjälp i sitt normala föräldraansvar om behov av sådan hjälp finns. För en vårdnadshavare som har ett barn med funktionsnedsättningar tycks utgångspunkten istället vara den omvända; hjälp till barnet i formen av personlig assistans ges bara för sådana hjälpbehov hos barnet som bedöms gå utöver vad ingår i ett normalt föräldraansvar. Oavsett om föräldern visar att hen behöver hjälp för att klara av att ta hand om barnets behov.[20]

[18] Prop. 1989/90:28 s. 108.

[19] Se SoL 1:1 st. 3, 3:5 och 5:1, och LVU 1 §.

[20] Angående ohälsa och svåra livssituationer för föräldrar till barn med funktionsnedsättningar, se Westerberg (2017) Personlig assistans – en kritisk granskning av regeringens direktiv till LSS-utredningen s. 50 ff. och de rapporter som där refereras från myndigheter som Socialstyrelsen, Nationellt kompetenscenter Anhöriga och Riksrevisionen. Det finns ca 270 000 personer i Sverige som ger stöd till närstående 11 timmar eller mer per vecka och nästan hälften av dessa rapporterar nedsatt hälsa. De som ger omsorger till barn under 18 år är överrepresenterade bland de som påverkas negativt. Två tredjedelar av omsorgsgivarna är i yrkesaktiv ålder. Ca 70 000 har behövt gå ned i arbetstid, och ca 30 000 har tvingats lämna sina arbeten. Störst är konsekvenserna för omsorgsgivarna i

Denna logik framstår som svårbegriplig. I synnerhet som det inte står klart vad som i mer praktiska termer förväntas av en vårdnadshavare inom ramen för FB. Vårdnadsansvaret innebär förvisso en skyldighet att se till att barnets olika behov tillgodoses, men behoven måste inte i praktisk mening tillgodoses av vårdnadshavaren personligen. Trots denna otydlighet gällande vårdnadsansvarets praktiska omfattning, beaktas ändå ett sådant ansvar vid bedömningar av rätten till personlig assistans för barn med funktionsnedsättningar. Hur det kommer sig och hur vårdnadsansvaret har formulerats i samband med assistansbehovsbedömningar,[21] är frågorna för de följande avsnitten.

3 RÄTT TILL PERSONLIG ASSISTANS ENLIGT LSS OCH ASSISTANSERSÄTTNING ENLIGT SFB

När rätten till personlig assistans infördes i den nya lagen LSS år 1994, var det en efterlängtad och storslagen reform som innebar ett uttalat trendbrott jämfört med hur de persongrupper som ingår i lagens tillämpningsområde hade behandlats i en inte särskilt avlägsen historia.[22] I förarbetena till LSS och LASS[23] betonades särskilt att den nya lagen ska betraktas som en *rättighetslag*.[24] Generellt gäller för alla de insatser som kan erhållas med stöd av LSS att de ska möjliggöra för personer med svåra funktionsnedsättningar att kunna *leva som andra*

åldersgruppen 30–44 år, och kvinnor är i majoritet. En studie från Socialstyrelsen år 2008 (Personlig assistans enligt LASS ur ett samhällsekonomiskt perspektiv) visade att föräldrar till barn med cerebral pares, en diagnos som sällan innebär att personen omfattas av LSS och LASS, var särskilt utsatta för hälsoproblem. De löpte mycket större risk för förtidspensionering, sjukhusvård för psykiska problem och missbruk. I synnerhet ensamstående mödrar framstod som särskilt sårbara. Westerberg a.a. anger därtill på s. 51 att: ”Forskningen visar samstämmigt att det generellt är mycket krävande att ta hand om barn med funktionsnedsättning. Behovet av stöd är större än det samhället vill tillgodose. I praktiken ställer samhället därför större krav på föräldrar till barn med funktionsnedsättning än på andra föräldrar.”

[21] Ja, som du ser Anna så kan jag fortfarande inte motstå frestelsen att använda långa sammansatta ord ibland… trots din utmärkta handledning under mina år som din doktorand.

[22] Se om förändringen av ställningen i rätten för personer med utvecklingsstörning under de senaste 100 åren, Fridström Montoya (2015) Leva som andra genom ställföreträdare – en rättslig och faktisk paradox, Ak. avh., Iustus Förlag, s. 82 ff.

[23] Lag (1993:389) om assistansersättning ersattes år 2011 med SFB 51 kap.

[24] Prop. 1992/93:159 s. 49.

(5 §).[25] Genom insatserna ska personer med funktionsnedsättningar tillförsäkras goda levnadsvillkor (7 § st. 2). Ledande principer i LSS är självbestämmande, inflytande, integritet och delaktighet i samhället (5–6 §§).

Insatsen *personlig assistans* regleras i LSS 9 § 2. Av LSS 7 § st. 1 framgår att personer som anges i 1 § har rätt till insatser i form av särskilt stöd och service enligt 9 § 1–9, om de behöver sådan hjälp i sin livsföring och om deras behov inte tillgodoses på annat sätt. Med personlig assistans avses enligt 9 a § ett personligt utformat stöd som ges av ett begränsat antal personer åt den som på grund av stora och varaktiga funktionshinder behöver hjälp med sin personliga hygien, måltider, att klä av och på sig, att kommunicera med andra eller annan sådan hjälp som förutsätter ingående kunskaper om den funktionshindrade (grundläggande behov).

I propositionen till LSS påtalades på flera ställen att vårdnadshavare till barn med funktionsnedsättningar i likhet med andra vårdnadshavare har ett ansvar enligt FB för sina barns omvårdnad och trygghet.[26] Och detta vårdnadsansvar kan få betydelse vid bedömning av ett barns rätt till insats enligt LSS, eftersom rätten enligt 7 § förutsätter att ett behov av insatsen föreligger i den enskildes livsföring, som inte tillgodoses på annat sätt. I specialmotiveringen till 7 § markerade föredraganden att ett behov av LSS-insats ska anses föreligga om det *faktiskt* finns och inte tillgodoses på annat sätt. Angående ”annat sätt” uttalades att

> behovet tillgodoses på annat sätt t.ex. när en nära anhörig frivilligt svarar för insatsen som ett led i familjerelationen. Ett behov kan […], helt eller till viss del, tillgodoses genom en förälders ansvar enligt föräldrabalken för den normala vårdnaden av ett barn.[27]

Samtidigt påpekade föredraganden i den allmänna motiveringen, att när det gäller behov av insatsen personlig assistans för barn med funktionsnedsättningar så kan det generellt sägas att ”föräldrar till barn med funktionshinder ofta gör betydligt större insatser för sina barn än föräldrar till barn utan funktionshinder.”[28] Om barnet är mycket

[25] Angående innebörden av möjlighet att leva som andra, se Fridström Montoya a.a. s. 145–204.
[26] Prop. 1992/93:159 s. 65 f., s. 172 och s. 176.
[27] A. prop. s. 172.
[28] A. prop. s. 65.

vårdkrävande och ”föräldraansvaret i kombination med t.ex. avlösarservice, barnomsorg och skola inte räcker till” ansåg föredraganden att personlig assistans är en viktig insats som kan vara av grundläggande betydelse för både barnet och dess familj.[29]

Vidare uttalade föredraganden angående lagens syften att:

> De offentliga åtgärderna måste vara inriktade på att människor med funktionshinder eller familjer med ett funktionshindrat barn skall kunna leva ett *så normalt liv som möjligt.* Båda föräldrarna skall, om de vill, kunna ha kvar sitt förvärvsarbete, skall ha samma möjligheter som andra familjer att ha kvar sina vänner och odla sina intressen utanför hemmet. Strävan skall vara att människor med funktionshinder – precis som andra medborgare – skall ges möjligheter att få en god utbildning, ha ett förvärvsarbete, ha en trygg och värdig bostad, delta i olika kultur- och fritidsaktiviteter. Målet för handikappolitiken är att uppnå full delaktighet och jämlikhet.[30]

I specialmotiveringen till LSS 9 § 2 tillades att insatsen personlig assistans alltid bör övervägas som alternativ för barn och ungdomar till att bo utanför föräldrahemmet.[31]

Mot denna bakgrund kan det inte sägas att det framgår med någon önskvärd tydlighet av LSS:s och LASS:s förarbeten att ett föräldraansvar enligt föräldrabalken ska betraktas som en avräkningsfaktor vid bedömning av barns behov av personlig assistans. Det intryck som uttalandena i förarbetena ger är snarare att föredraganden har velat poängtera att *även* om föräldrar till funktionsnedsatta barn i likhet med andra föräldrar har ett vårdnadsansvar, så finns det barn som har stora hjälpbehov och behöver LSS-insatser; det är mycket krävande att vara förälder till ett barn med svåra funktionsnedsättningar, och genom den nya lagens insatser avsågs att avlasta föräldrar som vill

[29] A. prop. s. 66.

[30] A. prop. s. 43 f.

[31] A. prop. s. 175. En total omsvängning jämfört med den officiella inställningen då lag (1944:477) om vård av bildbara sinnesslöa infördes. I prop. 1944:205 anförde föredraganden att det behövdes en lag för att kunna tvångsomhänderta sinnesslöa barn eftersom det ”nämligen visat sig, att i många fall föräldrarna till sinnesslöa barn vägra att sända barnen till anstalterna.” A. prop. s. 27.

vårda svårt funktionsnedsatta barn i hemmet.[32] Att från dessa förarbeten dra slutsatsen att lagen ska tillämpas på så sätt att föräldrars vårdnadsansvar ska avräknas enligt någon slags oklar och outtalad schablonbedömning vid bedömningar av barns behov av personlig assistans är svårt. Som kommer framgå nedan är det ändå just så som lagen tillämpas.

Upprinnelsen till den föräldraansvarsnorm som idag gäller står att finna dels i hur uttalandena i förarbetena enligt ovan har uttolkats, dels i ett förslag till ändringar i LSS och LASS några år efter lagarnas ikraftträdande. På grund av ökade kostnader för assistansinsatser föreslogs i prop. 1995/96:146 att barn under 16 år skulle undantas från rätten till personlig assistans, alternativt att föräldraansvaret skulle förtydligas. ”Riksdagen var dock inte beredd att genomföra en sådan förändring utan angav istället att föräldraansvaret enligt föräldrabalken skulle förtydligas vid Försäkringskassornas bedömning av behovet av assistans.”[33] Någon lagändring genomfördes således inte vid detta tillfälle. Först när LASS år 2011 ersattes av SFB 51 kap., infördes regeln i 51:6 om att föräldraansvaret enligt FB ska beaktas när barns behov av personlig assistans ska bedömas.

Av SFB 51:6 följer att när behovet av personlig assistans bedöms för ett barn ska det bortses från det hjälpbehov som en vårdnadshavare normalt ska tillgodose enligt föräldrabalken med hänsyn till barnets ålder, utveckling och övriga omständigheter. I förarbetena framgår att regeln är en kodifiering av praxis.[34] I författningskommentaren förtydligas att ”endast hjälpbehov som går utöver vad som är normalt för ett barn i ifrågavarande ålder […] ska läggas till grund för bedömning av behovet av personlig assistans”.[35]

Den fråga som därmed ofrånkomligen uppkommer är vad som egentligen menas när det hänvisas till ett normalt föräldraansvar för barn i olika åldrar. Eftersom detta inte i rättslig mening går att säga, vare sig med hänvisning till vad som gäller enligt föräldrabalken eller

[32] Se Westerberg, Personlig assistans – en kritisk granskning av regeringens direktiv till LSS-utredningen s. 48–53. Westerberg frågar sig om kostnaderna för att personer med omfattande funktionsnedsättningar ska få goda levnadsvillkor ska bäras solidariskt av oss alla eller huvudsakligen av deras anhöriga.

[33] Socialstyrelsen, Barn med personlig assistans. Möjligheter till utveckling, självständighet och delaktighet. Rapport framtagen på uppdrag av regeringen (S2013/2345/FST), s. 13.

[34] I prop. 2008/09:200 s. 473 f. hänvisas till RÅ 1997 ref. 23 I som refereras under avsnitt 4 i denna uppsats.

[35] Prop. 2008/09:200 s. 474.

med hänvisning till uttalandena i förarbetena till LSS eller LASS, lämnas ett stort utrymme för olikartade tolkningar och bedömningar. I en rapport om Försäkringskassans bedömningar av föräldraansvaret vid prövning av barns rätt till personlig assistans som Inspektionen för socialförsäkringen (IFS) publicerade år 2014[36] konstaterade IFS att Försäkringskassans bedömningar vid denna tidpunkt var rättsosäkra; det saknades central vägledning för hur föräldraansvaret skulle beräknas och ansvaret bedömdes på mycket skiftande sätt av olika handläggare – utifrån handläggarnas egna eller deras kollegors erfarenheter av vad barn utan funktionsnedsättning i samma ålder kan klara av.[37]

Mot denna bakgrund rekommenderade IFS att regeringen borde klargöra frågan om hur ett normalt föräldraansvar ska bedömas, och frågan ingår nu i den pågående LSS-utredningen.[38] Som ett förmodat svar på IFS:s rapport, publicerade Försäkringskassans Rättsavdelning år 2015 en ”Rättslig uppföljning” med titeln ”Rättsfallsöversikt – personlig assistans (föräldraansvar)”. Det uttalade syftet med publikationen är att ge stöd i handläggningen i frågor som rör föräldraansvaret inom assistansersättningen.[39]

Som konstaterats tidigare är det dock inte bara Försäkringskassan som prövar barns rätt till personlig assistans. Den instans som i första läget ansvarar för insatser enligt LSS är den kommun där den hjälpbehövande är bosatt (LSS 16 §). När det gäller just insatsen personlig assistans, svarar kommunen alltid för kostnaderna för de första 20 timmarnas hjälpbehov per vecka och hjälpbehov därutöver prövas och beviljas av Försäkringskassan enligt SFB.[40] Det kan påminnas om att för kommunernas bedömning av barns behov av personlig assistans finns inget uttryckligt lagstöd om att ett normalt föräldraansvar ska beaktas. Ändå visade det sig vid en sökning på ordet ”föräldraansvar” på rättsdatabasen Zeteo den 16 juni 2017, att kommuner var barns motparter i majoriteten av de kammarrättsfall som där fanns publicerade angående rätten till LSS-insatser för barn.[41] Föräldra-

[36] Rapport 2014:6. Vad är normalt? Föräldraansvaret i assistansersättningen. Inspektionen för socialförsäkringen.
[37] IFS, a.a. s. 36 ff.
[38] Dir. 2016:40 s. 10 f. och s. 22.
[39] Försäkringskassan, Rättslig uppföljning 2015:1 s. 3.
[40] Se LSS 1, 7, 9 och 9 a §§ och SFB 51:22.
[41] I 35 av 44 fall var kommunen barnens motpart.

ansvaret beaktas alltså även vid kommunernas bedömningar, vilket kan förklaras med hänvisning till rättspraxis.

I nästföljande avsnitt undersöks hur det genom rättspraxis har blivit en uttalad regel att föräldraansvaret för funktionsnedsatta barn ska beaktas, och vad denna regel innebär.

4 FÖRÄLDRAANSVARET I RÄTTSPRAXIS

Som redan sagts finns det ett stort antal avgöranden i kammarrätterna av rätt till personlig assistans där föräldraansvaret har beaktats vid behovsbedömningen, antingen av kommuner eller Försäkringskassan.[42] Även i HFD finns en rad mål där föräldraansvaret har varit aktuellt för bedömningen av ett barns rätt till personlig assistans. Nedan analyseras först vad som framgår av HFD:s prejudikat. Därefter exemplifieras *hur* föräldraansvaret bedömts och beaktats i fall som prövats i kammarrätterna.

I *RÅ 1997 ref. 23 I* var fråga om personlig assistans för en tolvåring som behövde hjälp med de grundläggande behoven och som även krävde aktiv tillsyn under hela sin vakna tid för att inte skada sig själv eller omgivningen. HFD uttalade att ”hänsyn ska tas till vad som normalt kan anses falla inom ramen för det föräldraansvar som enligt föräldrabalken åvilar alla vårdnadshavare med hänsyn till barnets ålder, utveckling och omständigheter i övrigt.” HFD tillade att det förelåg ett förslag från regeringen i riksdagen till klargörande ändringar av LSS och LASS, vari framgick att det normala föräldraansvaret skulle beaktas på så sätt att endast hjälpbehov som går utöver vad som är normalt för ett barn i ifrågavarande ålder ska läggas till grund för bedömningen av behovet av personlig assistans.[43] För ett friskt barn i tolvårsåldern ansåg dock HFD att behovet av hjälp med de grundläggande behoven i den mening som avses i LSS 9 a § är av begränsad omfattning. Därför bedömde HFD att det inte var möjligt att med hänvisning till föräldraansvaret bortse från någon nämnvärd

[42] Vid en sökning på ordet ”föräldraansvar” framkom 44 avgöranden i kammarrätterna i rättsdatabasen Zeteo den 16 juni 2017. Prövningarna gällde både rätt till personlig assistans enligt LSS och rätt till assistansersättning enligt SFB. Avgörandena var fördelade på följande sätt i olika kammarrätter: Kammarrätten i Stockholm 16 st., Kammarrätten i Göteborg 16 st., Kammarrätten i Jönköping 9 st., Kammarrätten i Sundsvall 3 st. I Försäkringskassans Rättsavdelnings publikation Rättsfallsöversikt – personlig assistans (föräldraansvar) listas 57 kammarrättsdomar från perioden jan 2011–maj 2014.
[43] Bet. 1995/96:SoU15.

del av den tid som krävdes för att tillgodose tolvåringens grundläggande behov.

Även i domskälen i *RÅ 2008 ref. 17* refererade HFD till förändringsförslagen från år 1995/96, som innebar att en klargörande regel skulle införas i LSS och LASS om att ett föräldraansvar skulle beaktas vid bedömning av barns behov av personlig assistans.[44] HFD konstaterade dock att förslaget hade avslagits av riksdagen med hänvisning huvudsakligen till att det inte behövdes något klargörande ”eftersom principen om kompensation för merkostnader och merarbete redan hade en fast förankring inom handikappområdet”. Trots detta anförde ändå HFD i direkt anslutning till sagda konstaterande att

> vid bedömning av barns rätt till assistansersättning ska föräldrarnas ansvar enligt föräldrabalken beaktas på så sätt att ersättning ska utgå endast för sådan hjälp barnet behöver som inte ingår i det vanliga föräldraansvaret. Praxis innebär att man jämför omfattningen av föräldraansvaret för ett friskt barn i samma ålder med behovet hos det funktionshindrade barnet. För små barn leder det i de flesta fall till bedömningen att föräldrarna skall svara för barnets behov under ett visst antal timmar och att assistansersättning inte utgår för den tiden.

Det framgår inte av domskälen vilken praxis som HFD syftar på.

I målet var fråga om en femåring med omfattande behov av andningshjälp, hjälp att röra sig, vända och förflytta sig, matning och gastronomi[45] samt personlig hygien. HFD bedömde att den omvårdnad som femåringen behövde inte bara var mer omfattande än den de flesta andra funktionshindrade barn behöver, utan också av annan karaktär; till mycket stor del var det fråga om ”vård av rent tekniskt slag”. Vidare anförde HFD att barnet hade rätt att av sina föräldrar få omvårdnad, trygghet och god fostran ”utan att föräldrarna vid sin samvaro med henne samtidigt skall behöva ombesörja den speciella tekniska vård” som hon behövde. Behoven till följd av funktionsnedsättningen skulle därför i sin helhet tillgodoses genom assistansersättning.

Inte heller i *RÅ 2010 ref. 17* ansågs något beaktansvärt föräldraansvar föreligga för en nioåring som behövde aktiv tillsyn och hjälp med att kommunicera. HFD påpekade att det saknas uttalanden i

[44] Prop. 1995/96:146 s. 16 f.

[45] Det står faktiskt gastronomi i rättsfallet, men sannolikt är det gastroskopi som avses.

förarbetena som kan ge närmare vägledning för hur bedömningen av ett föräldraansvar ska göras, men hänvisade sedan återigen till riksdagsbehandlingen från 1995/96 om förslag till ändringar i LSS och LASS, där det hade anförts att det normala föräldraansvaret ska beaktas på så sätt att det bara är hjälpbehov som går utöver vad som är normalt för barn i ifrågavarande ålder som ska läggas till grund för bedömningen av behovet av personlig assistent. Samma lagförslag alltså, som HFD redan i RÅ 2008 ref. 17 hade konstaterat inte hade lett till lagändringar.

Därefter anförde HFD att en nioåring utan funktionshinder normalt har omfattande kontakter med andra människor och aktiviteter tillsammans med andra barn utanför skoltid, något som för den aktuella nioåringen endast var möjligt med föräldrarnas medverkan. ”En nioåring utan funktionshinder behöver inte sina föräldrars medverkan för att kommunicera med sin omgivning i vanliga sociala situationer. Något föräldraansvar som ska beaktas vid bedömningen av [den sökandes] behov av hjälp med kommunikation finns därför inte.” Vad gällde barnets behov av aktiv tillsyn, bedömde HFD att nioåringar utan funktionshinder får anses ha ett behov av tillsyn men att det bara undantagsvis är fråga om sådan aktiv tillsyn som den sökande behövde under sin vakna tid. ”Det är därför inte möjligt att med hänvisning till föräldraansvaret bortse från någon nämnvärd del av den tid som krävs för att tillgodose [den sökandes] behov av aktiv tillsyn.”

I *HFD 2011 not. 81* var fråga om en fyraåring med omfattande vårdbehov. HFD gjorde samma bedömning som kammarrätten och anförde inga egna domskäl. Kammarrätten inledde sina domskäl med att referera till RÅ 2008 ref. 17, och anförde därefter följande:

> Frågan i målet är om [den sökandes] behov till någon del ska anses tillgodosett genom normalt föräldraansvar. […] Vad som nu kommit fram i målet bl.a. vid den muntliga förhandlingen om vården av [den sökande] visar att hon är extremt resurskrävande att vårda i hemmet. I överläkarens […] intyg […] anges att [den sökandes] flerfunktionshinder är ett av det svåraste som hon sett hos ett så pass litet barn samt att [den sökandes] stresskänslighet med framförallt reaktioner i form av sömnproblem, kräkningar och otillräcklig nutrition (näring) kräver särskilt omhändertagande. Kammarrätten anser att vad som kommit fram om [den sökandes] vårdbehov […] innebär att behovet är så spe-

> ciellt och omfattande att det till största delen inte ryms inom det normala föräldraansvaret för ett barn i [den sökandes] ålder.

Kammarrätten drog därför slutsatsen att det inte var möjligt att bortse från någon nämnvärd del av den tid som krävdes för att tillgodose barnets behov med hänvisning till föräldraansvaret.

På liknande sätt resonerade HFD i *HFD 2013 ref. 81*, som gällde en elvaåring. Den tillsyn ett elvaårigt barn utan funktionshinder har behov av ansågs vara begränsad, och kunde enligt HFD inte jämföras med en sådan aktiv tillsyn som den sökande hade behov av. Det var därför inte möjligt att med hänvisning till föräldraansvaret bortse från någon nämnvärd del av den tid som krävs för att tillgodose den sökandes behov av aktiv tillsyn.

Sammantaget kan det konstateras att HFD inte i något av fallen fann att något föräldraansvar skulle avräknas för de aktuella barnens behov. Däremot framgår en tydligt formulerad norm i HFD:s praxis: Ett normalt föräldraansvar *ska* beaktas på så sätt att en jämförelse ska göras mellan vad ett friskt barn i samma ålder behöver och vad barnet med funktionsnedsättning behöver, och endast det hjälpbehov som går utöver vad som är normalt ska beaktas vid bedömningen av rätt till personlig assistans. Det kan påpekas att denna norm formulerades redan i RÅ 1997 ref. 23, det vill säga 14 år innan regeln om föräldraansvar infördes i SFB 51:6.

Vad som framstår som en smula överraskande när HFD:s praxis granskas, är att normen om hur ett normalt föräldraansvar ska beaktas inte formulerats med stöd av förarbetena till LSS, utan hämtades från ett förändringsförslag rörande LSS och LASS *som inte genomfördes*.[46] Visserligen har HFD hänvisat till LSS:s och LASS:s förarbeten, men har därvid samtidigt påpekat att det inte går att hämta några vägledande förtydliganden därifrån om hur ett normalt föräldraansvar ska bedömas. Istället har HFD som grund för sin prejudicerande formulering upprepat hänvisat till riksdagsbehandlingen av det lagändringsförslag som avslogs av riksdagen. Vi har därmed genom rättspraxis fått en rättsregel som får anses vila på tveksam grund.

Hur jämförelsen mellan ett friskt respektive funktionsnedsatt barns behov av hjälp närmare ska göras i enskilda fall, i betydelsen vad som ska betraktas som ett normalt föräldraansvar för barn i olika åldrar, framgår *inte* av HFD:s praxis. Någon vägledning från centrala

[46] Bet. 1995/96:SoU15 s. 18.

myndigheter har inte heller funnits, vilket har inneburit att det har varit fritt fram för godtyckliga bedömningar hos de prövande myndigheterna.[47] Ett stort antal ärenden om personlig assistans för barn hos Försäkringskassan och kommunerna har dock överklagats och avgjorts i domstol. Bara de senaste två åren har minst 35 ärenden prövats av kammarrätterna.[48] I dessa mål framgår att föräldraansvaret används som en ”nedräkningsfaktor” vid bedömningen av hur många timmar funktionshindrade barn behöver personlig assistans. Sammanfattningsvis går bedömningarna i de olika fallen till på så sätt att det först beräknas hur många timmar per dygn och vecka som barnet med funktionsnedsättning behöver vård och hjälp för sina grundläggande behov, och därefter görs ett avdrag för ”det normala föräldraansvaret” för ett barn i motsvarande ålder.

Det varierar dock hur detta avdrag för normalt föräldraansvar beräknas och genomförs. Ibland avräknas föräldraansvaret som ett visst antal minuter per hjälpbehovstimma, andra gånger med timmar per dygn eller timmar per vecka. I inget av dessa rättsfall framgår dock mot vilken jämförelsenorm som avräkningarna görs, det vill säga på vilken grund tidsavdragen görs i de enskilda fallen. Istället är formuleringarna svepande, som när Försäkringskassan i ett mål i Kammarrätten i Stockholm motiverar varför en femårings ansökan om assistansersättning bör avslås:

> [Den sökande] uppger sitt behov av hjälp till 27,8 timmar per vecka. Försäkringskassan anser att hon i sin beräkning inte tar hänsyn till föräldraansvaret. Beräkningen innefattar även hjälp som inte tillhör de grundläggande behoven. Det måste beaktas att barn i femårsåldern även utan funktionsnedsättning behöver hjälp med hygien, av- och påklädning m.m. […] Försäkringskassan [anser] att inte hela den av henne yrkade tiden ska beaktas vid bedömningen av de grundläggande behoven, eftersom yrkandet inte tar hänsyn till föräldraansvaret,

[47] Se den rapport från Inspektionen för socialförsäkringen år 2014 som refereras ovan. Därefter, år 2015, har Försäkringskassans Rättsavdelning publicerat en Rättsfallsöversikt med uttalat syfte att ge stöd i handläggningen i frågor som rör föräldraansvaret i tillämpningen. Även denna publikation refereras ovan.

[48] Av de 44 kammarrättsdomar som fanns tillgängliga på databasen Zeteo den 16 juni 2017 när jag stickprovsmässigt sökte på ordet ”föräldraansvar” var 35 avgjorda perioden 2015–2017. Det är dock sannolikt att det finns fler domar än så på samma tema från kammarrätterna. Min sökning begränsades till endast *en* rättsdatabas, och det är möjligt att somliga avgöranden inte publiceras.

> omfattar tid för hjälp med övriga behov och i vissa avseenden får bedömas som oskäligt.[49]

I ett annat mål som avgjordes av Kammarrätten i Stockholm ansåg en stadsdelsnämnd att det normala föräldraansvaret för en tvååring som hade hjälpbehov dygnet runt, uppgick till ”ca 50 minuter per timme”. Kvar av assistansberättigande tid ansågs alltså vara 10 minuter per hjälpbehovstimma.[50]

I ett mål som avgjordes i Kammarrätten i Jönköping var det fråga om en femåring som enligt läkarintyg på grund av en svår genetisk sjukdom behövde hjälp med toalettbesök och hygien (han använde blöja dygnet runt), på- och avklädning, matning, kommunikation och tillsyn. Den kommunala nämnd som var pojkens motpart anförde att:

> Föräldraansvaret för ett barn i 4-5-års ålder är långtgående när det gäller de grundläggande behoven samt behov av tillsyn. Nämnden vitsordar att [den sökande] har behov av hjälp med de grundläggande behoven utöver vad som kan anses normalt för hans ålder, men att omfattningen av stödet utöver ett långtgående föräldraansvar inte är av sådan betydande omfattning att personlig assistans enligt LSS kan beviljas.[51]

Kammarrätten i Göteborg prövade rätten till personlig assistans för en nioåring som behövde hjälp med sina grundläggande behov vad gällde personlig hygien samt av- och påklädning. Den stadsdelsnämnd vars beslut hade överklagats anförde att:

> Vid beräkningen av hjälpbehovets omfattning vad gäller grundläggande behov ska endast den tid som går åt att utföra handgripliga insatser räknas med. Väntetid, förberedelser eller liknande ska normalt inte räknas med. Inte heller tid för motivations- eller aktiveringsinsatser ska räknas med som grundläggande behov. [Den sökandes] behov av hjälp omfattas till viss del av föräldraansvaret. Utöver detta uppgår

[49] Kammarrätten i Stockholm, 2016-05-23, mål nr 8638-15.
[50] Kammarrätten i Stockholm, 2017-04-07, mål nr 46-17.
[51] Kammarrätten i Jönköping, 2016-07-01, mål nr 68-16.

> hennes grundläggande behov till 4 timmar och 15 minuter per vecka […].[52]

Kammarrätten höll dock inte med kommunen om att någon avräkning av ett föräldraansvar skulle göras. Istället ansåg kammarrätten att en nioåring utan funktionsnedsättning generellt sett kan antas klara av så gott som samtliga moment avseende sin personliga hygien, toalettbestyr samt på- och avklädning.

Kammarrätten i Sundsvall prövade behov av personlig assistans för ett barn som var fem år och sex månader. Kommunen hade avslagit ansökan om personlig assistans, och anförde i kammarrätten följande:

> Av utredningen framgår att [den sökande] har ett begränsat behov av fysisk hjälp vid toalettbesök och dusch. Hennes behov av hjälp med den personliga hygienen består främst av motiverings-, tillsyns- och guidningsinsatser. Med hänsyn till [den sökandes] ålder inryms behovet av hjälp till stor del i det normala föräldraansvaret. Barn i jämförbar ålder utvecklas olika. En del barn har större behov av hjälp och stöd, andra är mer självgående. I stort sett inga barn i jämförbar ålder sköter sin personliga hygien själv utan har behov av guidning, motivering och praktisk hjälp.[53]

Av de refererade exemplen framgår att det varierar vad som av olika bedömare betraktas som ett normalt föräldraansvar för barn i olika åldrar. Minst lika mycket varierar också hur detta ansvar beräknas i tid i enskilda fall.

Att rättstillämpningen ser ut på beskrivet sätt är kanske inte överraskande med tanke på att HFD:s praxis inte anger hur ett normalt föräldraansvar ska bedömas, bara *att* det ska beaktas. Inte heller finns någon vägledning från lagstiftarens sida om hur föräldraansvaret ska bedömas. Ändå har föräldraansvaret *de facto* en avgörande betydelse vid bedömningar av barns behov av personlig assistans. Som diskuteras närmare i nästa avsnitt är detta konstaterande rättsligt bekymmersamt.

[52] Kammarrätten i Göteborg, 2017-02-13, mål nr 539-16.
[53] Kammarrätten i Sundsvall, 2017-06-13, mål nr 3290-16.

5 DET NORMALA FÖRÄLDRAANSVARET – EN RÄTTSLIG NORM UTAN INNEHÅLL

Ett syfte med denna uppsats var att rättsligt belysa Försäkringskassans påstående om att hjälpbehovet för barn med funktionsnedsättningar tillgodoses genom det normala föräldraansvaret. Mot bakgrund av det som framkommit ovan kan konstateras att Försäkringskassans påstående, empiriskt sett, stämmer. När ett normalt föräldraansvar avräknas vid bedömningar av rätt till personlig assistans eller assistansersättning för barn med funktionsnedsättningar, blir konsekvensen att många barn nekas insats och istället blir hänvisade till sina föräldrar för sitt hjälpbehov. Däremot är det tveksamt om påståendet är rättsligt godtagbart.

Förvaltningsmyndigheter och domstolar ska tillämpa de lagar eller andra föreskrifter som antagits i laga ordning. Numer framgår det av en lagregel i SFB att Försäkringskassan ska beakta ett föräldraansvar enligt FB vid bedömningar av barns rätt till assistansersättning. Denna föräldraansvarsnorm har dock tillämpats under ett antal år utan uttryckligt lagstöd, och infördes i SFB som en kodifiering av rättspraxis. I LSS, som är grundförfattningen när det gäller rätt till personlig assistans, finns fortfarande inget stadgande om att ett föräldraansvar ska beaktas vid bedömningar av barns rätt till personlig assistans. Däremot anges i lagen att en förutsättning för att någon ska ha rätt till insats är att denne behöver sådan hjälp i sin livsföring och att behovet *inte tillgodoses på annat sätt* (LSS 7 §). Enligt förarbetena till LSS ska detta förstås på så sätt att en sökande kan nekas insats om behovet av hjälp – faktiskt – *är* tillgodosett på annat sätt, exempelvis genom en förälder.

Vad som ska bedömas är med andra ord den faktiska behovssituationen. Huruvida en förälders ”normala” omsorgsinsatser *borde* räcka till för att tillgodose behovet är därvid ointressant. Frågan som ska bedömas är om barnets behov av hjälpinsatser *är* tillgodosett eller inte, och om barnet och dess familj har möjlighet att leva som andra (LSS 5 §). Som framgått ovan är det dock inte så som LSS tillämpas, utan hjälpbehovet för barn nedräknas schablonmässigt och i det närmaste på ett slumpartat sätt med hänvisning till ”det normala föräldraansvaret enligt FB”. På samma sätt hanteras bedömningarna av barns rätt till assistansersättning.

Som sagts är den rådande ordningen inte förvånande. Vad som menas med ett normalt föräldraansvar är en helt öppen fråga, både i

praktisk och rättslig mening. Vad är exempelvis ett normalt hjälpbehov för en tvååring? En treåring? En sex-, sju-, eller tioåring? Rättsligt sett är det normala föräldraansvaret enligt FB en helt substanslös norm; hur mycket tid det ska antas att det tar att ta hand om ett barn utan funktionsnedsättningar i en viss ålder uttalas varken i familjerättsliga källor eller i förarbeten eller praxis rörande LSS och SFB. Det tål också att påminnas om att familjerättsligt innebär vårdnadsansvaret endast en skyldighet för vårdnadshavaren att *se till* att barns behov av omvårdnad, trygghet, god fostran, försörjning etc. blir tillgodosedda. Det finns ingen skyldighet för en vårdnadshavare att personligen och i praktisk mening tillgodose barnets behov.

Det rådande rättsläget är dock problematiskt på flera sätt, inte minst med hänvisning till förväntningar på formell och materiell rättssäkerhet i rättstillämpningen.[54] Det är en obesvarad fråga hur krav på formell likabehandling och objektivitet i rättstillämpningen (RF 1:9) kan garanteras när det inte finns några riktlinjer för hur ett normalt föräldraansvar ska beaktas vid bedömningen av rätt till assistans för barn med funktionsnedsättningar. Och därmed blir det mer eller mindre omöjligt för en familj med ett barn med funktionsnedsättningar att kunna förutse hur LSS eller SFB kommer att tillämpas. Än mer allvarlig är dock frågan om den materiella rättssäkerheten i dessa ärenden. Kan det verkligen antas att materiellt riktiga beslut fattas, i den meningen att de barn som är berättigade till assistans också får sådan hjälp? Att ”var och en […] tryggt [kan] förlita sig på att ostört få njuta fördelarna av de rättigheter, som tillkomma honom”?[55] Med hänvisning till rättssäkerhetskrav och det faktum att offentlig makt inte får utövas hur som helst utan med beaktande av

[54] Rättssäkerhet är en central rättsprincip och ett grundläggande rättsligt värde, men vad som exakt menas är svårfångat då begreppet kan förstås i många olika meningar och från en rad olika perspektiv. Se Gustafsson (2002) Rättens polyvalens. En rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet. Ak. avh. Göteborgs universitet, som redogör för en rad olika ”rättssäkerheter” i kap. 5, s. 301–388. Se även Vahlne Westerhäll (2002) Den starka statens fall? En rättsvetenskaplig studie av svensk social trygghet 1950–2000. Norstedts Juridik, s. 38 f. som beskriver *formell* rättssäkerhet som ett krav på att rättsliga beslut är förutsebara och *materiell* rättssäkerhet som ett krav på att målet med rättstillämpningen ska vara att förverkliga den enskildes fri- och rättigheter. För det senare förutsätts ”en rimlig avvägning mellan den förutsebarhet som regeln ger och etiska hänsyn av olika slag. Etiska hänsyn bottnar konsekvent i att något är bra eller inte bra för människor.” A.a. s. 38.

[55] Ekelöf, Rättssamhälle och rättssäkerhet, s. 10, SvJT 1942 s. 15.

att legalitetsprincipen ska utövas under lagarna (RF 1:1), får den rådande ordningen betraktas som allt annat än rättsligt godtagbar.[56]

Avslutningsvis kan det noteras att HFD inte i något av de prejudikat som refererats fann att något avdrag för ett normalt föräldraansvar skulle göras i bedömningen av de aktuella barnens hjälpbehov. Därmed är det svårt att förklara den åtstramade rättstillämpningen hos myndigheterna med hänvisning till prejudicerande domar. Däremot tycks det under lång tid ha funnits och alltjämt finnas ett så stort tolkningsutrymme vid bedömningar av barns rätt till personlig assistans eller assistansersättning att tankarna går till den välkända barnramsan: *Ole, dole, doff – vilken tid ska bort?* Det är därför hög tid att lagstiftaren ingriper i frågan om vad som ska menas med ett normalt föräldraansvar vid bedömningar av rätt till personlig assistans för barn med funktionsnedsättningar.

[56] Se Sterzel (2012) Legalitetsprincipen, i: Marcusson (red) Offentligrättsliga principer, 2 uppl., Iustus Förlag, s. 74: ”Det är lagstiftaren eller annan normgivare som ska bestämma, inte rättstillämparen. Det leder till att tolkning av föreskrifter blir en viktig fråga. Legalitetsprincipen förutsätter en någorlunda restriktiv tolkning. Myndigheterna får inte gå utöver föreskrifternas ordalag med stöd av ändamålssynpunkter etc.”

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

Den svenska familjelag-stiftningen sedd genom den kritiska rättsteorins ögon. Jämförelser med rätts-utvecklingen i USA

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

Jameson Garland

A ROLE FOR CRITICAL LEGAL THEORY IN SWEDISH FAMILY LAW?

1 INTRODUCTION

Swedish family law has often been described as a normative model for family law in other jurisdictions.[1] A closer examination, however, raises questions as to whether Swedish law may also exemplify the complications that arise in attempting to develop legal rules without normative conflict.[2] Under current interpretations of Swedish law, for example, a transgender woman who is legally recognized in the gender of her identity will be registered as the mother of her child if she contributes sperm to the child's conception, regardless of whether she

[1] *See e.g.*, Jens M Scherpe, 'The Nordic Countries in the Vanguard of European Family Law' (2007) 50 *Scandinavian Studies in Law* pp. 265–288.

[2] By the term 'legal rules', I intend to describe what most theorists recognize as those prescriptions, maxims or precepts that exist in laws, regulations, and judicial decisions, described as 'the rules of law – the formal contents of the legal system', which most theorists, particularly positivists, distinguish from the broader norms on which the rules are based and the norms that interpretation might generate. *See* Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication* (Harvard University Press 1997), pp. 57–62. Critical legal theorists problematize this distinction by analyzing the normative tensions within legal rules and the manner in which normative choices are made in formulation and reformulation of 'positive' law, not just rule application. Id., pp. 31 ff. On the question of whether norms regarding the protection of the rights of children in particular are fully realized in Swedish law and practice, *see* Anna Singer, 'Voices heard and unheard – A Scandinavian perspective', (2014) 36 *Journal of Social Welfare and Family Law* pp. 381–391.

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

would prefer to be registered in a more gender-neutral way.[3] In sharp contrast, a cisgender woman in Sweden cannot be registered as the legal mother of her child if she is married to the birth mother and the couple conceived the child by utilizing assisted reproduction services in the Swedish health care system during their relationship.[4] That same woman will also not automatically be recognized as the legal parent of her child if she is married to the birth mother – even though a man married to the birth mother would be.[5] Under other rules, unmarried biological fathers have no legal mechanism to initiate recognition of their paternity in Sweden, even though their children do, as do the mothers of those children and Swedish legal authorities on their behalf – including the power to initiate proceedings to establish paternity against the biological fathers' wishes.[6] Parents in Sweden are also currently presumed to have the legal authority to consent to gender 'normalizing' surgeries on their children – including the removal of their children's genitals and gonads – even though Swedish law broadly criminalizes the surgical removal of female genital tissue, the sterilization of children, and other manipulations of children's genitals.[7] In all of these matters, different normative approaches might follow from the European Convention of Human Rights (ECHR), not only because Sweden is a Contracting State to the ECHR, but because conformity with the ECHR is presumptively required pursuant to Sweden's Instrument of Government.[8] As interpreted by the European Court

[3] Though no Swedish statute expressly states such a rule, this is the current practice and interpretation of Swedish law by the Swedish Tax Authority. Skatteverket, *Folkbokföring och ändrad könstillhörighet* (2016), pp. 13–21.

[4] Föräldrabalken (1949:381) (hereafter 'FB'), 1 kap, 9 § (permitting the female partner of a woman who gives birth to be registered only as a 'parent').

[5] Compare FB 1:1 and 1:9.

[6] *See generally* FB, chapters 2–3, especially FB 3:5.

[7] *See* Section 3.2.

[8] The 'incorporation' of the ECHR into Swedish law is significant from a jurisprudential perspective, as the Instrument of Government makes conformity of legislation to the ECHR a part of Sweden's 'positive' law. *See* Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform, 2 kap., 19 §. This incorporation is not intended to fully incorporate the body of case law of the European Court of Human Rights but requires Swedish law to be in accord with the ECHR, albeit with the Instrument of Government taking precedence over the ECHR if the two instruments conflict as a matter of domestic Swedish law. The ECHR may, though, take precedence over the Instrument of Government under Sweden's treaty obligations. *See* Iain Cameron, *An Introduction to the European Convention of Human Rights* (Iustus 2014), pp. 193–202.

of Human Rights, the ECHR appears to stand in considerable tension with the aforementioned statements of Swedish law.[9]

Under traditional legal theories, normative tension in interpretations of law, such as those described above, might not be considered problematic. According to these theories, legal rules can only be fully understood in relation to the legal system to which they belong, such that peculiar outcomes may actually follow a principled logic of an established legal order, even though they might appear incoherent to non-legal experts or outsiders to the legal system in question. Critical legal theorists, however, would likely counter that each of the rule interpretations set forth in the introduction to this essay reflect mere choices among multiple norms that are embedded in legal rules, rather than interpretations compelled by legal logic.[10] According to critical legal theory, modern rules of law are generally structured to require a balancing of multiple norms, not only when applied case-by-case but in the interpretation of legal doctrine. Despite expectations that legal actors will interpret and apply rules deductively and objectively, adherence to a legal order also effectively encourages legal actors to rely on social norms, which serve as deep structures to legal systems and influence rule interpretation. This explains why, in family law, perceived shifts in social norms regarding matters such as gender and the status of children can change the meanings of rules, even without any changes to positive law. Indeed, juridical concepts that are often presumed to be simple and clear – such as '*motherhood*' or what constitutes a '*male*' or '*female*' child from a legal point of view – can have indeterminate meanings, which can also be used to impose severe disadvantages on vulnerable persons and others disfavored by socio-legal hierarchies.

[9] On whether familial status can be extended to select couples in a discriminatory way, *see X and Others v. Austria* [GC], no. 19010/07 (2013). On the right of unmarried biological fathers to a legal mechanism to establish paternity, *see L.D. and P.K. v. Bulgaria* (application nos. 7949/11 and 45522/13) (2016). On Sweden's positive obligation to protect children from harm to their identity and intimacy, *see Söderman v. Sweden* [GC], no. 5786/08 (2013).

[10] By the term 'critical legal theories', I refer not to one particular strand of critical legal theory but ideas that I perceive as common to critical legal theory as developed in the US and UK, regarding the normative tension in law and the manner in which legal systems, internal rule structures, and external legal consciousness determine which norms prevail in shaping the meanings of rules. *See* Alan Hunt, 'The Theory of Critical Legal Studies', (1986) 6 *Oxford Journal of Legal Studies* pp. 1–45; Duncan Kennedy, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought* (Beard Books 2006), ix–xxiv. Roberto Unger, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task* (Verso Books 2015).

This essay is a sketch of an argument that critical legal theory may be useful to an understanding of how Swedish law reflects complex normative choices in tension with what is often thought to be positive law. The essay was specifically written for this collection because of the significant contributions that Anna Singer has made to our understanding of Swedish family law, particularly on matters of the rights of children and how ideas about gender have complicated the way in which broadly stated norms in family law are often given effect. For nearly two decades, Professor Singer has provided carefully detailed analysis of how 'positive' Swedish family law is actually a polycentric, pluralistic collection of rules, which often encompasses competing norms.[11] As Professor Singer has also cautioned, the recognition and realization of children's rights, in particular, can encounter serious challenges if those rights are merely incorporated into Swedish law as norms, which may be disfavored against competing norms.[12] Thus, in the spirit of Professor Singer's work, this essay offers a summary of critical legal theory to illustrate why that theory may independently validate these concerns and provide insights into how Swedish law might function in the future.

2 FROM LAW TO THEORY AND BACK AGAIN

2.1 The relationship of legal systems to critical legal theory

Most legal scholars generally agree that legal systems in Europe and North America were transformed in the late nineteenth and early twentieth centuries, with the ambition of modernizing them by 'scientifically' reordering them and sustaining them through logical, deductive reasoning.[13] The substantive aim of these efforts was to create 'an indivisible system, with inherent legal substance, not just a loose

[11] These themes permeate her work, ranging from her doctoral thesis, *see* Anna Singer, *Föräldraskap i rättslig belysning* (Iustus 2000), to her most recent works, *see e.g.,* Anna Singer, 'Family Forms and Parenthood: Sweden' in Andrea Büchler and Helen Keller (eds.), *Family Forms and Parenthood: Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe* (Intersentia 2016), pp. 426–456.

[12] Anna Singer, 'Alla talar om barns rätt' in Lotti Ryberg-Welander (ed.), *Rätt, social utsatthet och samhälleligt ansvar: Festskrift till Anna Hollander* (Norstedts juridik 2012) pp. 69–82.

[13] Duncan Kennedy, 'Savigny's Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought' (2010) 58 *American Journal of Comparative Law,* p. 830.

and contingent amalgamation of compromises, impositions, and accidents' – particularly the collision of reactive rulemaking, metaphysical ideas, and political power.[14] Scholarly defenders of such reforms theorized that the transformed systems could be held together by an internal logic, such that individual rules of law could not only serve instrumental purposes, but would primarily derive their meaning from concepts established for specific legal systems, which could then be maintained according to carefully designed, interlocking legal principles. Critical legal scholars have termed this conceptual form of jurisprudence as *classical legal thought*, one that helped to establish the framework upon which modern legal systems are built, fostering expectations of the general validity of legal systems and theories of the coherence of positive law. Indeed, the persistence of this form of thought is reflected in the current concern about importing norms into legal systems from external sources, such as the United Nations, the Council of Europe, and the European Union (EU) – in essence, a type of normative tension that some scholars perceive as a 'crisis in jurisprudence' in determining how conceptual coherence in national legal systems can be maintained.[15]

Critical legal scholars have sought to demonstrate that this current state of 'crisis', if it can be called that, is not new, at least not in terms of the greater historic struggle of modern legal systems to establish a theory and a method that can resolve normative conflicts of their own making. Rather, according to critical legal theory, an indeterminate balancing of norms is an inherent character of classical legal thought, due to the manner in which modern legal rules are structured. Critical legal theories have flourished in jurisdictions such as the United States (US) and the United Kingdom because the judiciaries in those jurisdictions have created highly transparent records of how legal authorities have struggled to avoid normative tension while interpreting positive law. In jurisdictions such as Sweden, however, identification of this tension requires a sharper focus on how legal actors – such as courts, administrative agencies, and even expert committees preparing legislation – actually respond to tensions in positive law. As shown below, Swedish law actually bears striking similarities to US law because of the manner in which legal realist movements and instrumental aims

[14] Unger, *supra* n. 10, p. 14.

[15] Kjell Åke Modéer, 'Harmonization or Separation? Deep Structures in Nordic Legal Cultures' (2007) 50 Scandinavian Studies in Law 179, 182; *accord* Jacob W.F. Sundberg, 'A Chair in Jurisprudence' (2005) 48 *Scandinavian Studies in Law,* pp. 455–57.

affected the way in which both systems consist of rules that are conceptualized and structured to embody multiple norms. A summary of how these two legal systems evolved relative to these foundations should underscore the relevance of critical legal theory to scholarly analysis of the functioning of these systems.

2.2 Systemic transformations and legal thought in the United States

The transformation of the US legal system to one based on classical legal thought began in earnest in the early 1800s, after a period of transition in which much British law continued to function as the law of the land.[16] Populist favor for legislation to displace the common law, in particular, flowed from distrust of the judicial system – a legacy of the British monarchy.[17] Many jurists themselves, however, also professed skepticism about the rigidities of inherited concepts of law, particularly those based on natural law and rights associated with spheres of power. These skeptics, though, maintained that the judiciary was better positioned than the legislature to maintain the law in a scientific way, both because of the judiciary's oversight of the US legal system and its legal expertise. Indeed, in the 1800s, the judiciary was already vested with considerable authority in the US – including the power to mediate conflicts among the branches and levels of government, to interpret and apply state and federal constitutions, and to develop interstitial law, as well as common law in the absence of statutory law. Thus, during this era, the judiciary began a systematic attempt to reshape the legal system into a singular, complex whole, supported by members of the legal profession and scholars who similarly advocated a scientific reordering of law nationwide. Individual rules of law were also restructured over time, often for instrumental purposes, but also in conceptually establishing the relationship between public interest in private law and private interests in public law, as well as each rule's place in the system. The theory behind this transformation was that the logic of the law could be maintained as it was applied

[16] On the role of British law in the US, *see* Ford Hall, 'The Common Law: An Account of Its Reception in the United States (1950) 4 *Vanderbilt Law Review*, p. 791.

[17] The historical summary in this section is drawn especially from Morton Horwitz, *The Transformation of American Law: 1780–1860* (Harvard Univ. Press 1979), in addition to the sources in note 10, *supra*.

so that each new development of law did not substantially disrupt the legal order.[18]

Jurisprudential faith in this form of thought dissipated by the early 1900s once many scholars and judges increasingly observed that highly conceptual reasoning often produced legal outcomes that seemed divorced from socio-economic reality. Within a general frame of thought described as *legal realism,* some of these scholars 'progressively' proposed that the US legal system might be sustainable if it were grounded in other sciences, including social sciences and economics, to ensure that legal reasoning was framed by real-world experience and reason.[19] Though legal realists leveled criticisms across the spectrum of public and private law for decades, several notorious US Supreme Court decisions in the field of constitutional law eventually marked the sharpest fall of classical legal thought, as many high-profile and controversial decisions were neutralized or reversed by reinterpreting constitutional norms through the lens of socio-economic analysis.[20]

[18] This was indeed the entire point of classical legal thought, by both creating subfields of law and relating them to other subfields and the system as a whole. In this manner, new norms generated as a result might not only be contained (in subfields of law) but also constrained (in relation to the system as a whole). To paraphrase Maria Grahn-Farley, modern legal systems have been conceptualized and structured to save themselves from 'the disruption of the localized' and even to 'prevent localized disruptions from taking place'. Maria Grahn-Farley, 'The Law Room: Hyperrealist Jurisprudential & Postmodern Politics' (2001), 36 *New England Law Review* p. 42 and p. 56. For arguments that classical legal thinkers aimed to secure legal orders from unstable social movements and other juridical disruptions, *see* Horwitz, n. 17, *supra,* and William M. Wiecek. *The Lost World of Classical Legal Thought: Law and Ideology in America 1886–1937*, (Oxford University Press, 1998). Ironically, as Duncan Kennedy points out, the abstraction, nesting, and systemic tethering of concepts in 'classical legal thought' actually led to constant risk of disruptions of positive law by placing legal rules in considerable normative tension. Kennedy, *supra* n. 10, pp. 245–56. It should be noted, however, that anxiety about normative developments and tensions disrupting legal orders is not limited to classical legal thought, but has been shared by modern legal scholars who are particularly hostile to critical theory and post-modern legal thought. *See* Gary Minda, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End* (N.Y.U. Press 1995), pp. 36–61, 106–127, and 244–45.

[19] Gary Minda, *supra* n. 18, pp. 20–43.

[20] *See* Kennedy, *Rise and Fall*, supra n. 10, pp. 7–33 and 249–270. On the question of economic regulation, for example, the US Supreme Court conceptualized the liberty to contract as a constitutional limitation on regulatory powers but subsequently reversed course by using economic analysis to reassess the reasonability of such regulation and to deny a broad liberty to contract. *Compare Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) and *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923) *with Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934) and *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937). On the question of whether 'equal protection' permitted racial segregation in 'separate but equal' facilities,

This shift in legal thought, however, could also not avoid troubling legal outcomes through legal interpretation based on 'realist' ideas. On the question of discriminatory interference with the right to form a family, for example, the US Supreme Court during this period issued one of its most infamous legal realist decisions, upholding the compulsory sterilization of a woman who had been 'diagnosed' as a 'moral' imbecile.[21] Deferring to medical and social science, the Court concluded that the same constitutional 'principle that sustains compulsory vaccination is broad enough to cover cutting the Fallopian tubes' in order to 'prevent those who are manifestly unfit from continuing their kind', rather than to eventually 'execute their offspring' or 'let them starve for their imbecility'.[22] Decisions such as these appeared to validate the concern of more 'radical' legal realist scholars, who challenged legal logic as a mechanism to reinforce the social order, often at the expense of progress toward greater justice.[23]

Critical legal theory emerged from the fallout of jurisprudential disagreement as to how the US legal system could maintain its conceptual legitimacy in light of its diverse aims.[24] By the mid-1900s, some scholars continued to urge strict positivistic conceptions of law in certain fields of law, but most scholars conceded that the law was more complex than a mere system of rules – with disagreement over whether interpretation could be grounded in a process-oriented balancing of policies, as well as interests in fundamental fairness, or whether the law could evolve progressively through normative interpretation, particularly in constitutional and civil rights law.[25] Critical legal scholars argued that this very openness to balancing or normative interpretation ensured that positive law was placed in tension with multiple legal norms, which could be invoked selectively and could not be judged to be purely apolitical or scientific. These scholars maintained that the

for example, the Court originally held that it did, *see Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896) but step-by-step used socio-economic analysis to break down the notion that such segregation was *unequal* in fact but to find that it perpetuated racial animus in society at large. *see e.g., Missouri ex rel. Gaines v. Canada*, 305 U.S. 337 (1938), *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950); *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

[21] For background on the case, *see* Daniel Kleves, *In the Name of Eugenics: Genetics and the Uses of Human Heredity* (Harvard University Press 1985), pp. 110 ff.

[22] *Buck v. Bell,* 274 U.S. 200, 207 (1927).

[23] Minda, *supra* n. 18, pp. 29–30.

[24] Minda, *supra* n. 18, p. 31 (describing critical legal theory as the successor to 'radical' or critical legal realism); *see also* Kennedy, *Rise and Fall*, pp. xxvi–xxx.

[25] Minda, *supra* n. 18, pp. 32–43; Kennedy, *Rise and Fall*, supra n. 10, pp. xxix.

nesting of public law norms in private law and vice versa was a legacy of classical legal thought's attempts to maintain legal rules in normative relation to different interests in the legal system.[26] The very nature of developing these rules through a balancing of interests or through more instrumental aims meant that a 'favored' outcome was not necessarily a 'correct' one but, rather, reflected choices of norms to legitimize outcomes. Critical legal theorists further argued that *a legal consciousness,* grounded in acceptance of legal logic and the law's relation to social norms, produced a sub-system of legal thought that rationalized normative choices in interpretation as a measure of sound functioning of the legal system.[27] More often than not, the resulting legal process favored 'particular interest groups, social classes and entrenched economic institutions' with legal reasoning that worked to 'mystify outsiders' and to 'legitimate results', rather than determine them.[28] This theoretical approach, despite the controversy it generated, is largely credited with the acceptance of its general premises in US legal education, as well as the emergence of post-modern legal thought in US jurisprudence.[29]

2.3 Systemic transformations and legal thought in Sweden

The transformation of the national legal system in Sweden began gradually in the early 1800s, as it did in the US. Though Sweden had a strong tradition of local government, the development of its modern national legal system is often marked as beginning with the establishment of the Instrument of Government in 1809.[30] Styled as a constitutional monarchy, the new form of government did not immediately constitute a formal break in sharing of power among the people, the nobility, and the clergy, as well as the crown.[31] This arrangement did not, however, preclude the establishment of a more

[26] Kennedy, *Savigny*, *supra* n. 13, pp. 821–35; Kennedy, *Rise and Fall*, *supra* n. 10, p. xx–xi.
[27] For contrasting views, see Kennedy, *supra* n. 10, pp. xiv – xvii and Hunt, *supra* n. 10, pp. 17–20 and 31.
[28] Martha Minow, 'Law Turning Outward' (1987) *Telos* pp. 79, 83.
[29] *See* Minda, *supra* n. 18, p. 126.
[30] *See e.g.,* Thomas Bull and Frederik Sterzel, *Regeringsformen: En kommentar* (Studentlitteratur AB 2010), pp. 12. See also Magnus Isberg, 'The development of constitutional law in Sweden', in *The Constitution of Sweden; The Fundamental Laws and the Riksdag Act* (Sveriges Riksdag 2012), pp. 12–15.
[31] Bull and Stertzel, *supra* n. 30, p. 12–13; Isberg, *supra* n. 30, pp. 13–17.

democratic legal system, which formed slowly and subtly over time – marked prominently, according to some scholars, by such events as the establishment of a bicameral legislature in 1866 and universal male suffrage in 1909.[32] These milestones, however, do not adequately capture the more complex social developments that led to the transformation of the substance and form of Swedish law. The push for law reform also emanated from sociopolitical and economic movements, for example, in calls for equitable housing and legal support for workers, as well as the establishment of universal suffrage for women in 1921.[33] Reform was also spurred on by effective withdrawals from the Swedish political system through mass emigration of approximately one-sixth of the Swedish population, particularly emigration to the US.[34] In response to this latter problem, a Parliamentary Emigration Commission conducted a thorough investigation of socioeconomic conditions in Sweden and possible law reforms. While assertions of any causal connections between that investigation and many reforms are problematic, the concluding report and its twenty-one volumes of supporting data constitute powerful documentation of a growing consensus at the time that Swedish law was rapidly undergoing transformation to serve the broader public interest.[35] Indeed, the establishment of a new progressive coalition government shortly thereafter in 1917 is often considered a critical turning point in this reshaping of Swedish law with such instrumental aims.[36] Family law was included in this reform, with several laws passed in succession regarding support for children and equality between spouses between 1917 and 1920.[37] More notoriously, sterilization laws and the succes-

[32] Bull and Stertzel, *supra* n. 30, p. 13; Isberg, *supra* n. 30, pp. 15–17.

[33] *See* Patricia Mindus, *A Real Mind: The Life and Work of Axel Hägerström* (Springer 2009), p. 173 (regarding the economic and political climate and its relationship to law reform and realist thought); *see also* Bull and Sterzel, *supra* n. 30, p. 13 (noting the extension of full suffrage to women in 1921) and Isberg, *supra* n. 30, p. 16.

[34] Gunnar Broberg and Magnus Tydén, 'Eugenics in Sweden: Efficient Care' in Gunnar Broberg and Nils Roll-Hansen, eds. *Eugenics and the Welfare State: Sterilization Policy in Denmark, Sweden, Norway, and Finland* (Michigan St. Univ. Press 2005), p. 78.

[35] Franklin D. Scott, 'Sweden's Constructive Opposition to Emigration', (1965) 37 *Journal of Modern History* pp. 332–334; *see also* H. Arnold Barton, *A Folk Divided: Homeland Swedes and Swedish Americans, 1840–1940* (Southern Illinois University Press 1994).

[36] Bull and Sterzel, *supra* n. 30, p. 13.

[37] For an example of such legislation regarding children, subsequently replaced by the current Children and Parents Code, *see* Lag (1949:382) om införande av föräldrabalken,

sive interest in population control grew out of family law reform discussions during this same time period.[38]

There is considerable scholarly consensus in Sweden that this systemic transformation was supported by developments in jurisprudential thought steeped in Sweden's own form of legal realism. The Swedish legal realist movement, like its US counterpart, focused on pragmatism and social and economic effects of the law, all of which led to separating law from metaphysics and traditions maintained for their own sake.[39] But Swedish legal realists also had more explicit goals in conceptualist rulemaking that bore greater resemblance to classical legal thought than the work of US legal realists. In multiple fields of law, Swedish legal realist scholars advocated highly positivist ideas about how law should be developed and applied in a controlled manner.[40] Like classical legal thinkers, Swedish legal realists reconstituted rights as largely conceptual legal constructs,[41] with the word 'right' often used to refer to state-controlled benefits and normative expectations rather than constraints on state power.[42] As in the US, however, neither classical nor legal realist thought in Sweden appears to have been able to dominate the manner in which the law actually developed. In public law, for example, the pragmatic challenges of controlled governmental steering led to conceptualization of rules that were 'often vague', with a growing understanding that legal concepts would not be expected to have 'specific meanings in themselves', but rather would be 'vessels' to be 'filled by the legal process […] as a tool for realizing the ideals of the welfare state'.[43] In this scheme, administrative agencies were seen as 'lending a helping hand' through the 'legal

2 §. For a summary of developments in Swedish marriage law during this period, *see* Caroline Sörgjerd, *Reconstructing Marriage* (Intersentia 2011), pp. 55 ff.

[38] Gunnar Broberg and Magnus Tydén, supra n. 34, pp. 110–124.

[39] Heikki Pihlajamäki, 'Against Metaphysics in Law: The Historical Background of American and Scandinavian Legal Realism Compared' (2004) 52 *The American Journal of Comparative Law,* p. 469.

[40] *See e.g.,* Torben Spaak, *A Critical Appraisal of Karl Olivecrona's Legal Philosophy* (Springer 2014), pp. 181–205 and 241–259; Marie Sandström, 'Law – Fact, Fiction or In Between? Axel Hägerström's Quest for Legal Realism' (2005) 48 *Scandinavian Studies in Law,* pp. 329–40.

[41] Spaak, *supra* n. 40, pp. 141–155; Jane Reichel, 'European Legal Method from a Swedish Perspective – Rights, Compensation and the Role of Courts' in Ulla Neergaard, Ruth Nielsen and Lynn Rosenberry (eds.), *European Legal Method – Paradoxes and Revitalization* (DJOF Publishing 2011), pp. 249–50.

[42] Elisabeth Rynning, *Samtycke till medicinsk vård och behandling* (Iustus, 1994), pp. 69 ff.

[43] Reichel, *supra* n. 41, pp. 248–9.

jungle', albeit without 'strict observance of procedural safeguards'.[44] The use of goal-steering legislation, in particular, vested administrative agencies with considerable power to determine the normative content of abstract rules, which narrowed the 'spectrum of theoretical solutions' but left them open to interpretation.[45] Not surprisingly, legal scholars in Sweden by the late twentieth century differed in opinion over whether such rules of law could be dogmatically applied through legal rules alone or whether interpretation should reflect the 'underlying culture and shared values of the society' out of respect for a broader 'normsystem or value system'.[46]

Over the last several decades, even without direct reliance on critical legal theory, Swedish scholars studying different areas of law have noted that the legal system that emerged from this legacy has operated with great potential for indeterminacy and considerable normative dissonance, propelled in particular by a 'legislative tradition … of relatively abstract formulation of legal norms'.[47] In private law, for example, balancing of norms in legal interpretation has become more commonplace, making it difficult to decipher patterns of legal decisions as strictly following any positivist theory of law.[48] In many legal fields, the law by design, together with central administrative agencies' constitutionally protected interpretive authority, has permitted interpretations that reflect normative choices rather than a singular interpretation that might have originally been intended.[49] In family

[44] Id., p. 253; *see also* Stig Strömholm, "Public' Rule-making and 'Private': The Swedish Experience' (1971), 15 *Scandinavian Studies in Law*, pp. 219–84.

[45] Reichel, *supra* n. 41, p. 248; Stig Strömholm, 'Goal-Steering and Judicial Review' (2000) 40 *Scandinavian Studies in Law* 189–197; Bull and Sterzel, pp. 17–18 and 275–85.

[46] Minna Gräns, 'Some Aspects of Legal Decision Making in the Light of Cognitive Consistency Theories' (2005) 48 *Scandinavian Studies in Law* 99, p. 100.

[47] Thomas Bull and Iain Cameron, 'Legislative review for human rights compatibility: A view from Sweden' in M. Hunt and others (eds.), *Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit* (2014) Oxford: Hart Publishing Ltd, p. 280.

[48] *See, e.g.*, Håkan Andersson, 'Constructive deconstruction: a test of postmodern legal reasoning: the example of third party losses on the borderline between tort law and contract law', in Mads Andenas & Nils Jareborg (eds.), *Uppsala-King's College London Colloquium* (Iustus 1999), pp. 356–388; Håkan Andersson 'Likhetsargumentation – analogi och metamorfos', in Anders Fogelklou & Torben Spaak (eds.), *Festskrift till Åke Frändberg* (Iustus 2003), p. 13–37; Joel Samuelsson, *Tolking och Utfyllning: undersökningar kring ett förmögenhets-rättsteoretiskt tema* (Iustus 2008).

[49] On the authority of the administrative agencies, *see* Bull & Cameron, *supra* n. 47, p. 281. For examples of normative tension, *see e.g.,* M. Jänterä-Jareborg, 'The Recognition and Legal Effects of Foreign Adoptions in Sweden' (1992) 36 *Scandinavian Studies in Law* 106 (explaining disagreement over two possible normative interpretations of Swedish

law, lack of clear distinctions between abstract norms and Swedish 'positive' law was so prominent as the 1900s drew to a close that, in a landmark case, the European Court of Human Rights took the unusual step of advising the Swedish government on the difference between a *'norm'* and *'law'*.[50] While the Court endorsed normative and flexible rulemaking, it emphasized that a law, unlike a norm, requires 'sufficient precision to enable the citizen' […] to foresee […] the consequences which a given action may entail' and to narrow 'the scope of the discretion' vested in authorities and protect against arbitrary interference with individual rights.[51]

Today, the difficulty in distinguishing positive law in Sweden from a collection of norms has become even more complex with the formal 'incorporation' of the ECHR into Swedish law, such that conflicts with domestic Swedish law are resolved by judicial *normprövning*.[52] Though Swedish courts have increasingly attempted to resolve normative conflicts in this way, the European Court of Human Rights has also done so and has in some cases found the Swedish legal framework itself inadequate to support the ECHR's norms.[53] Accession to the EU has also meant that EU law and its norms are not only developed and imposed from outside of Sweden but often must be 'transposed' into law by the Swedish government.[54] These developments have had a structural effect, even on the Swedish legislative process, which has aptly been described as moving away from a 'linear' process with 'a beginning and an end, where organs organized in a hierarchical structure have demarcated tasks', to one that is 'circular', recursively and collaboratively developed by multiple levels of governance and legal authorities.[55] As several scholars have noted, these changes have constituted a cross-fertilization of national and international legal

law on foreign adoptions); Anders Agell, 'The Swedish Legislation on Marriage and Cohabitation: A Journey without Destination' (1980) 24 *Scandinavian Studies in Law* 21–23 (explaining competing interpretations of neutrality theory used in different contexts in different fields of Swedish law).

[50] *Olsson v. Sweden no. 1,* Case no. 10465/83 (1988) § 61.

[51] *Id.*

[52] *See* Cameron, *supra* n. 8, pp. 190–206; Karin Åhman, *Normprövning: Domstolskontroll av svensk lags förenlighet med Regeringsformen och Europarätten 2000-1010* (Norstedts 2011).

[53] *Söderman v. Sweden* [GC] no. 5786/08, § 117; *Arlewin v. Sweden, no. 22302/10,* § 59.

[54] Reichel, *supra* n. 41, pp. 265–66.

[55] *Id.*

orders with plural norms,[56] the expansion of the number and types of deep structures in national law,[57] and an intensification of the 'complexity of legal process', with 'a high level of sophistication and abstraction in coherency theories' that are difficult for legal authorities to follow.[58] In all of these ways, critical legal theory, it would seem, offers considerable aid in explaining how Swedish law develops, with Swedish 'positive law' often existing in considerable tension with an array of norms. As explained in the remainder of the essay, the array of norms relevant to Swedish family law has particularly increased in relation to international law, especially the Convention on the Rights of the Child, and may increase even further in the future.

3 CRITICAL LEGAL THEORY IN SWEDISH FAMILY LAW

3.1 Critical themes in family law

Critical legal theorists have long scrutinized family law, particularly the manner in which family law is conceptualized and positioned in legal systems, as well as how its rules are structured. Critical legal scholars have also challenged the popular narrative that family law has historically been a part of private law shielded from public law.[59] Rather, as they have shown, family law in Europe and North America was, historically speaking, only recently conceptualized as a discrete field of law, one in which familial decision-making was presumed 'private' as part of broader thinking about public interest in families as the foundation of society, which, in turn, might necessitate clear rules for determining boundaries for public intervention.[60] As Anna Singer and other family law scholars have documented, the evolution of family

[56] Xavier Groussot, 'European Rights' and Dialogues in the Context of Constitutional Pluralism' (2010) 55 *Scandinavian Studies in Law*, pp. 45, 55 and 74.

[57] Kjell Åke Modéer, *supra* n. 15, p. 182.

[58] Minna Gräns, *supra* n. 46, pp. 101–2.

[59] Michael D.A. Freeman, 'Towards a Critical Theory of Family Law' (1985) 38 *Current Legal Problems,* p. 153; Janet Halley, 'What Is Family Law?: A Genealogy Part I' (2011) 23 *Yale Journal of Law & Humanities* 1; Janet Halley, 'What Is Family Law?: A Genealogy' Part II, (2011) 23 *Yale Journal of Law & Humanities* p. 189; Frances E. Olsen, The Myth of State Intervention in the Family (1985) 18 *University of Michigan Journal of Law Reform*, p. 835.

[60] Frances E. Olsen, 'The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform' (1983), 96 *Harvard Law Review*, pp. 1497–1578; Janet Halley and Kerry Rittich, 'Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism', (2010) 58 *American Journal of Comparative Law*, p. 753.

law in Sweden is indeed one in which public law incursions into families increased in the nineteenth century – particularly for the protection of children – while still attempting to maintain normative presumptions that family units were centers of caring that required intervention only in exceptional cases.[61] Critical family law scholars have mapped the way in which this normative framework has actually permitted public law norms to be selectively invoked in interpreting family law rules, often at the expense of women and children, especially when privacy norms could be used to excuse various forms of marital or parental violence. This has been described as *family law exceptionalism,* a legal presumption permitting conduct within families that would not be acceptable outside of family units.[62]

In this light, critical legal theory can be particularly useful in rethinking the concept of 'family law' – a field that is neither purely private nor public law, but, rather, part of an overall system of rules, nested with public law and private law norms that are directly and indirectly aimed at family members. As Anna Singer points out, the concept of 'family' is not defined in Swedish law nor is Swedish family law confined to a private law framework.[63] This is transparent from the central Swedish statute regulating certain relationships and interactions among parents and children – the Children and Parent's Code (*Föräldrabalken*) – which, through multiple formal references in the statutory text and in various preparatory works to legislation, clearly intersects with public law, criminal law, medical law, and international human rights law, among other fields of law. A striking example of this is Sweden's pioneering rule abolishing 'corporal punishment' and 'degrading treatment' as a means of disciplining children.[64] Despite the prohibition appearing as a standalone rule in the Children and Parents Code, the Swedish Supreme Court has so far primarily interpreted the rule as a negation of a traditional, presumptive exemption of parents from prosecution when they strike their children, at least in cases where such violence would be a crime against someone outside

[61] Singer, *Föräldraskap i rättslig belysning*, *supra* n. 11, pp. 60–86.
[62] Singer, *Föräldraskap i rättslig belysning*, *supra* n. 11, pp. 35–38; Jan Hellner, 'Metodproblem i rättsvetenskapen – Studier i förmögenhetsrätt' (Jure 2001), p. 7.
[63] Singer, *Family Forms*, *supra* n. 11, pp. 431 & 444. For the array of laws affecting children and their relationships to their families in Sweden, *see* Anna Singer, *Barnets bästa. Om barns rättsliga ställning i familj och samhälle* (Norstedts Juridik 2012).
[64] FB 6:1.

of the family.[65] What remains unclear, however, is whether the Code itself creates a legal mechanism to redress all 'corporal punishment' and 'degrading treatment', concepts that are broadly stated as abstract norms to be fleshed out in future cases – and most likely exceptional ones.[66]

Throughout Swedish law, rules that address the parent-child relationship are broadly formulated for balancing various normative interests, particularly the 'rights' and 'responsibilities' of parents relative to the 'rights' and wishes of their children.[67] The incorporation of the ECHR into Swedish law has complicated this balance of norms, not only in the manner in which Swedish law affects private and family life but also with the ECHR imposing positive obligations on the Swedish government to protect children from their parents.[68] It further complicates Swedish family law in the sense that 'rights' in domestic Swedish law are often synonymous with a norm or interest, whereas the European Court of Human Rights has made clear that it reserves the power to determine whether those rights are civil rights within the meaning of the ECHR and actionable in Swedish courts, particularly in cases where Sweden's highest courts are silent on the status of the rights in question.[69] This normative complexity is heightened by the manner in which Swedish law is presumed to reflect the Convention on the Rights of the Child, particularly the right of the child to be heard, given that the European Court of Human Rights has often interpreted the ECHR in ways that have been criticized as inconsistent with the Convention on the Rights of the Child.[70]

In these and other ways, Swedish family law provides ample reason to be cognizant of how Swedish authorities may draw upon external social norms to resolve much of this normative conflict. Critical family

[65] *See e.g.,* NJA 2003 s. 537.

[66] Singer, *Barnets bästa*, *supra* n. 63, pp. 249–50.

[67] Examples are too numerous to list here, but are reflected particularly in the Children and Parents Code, such as in the central rules in Chapter 6, *see e.g.,* FB 6:1 and 6:11. For additional examples in Swedish law, *see* Singer, *Voices heard and unheard*, n. 2, *supra* and Singer, *Barnets bästa*, *supra* n. 63, throughout.

[68] For extensive discussion, *see* Jameson Garland, *On Science, Law, and Medicine, The case of gender-'normalizing' interventions on children diagnosed as 'different in sex development'* (Uppsala Univ. Press, 2016), pp. 540–58.

[69] Id. pp. 549–557.

[70] Ursula Kilkelly, 'Litigating the Rights of the Child' in Ton Liefaard and Jaap E. Doek (eds.), *The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence* (2015), pp. 193–209.

law scholars have, in particular, documented how legal actors use social norms, particularly regarding gender and parent-child relationships, to justify both norm creation and interpretation.[71] For example, Sweden's current laws on elective sterilization and abortion have deep roots in what the Swedish government considers 'family planning' for adults, enacted out of respect for procreative choice and bodily autonomy.[72] During the same general time frame in which these laws were enacted, however, Sweden also enacted its Gender Classification Act, compelling sterilization of transgender persons as a condition of gender recognition in order to prevent 'confusion' in families.[73] Since the formal repeal of that sterilization requirement in 2013, the gendered consequences of the repeal have ricocheted back into interpretations of traditional family law, as set forth at the outset of this essay. Indeed, critical feminist and family law theories thoroughly explain why Swedish law does not permit a child born to two cisgender women utilizing assisted reproduction services in Sweden to have two legal mothers but why a child may have two legal mothers if one of the women is transgender with the reproductive capacity of a biological male. Incongruities such as these are not unusual in Swedish family law. As the detailed example that follows illustrates, the normative structuring of family law often produces outcomes that cannot be explained by rules alone, but rather must be considered to be guided by social assumptions about parents, children, and gender that require more critical scrutiny.

[71] Frances Olsen, 'Constitutional Law: Feminist Critiques of the Public/Private Distinction' (1993) 10 *Constitutional Commentary* 319; Frances Olsen, 'The Sex of Law' in David Kairys (ed), The Politics of Law: A Progressive Critique (Basic Books 1998), pp. 691–707; Margaret Davies, 'Feminism and the Flat Law Theory' (2008) 16 *Feminist Legal Studies*, p. 285; These arguments are now taken up by scholars classified as post-modern scholars, *See* Martha Chamallas, 'Past as Prologue: Old and New Feminisms' (2010) 17 *Michigan Journal of Gender & Law*, pp. 169–70.

[72] *See Kungl. Maj:ts proposition till abortlag, m.m.*, Prop. 1974:70, p. 28; *Regeringens proposition med förslag till steriliseringslag*, Prop. 1975:18, p. 23.

[73] Prop 1972:6, p. 50.

3.2 The role of family law in gender reconstructive surgeries on infants and young children with differences in sex development

In discussions of children's rights, an intensifying global controversy currently surrounds the clinical practice of surgically 'normalizing' the appearance of infants and young children born with differences of sex development, purportedly to steer their gender development and spare the children various harms.[74] In 1972, Sweden became the first nation in the world to formally ratify these procedures as a means to secure changes of juridical gender status of such children.[75] Today, however, eight human rights authorities – including authorities from the Council of Europe and the United Nations – have declared these procedures violations of the affected children's human rights.[76] This current human rights discourse, however, has tended to avoid addressing a central question in family law: *Can parents consent to the removal of the genitals and gonads of their children without any evidence that the removed organs are diseased or that the medical procedures are necessary, or even safe and effective for their intended purposes?* Currently, no statutory rule in Sweden expressly and without limitation authorizes parents to consent to any medical procedures on their children. Rather, that consent is presumed to fall under the broadly stated norm that parents have the 'right' and the 'responsibility' to make decisions on matters concerning their children's affairs.[77] Nor is such a parental right recognized as unlimited under the ECHR. Indeed, the European Court of Human Rights has held that Contracting States, such as Sweden, have a positive obligation to protect children from physical invasions affecting their identity and intimacy.[78] Currently, the only rule of Swedish law expressly affirming parental authority to consent to the procedures in question is in connection with change of registered gender, subject to approval by the National Board of Health and Welfare.

[74] For a detailed analysis of past and present justifications, *see* Garland, *supra* n. 68, pp. 75–125.

[75] *See* Lag (1972:119) *om fastställande om könstillhörighet i vissa fall* (hereinafter 'KtL'), 2 § and 4–4 a §§.

[76] For a recent summary, see Kavot Zillén, Jameson Garland & Santa Slokenberga, *The Rights of Children in Biomedicine: Challenges posed by scientific advances and uncertainties* (2017), p. 44.

[77] FB 6:11. *See also* Prop. 2013/14:106, *Patientlag*, pp. 65–68 (confirming the rule for infants and young children in relation to Patientlag (2014:821) 4 ch., 3 §).

[78] *Söderman v. Sweden* [GC], no. 5786/08 (2013) §§ 79–86.

The formal legal authorization of gender reconstructive surgeries on infants and young children in Sweden arose in a state of considerable legal uncertainty surrounding those procedures. In 1972, as now, Swedish law required medical personnel to report the 'sex' of a child at birth for registration (either as 'male' or 'female'), except that parents were expected to do so if the child was not born under medical supervision.[79] No legal definition of what constitutes a 'male' or a 'female' person existed in Swedish law then, nor does such a definition exist today. Thus, clinicians and parents have long served as agents of the state in establishing each individual's juridical gender status without any legal criteria to contain their judgments. Under other rules, surgical removal of organs and parts of the body in some instances may be presumed legal if performed by licensed medical personnel to treat illness or congenital anomalies.[80] And yet, the criteria for determining whether atypical genitals or gonads are considered deformed has never been clearly established by medical science or law. Indeed, at the time of the enactment of the Gender Classification Act, the invasive character of these procedures also raised the specter of criminality under the Penal Code and laws on castration and sterilization.[81] To avoid conflict with the Penal Code, such procedures to this day must fall within the scope of medical licensure. Since 1963, Swedish medical law has limited licensed medical personnel to the use of medical practices that have been validated as safe and effective in accordance with 'science and carefully tested experience', even though no governmental authority has given that legal standard a precise definition.[82] And yet, no careful testing confirming the safety and efficacy of gender reconstructive procedures on infants had been performed by 1972, in Sweden or elsewhere, nor has it been performed since. In fact, at the time that Sweden ratified these procedures through the Gender Classification Act, the safety and efficacy of these procedures was so uncertain that Sweden's experts warned these procedures might surgically impose the wrong gender on a child.[83]

[79] Folkbokföringslag (1991:481) 18 and 24 §§.
[80] *See* Garland, *supra*, n. 68, pp. 173–79.
[81] Id., pp. 134–37.
[82] *See* Garland, *supra,* n. 68, pp. 215–40; Nils-Eric, Sahlin and Lena Wahlberg, 'Om icke vedertagna behandlingsmetoder och kravet på vetenskap och beprövad erfarenhet' (2017) *Förvaltningsrättslig tidskrift*, pp. 45–66.
[83] SOU 1968:28, pp. 53–4.

The Gender Classification Act resolved some of the legal uncertainty surrounding these procedures by authorizing them in association with juridical gender change. The statute, still in effect, provides that parents may apply for a change of their children's gender, with surgical alteration of their children's genitals and gonads, subject to approval by the National Board of Health and Welfare to ensure that the change is 'most compatible' with the requested gender assignment.[84] On the question of juridical gender status, however, the government and its investigating committee determined that it was not possible to define what constitutes a 'male' or a 'female' person;[85] therefore, the government agreed that these terms should be kept 'vague', with classification left, ideally, to medical judgment.[86] For gender reconstruction surgeries performed before registration or to make the child appear more typical for the registered gender, the Act did not apply. In the preparatory works to the Act, both the government's bill and the investigative committee report acknowledged that the procedures simply had to be in accord with Swedish medical law,[87] even though neither the experts nor the government documented any findings that the reconstructive surgeries on the children in question actually met the standard of 'science and carefully tested experience'. Indeed, the Act to this day provides a mechanism for a second change of gender for children on the grounds that gender reassignment procedures might impose the wrong gender on a child.[88] Nevertheless, the government and expert investigative committee presumed that parents not only would and

[84] The *'most compatible'* requirement is found in KtL 2 § and has never been clearly defined. In 2012, KtL 2 § was modified to delete language suggesting that a change of registered gender for children would be granted if the physical 'deformities' could be surgically 'corrected', though the reform bill provided only that the bodily appearance of such young children would still likely 'tip' the balance in favor of a requested gender, in order to prevent a child from being reregistered with a gender but having a bodily appearance that was not typical for that gender. *See* Prop. 2011/12:142, *Ändrad könstillhörighet*, pp. 37–38. The bill offered no further detail on which bodily appearances of children with mixed sex characteristics would 'tip' a result toward an assignment that is 'most compatible' for a 'male' or 'female' gender, a determination that is, therefore, left by law to the National Board of Health and Welfare, most likely based on medical opinion. For a discussion, *see* Garland, *supra* n. 68, pp. 130–152.

[85] SOU 1968:28, *Intersexuellas könstillhörighet*, p. 39.

[86] SOU 1968:28, p. 39 and Prop. 1972:6: *Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om fastställande av könstillhörighet i vissa fall, m.m.*, p. 18.

[87] SOU 1968:28, p. 63 and Prop. 1972:6, pp. 27–28.

[88] SOU 1968:28, p. 53 and 57 and Prop. 1972:6 p. 51 & 58. The provision remains in place as this book goes to press, *see* KtL 1 §, final sentence.

could consent to these procedures, but that they should do so. As the expert investigating committee advised, parental refusal to consent, in theory, could be overridden by public authorities under the Children and Parents Code.[89]

Today, the legality of these procedures in Sweden apart from the Gender Classification Act remains less than clear. As of 2017, the world's leading medical experts have conceded that no evidence exists indicating that these procedures are safe and effective for their intended purposes, nor is there evidence that any children need the procedures at young ages for their physical or psychological health.[90] Rather, the best available evidence shows that children subjected to these procedures often experience pain and dysfunction, as well as psychological and sexual trauma; some children also have been surgically assigned the wrong gender and all have lost the right to make fundamental decisions regarding their bodily integrity and gender identity.[91] In January 2017, the National Board of Health and Welfare acknowledged that the medical-scientific community lacks the evidence to provide guidance on the safety and efficacy of the procedures, even though the Board also stopped short of declaring them illegal as lacking support in 'science and carefully tested experience'.[92] Consequently, the question remains: On what terms can parents authorize these procedures to be performed on their children when no change of juridical gender is involved? On the one hand, the Gender Classification Act deems it permissible for parents to request such procedures and consent to them, not only as medical care, but also with the severe legal consequences of change of gender status. On the other hand, the questionable therapeutic value of these procedures raises new questions as to whether the procedures are difficult to describe as anything more than excisions of the parts of the bodies of children to satisfy gender norms – something now considered rights violations by human rights authorities. Swedish family law could, thus, be interpreted *either* way, to permit clinicians and parents to determine that the procedures are in the 'best interests of the child', as reflected in Sweden's gender registration scheme and social gender norms, or beyond the scope of parental authority, out of

[89] SOU 1968:28, p. 53.
[90] Peter A. Lee and others, 'Global Disorders of Sex Development Update since 2006: Perceptions, approach and care' (2016) *Hormone Research in Paediatrics*, pp. 158, 159.
[91] *See* Zillén et al., *supra* n. 76, pp. 41–43.
[92] Socialstyrelsen, *Vård och behandling av personer med intersexuella tillstånd: Kartläggning av det tidiga omhändertagandet* (2017), pp. 11–20.

'respect' for the personhood of the children and protection against bodily harm and 'degrading treatment'.[93]

To critical legal scholars, the manner in which Swedish law has made so much uncertainty possible in a case such as this cannot be seen as peculiar, at least in relation to how modern legal systems function. As these scholars have cautioned, family law is often a field of law in which conduct that may be normatively considered unthinkable outside of families may be legal if occurring 'within' them. In fact, many of the procedures involved in gender reconstruction on children with differences of sex development are even more broadly considered illegal in today in Sweden than they were in 1972 –including the sterilization of children,[94] the excision of clitoral tissue,[95] and nonconsensual digital penetration and dilation of their children's genitals to maintain them once surgically constructed.[96] As critical feminist scholars have also advised, the very maintenance of juridical gender itself may serve as a norm that is used to legitimize binary gender as a social norm, despite the harsh consequences that gender norms entail.[97] Indeed, the preparatory works to the Gender Classification Act made clear that while gender was decreasing in relevance as a matter of law before 1972, gender registration and the rights associated with juridical gender status persisted in Swedish law, such that Swedish values had to be given primary weight in the design of any law facilitating gender change on children as well as adults.[98]

Of equal importance, perhaps, critical legal scholars warn that new legal rules designed to address problems such as gender reconstructive surgeries on children are unlikely to be able to avoid considerable juridical uncertainties. Sweden could, for example, follow human rights

[93] See FB 6:1, 6:11 and 6:13. *See also* Garland, *supra* n. 68, pp. 148–153, 347–55 and 584 ff.

[94] *See* Steriliseringslag (1975:580), especially 1–3 §§ and 5 § (restricting the procedure to adults except in case of illness). *See also* HSLF-FS 2016:6, *Socialstyrelsens föreskrifter om sterilisering* 3 § and 5 § (requiring documentation that adults have received information required for sterilization).

[95] Lag (1982:316) med förbud mot könsstympning av kvinnor, 1 §.

[96] As a general matter, such nonconsensual activity violates the Criminal Code. *See* NJA 2013 s. 548 (interpreting Brottsbalken (1962:700) 6 kap. 1 §). On the invasive nature of dilation, *see* Anna Nordenström, *Commentary to Secondary Vaginoplasty for Disorders of Sex Development: Is There a Right Time? Challenges with Compliance and Follow-up at a Multidisciplinary Centre* (2013) 9 Journal of Pediatric Urology, p. 632.

[97] See the works of Olsen, in particular, at n. 71, *supra.*

[98] *Compare* SOU 1968:28 pp. 20–31 and 38–39 *with* Prop. 1972:6, p. 17.

authorities' recommendations, which currently propose that governments must ensure that reconstructive gender surgeries on children will occur only with each child's informed consent, to reduce the risks of unwanted procedures while protecting the interests of young persons who do want or need them.[99] The Swedish rules for consent in medical care, however, are highly indeterminate, especially where minors are concerned. Under the current Patient Act, a minor may be deemed capable to consent to medical interventions without parental assent – thus, not strictly following the text of the Children and Parents Code – if the treating clinician determines that the minor alone has the maturity to consent.[100] This interpretation of Swedish law is not enshrined in any statute, but reflected in the preparatory works to the Patient Act, which also give no indication that clinicians have any legal training or criteria upon which to make such decisions.[101] Nor do any Swedish rules provide clear guidance or mechanisms to protect minors from pressure or coercion from parents or clinicians, or to ensure that minors are adequately informed before 'consenting' to such interventions. Indeed, the preparatory works to the Patient Act provide that failure to adhere to the Act does not give rise to any judicial remedy – without any exceptions for breaches of informed consent,[102] and without mentioning that the Swedish Supreme Court has confirmed that such breaches should be actionable in Swedish courts pursuant to the ECHR.[103] In all of these ways, if Sweden were to uncritically incorporate human rights norms in limiting the legality of gender reconstructive procedures on minors, it would not be certain that such norms would remain unaffected by other indeterminacies embedded in Swedish law.

As these final concerns indicate, critical legal theory should not be reductively dismissed as simply a critique of policy, but rather should be essential to understand how normative interpretations of law are highly complex. To be sure, critical legal theory permits forceful questions regarding how chosen norms may harm vulnerable groups – such as in questioning why Swedish law prohibits much spanking of a child, as well as invasive medical procedures on the genitals for

[99] *See* Zillén et al., *supra* n. 76, pp. 43–44.
[100] Prop. 2013/14:106, pp. 65–66.
[101] *See* Garland, *supra* n. 68, pp. 307–08 and 319.
[102] Prop. 2013/14:106, pp. 41.
[103] NJA 2007 s. 504. For further analysis, *see* Håkan Andersson, *Ansvarsproblem i Skadeståndsrätten* (Iustus 2013), pp. 661–85.

'normal' children, but has also been presumed to permit parents to authorize the excision of genitals and gonads of their children solely on the grounds that the children are considered atypical for their gender. But critical legal theory also challenges scholars to think beyond traditional assumptions that legal outcomes are compelled by a respected method for balancing and importing norms. Rather, critical legal theory requires vigilance in understanding that norms may guide outcomes, but legal actors often determine which norms prevail, not always with strict deductive reasoning from legal sources, but rather with potentially subjective views of which legal and social norms should have legal effect.

4 CONCLUSIONS

Swedish family law may in many respects be more progressive than family law in other jurisdictions, but the Swedish legal system has not been spared from the vagaries of jurisprudence that affect its counterparts elsewhere. Rather, the Swedish legal system appears to be beset with similar normative tensions that are present in other modern legal systems, tensions that may be continually increasing. At this writing, in fact, the Swedish government has proposed simple incorporation of a new set of norms from the Convention on the Rights of the Child into Swedish law, on the assumption that no new law is needed to provide guidance on how the Convention's norms will work in accordance with other Swedish laws.[104] Rather, the government has proposed that courts and other administrative agencies will resolve normative conflicts as they confront them, which may be reconsidered in future governmental investigations over time.

For Swedish scholars who embrace the notion that Swedish law is not well described by positivist legal theories, critical legal theory should aid in monitoring how Swedish law resolves normative conflict.[105] Especially where preferences among competing norms determine how Swedish law progresses, it is essential for scholars to determine why certain norms prevail and others do not. So, too, where decision-makers who interpret Swedish law resolve conflict among legal norms through

[104] Lagrådsremiss: Inkorporering av FN:s konvention om barnets rättigheter (6 July 2017) pp. 79–81.

[105] This does not mean that it is necessary to eschew legal positivism to find critical legal theory useful. For a highly developed vision of critical legal positivism, *see* Kaarlo Tuori, *Ratio and Voluntas: The Tension Between Reason and Will in Law* (Ashgate 2013).

reference to social norms (or their perception of those norms), the impact of those decisions needs to be carefully scrutinized. This will, in the coming years, remain especially important in family law, where children and other vulnerable persons are often at risk of highly varied legal decisions without being able to participate in them, despite the legal system's ambitions toward objective consideration under the law, in the best interests of all family members as individuals.

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

Barnets bästa – mycket väsen för ingenting?

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

Anna Hollander

HAR ”BARNETS BÄSTA” NÅGOT INNEHÅLL SOM RÄTTSLIG TOLKNINGSPRINCIP?

1 INLEDNING

Vad innebär barnets bästa som rättslig princip och hur bedöms barnets bästa i rättsliga sammanhang? Dessa frågor ställer Anna Singer i boken – Barnets bästa. Om barnets rättsliga ställning i familj och samhälle.[1] Jag ska försöka besvara frågorna med stöd av ett juridisk och ett rättssociologiskt perspektiv. Det innebär att barnets bästa analyseras som princip både normativt och empiriskt.[2] Barnets bästa beskrivs i den juridiska litteraturen både som begrepp, bestämmelse, rekvisit, princip och målsättning. Samtliga definitioner har en bred innebörd och kan tolkas och tillämpas på olika sätt. Jag har valt att använda barnets bästa i betydelsen rättslig princip, även om det saknas en enhetlig juridisk definition av hur rättsliga principer bör tolkas och tillämpas.

Rättsliga principer har många likheter med övergripande värdestrukturer som uttryckligen eller underförstått säger något om hur verkligheten bör förstås, värderas eller förändras.[3] Förekomsten av

[1] Singer, A. (2012).
[2] Haugli, T. (2000) Samvaersrett i barnevernssaker, s. 237.
[3] Gustafsson, H. (2002). Rättens polyvalens: en rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet, s. 38; Alexey, R. (2005). Rätten och rättvisan, s. 91; Kjellbom,

rättsliga värdeprinciper kan ibland utläsas av lagstiftning och av de idéer och synsätt som förs fram i prejudikat och andra rättskällor.[4] Någon specifik plikt eller regel kan dock sällan utläsas av en rättslig princip och det finns i allmänhet inte heller någon direkt sanktion om den rättsliga principen inte följs eller tillämpas.[5]

Det material som studeras här består av ett urval av dokument som innehåller tolkningsrekommendationer om barnets bästa i FN:s konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen), några svenska lagar som rör barn, samt i ett urval av forskning om barn och barnets bästa. Materialet baseras främst på rättskällor och forskningstexter. Juridisk metod och textanalys används för att besvara frågorna. Fokus ligger på fakta, omständigheter och argumentation i det material som studeras.[6]

Inledningsvis beskrivs de rättssociologiska utgångspunkter som används i analysen av materialet. Därefter presenteras innebörden i begreppet barnets bästa som juridisk princip i olika källor. Hur tolkning av barnets bästa bör göras och faktiskt görs studeras därefter med stöd av rättskällor och forskning. Avslutningsvis analyseras resultaten utifrån den valda rättssociologiska utgångspunkten för att besvara frågorna om vad principen om barnets bästa egentligen betyder juridiskt och i konkreta fall.

2 RÄTTSSOCIOLOGISK TEORI

2.1 Allmänt

Inom rättssociologin studeras bl.a. samspelet mellan rättsliga regler och beslut. Det kan t.ex. gälla i vilken utsträckning beslut i frågor som rör barn präglas av lagens intentioner. Hur lagar och rättsliga

P. & Alexius, K. (2011). Socialrättsliga principer vid risk för vräkning – finns det i Sverige en rätt till boende, bostad eller hem. Juridisk tidskrift, s. 275.

[4] Kjellbom, P. & Alexius, K. (2011). Socialrättsliga principer vid risk för vräkning – finns det i Sverige en rätt till boende, bostad eller hem. Juridisk Tidskrift, s. 275.

[5] Wiliams, P. (1993). The alchemy of Race and Rights. I Nilsson, E. (2007). Barn i rättens gränsland. Om barnperspektiv vid prövning om uppehållstillstånd, s. 87. Diss; Mattsson, T. (2007) Barnets bästa – till vilken nytta. Om legitimiteten vid beslutsfattande om barn. I Vahlne Westerhäll, L. (red.) Legitimitetsfrågor inom socialrätten, s. 98 ff.; Schiratzki, J. (2014). Barnrättens grunder, s. 29 ff.; Zermatten, J. (2015). Best Interest of the Child. In Mahmoudi, S.; Leviner, P. Kaldal, A. and Lainpetto, K. (eds.). Child Friendly Justice.

[6] Bergström, G. och Boreus, K. (2000). Textens mening och makt. Metodbok i samhällsvetenskaplig textanalys, s. 91.

beslut kommuniceras i samhället eller hur lagstiftningsprocesser och rättsliga beslut påverkas av samhällsförhållanden och dominerande ideologier är andra centrala rättssociologiska frågor.[7]

”Rätten” i rättssociologisk mening kan beskrivas som ett system bestående av formellt antagna regler i ett samhälle, de institutioner som har ansvaret för tillämpningen av reglerna och regler för kontroll av att systemet följs m.m.[8] Rättssociologiska perspektiv kännetecknas av idén att rättsliga beslut kan påverkas av flera olika förhållanden utöver de rättsliga t.ex. sociala, psykologiska, ekonomiska m.fl. Det finns många olika sätt att identifiera och analysera förhållandet mellan rätt och samhälle. Avgörande bland dessa är de samhällsvetenskapliga tänkesätt som rättssociologin utgår ifrån. Inom nyare samhällsvetenskap har framförallt tre olika perspektiv dominerat rättssociologin: normperspektivet, upplevelseperspektivet och maktperspektivet.[9] Jag har valt att använda normperspektivet i analysen av lagstiftning om barnets bästa och hur principen tillämpas i praktiken, framförallt därför att en stor del av forskningen kring barn i rättssystemet handlar om normer. Normmodellen inom samhällsvetenskapen har djupa rötter i både europeisk och amerikansk sociologi.[10]

Enligt normperspektivet uppfattas rättsregler som en mer eller mindre bestämmande kraft i samhället. Stor vikt läggs också vid informella normer och värderingar. Enligt normperspektivet uppfattas att rätten t.ex. genom lagstiftning kan påverka människors uppfattningar, beteenden, attityder och i ett vidare perspektiv samhällsutvecklingen. Avsikten är inte att här lämna en definitiv rättssociologisk beskrivning av hur en viss lag kan påverka människor utan avsikten är att öka kunskaperna om de påverkansprocesser som kan komma igång när lagar antas.[11] Barnets bästa som princip och begrepp har studerats av många forskare i juridik men rättssociologiska studier av hur barnets bästa tillämpas i praktiken är färre.

[7] Mathiesen, T. (1973). Inledning. I Edling, S. och Elwin, G. Rättssociologi. Om lag, konflikt och behov. En antologi, s. 9.
[8] Mathiesen, T. (2005). Rättssociologi, s. 25.
[9] Mathiesen,T. (1973) Inledning. I Edling, S. och Elwin, G. Rättssociologi. Om lag, konflikt och behov. En antologi, s. 9.
[10] Mathiesen, T. (1973) A.a. s. 10.
[11] Aubert, V. (1980) Inledning till rättssociologin, s. 15.

2.2 Normer, värden, intressen

Begreppen *värde* och *norm* är två centrala och olika begrepp som används inom både sociologi och juridik.[12] Värdebegrepp brukar referera till olika mål i lagstiftningen. Normbegrepp rör regleringen av de beteenden som kan leda till målen. Värdet brukar avse det som samhället, en grupp eller en individ vill uppnå, medan normer avser de handlingar som accepteras eller inte accepteras. Skillnaden mellan mål och medel samt mellan värde och norm är dock relativ. Det som i en handlingskedja beskrivs vara ett mål eller en slutpunkt, kan i en annan handlingskedja enbart bli ett medel.[13]

Normers uppkomst kan sociologiskt beskrivas utifrån människors behov men också utifrån förväntningar som riktas mot olika individer.[14] Förväntningar mellan människor kan reduceras till de två grundtyperna plikt och tillåtelse. Det som gör att en individs tillåtelse och den andres förpliktelse kan bli verklig och rättslig, är att det brukar finnas sanktioner och en beslutande instans utanför individerna. Rättsliga regler innehåller både generella och individuella bestämmelser. Lagstiftningen innehåller såväl värden som normer, där värden anger vilka mål lagstiftaren vill uppnå medan normerna uttrycks i de konkreta lagreglernas positiva eller negativa krav.

Åtskillnaden mellan norm och värde svarar därmed mot en likartad uppdelning inom juridiken, åtskillnaden mellan lagens ändamål och lagens krav. En rättsregel är ofta utformad som en handlingsregel, dvs. den ger anvisningar för mänskligt handlande eller beteende, hur det ska gå till och vad som ska göras[15] En annan typ av regler s.k. avvägningsregler är i allmänhet kopplade till intresseavvägningar med syfte att åstadkomma en kompromiss mellan motstridiga intressen. Dessa innehåller inte sällan målrationella överväganden.[16] Målrelaterade regler anger vissa mål som beslutsfattaren ska sträva efter att uppnå samt de medel som står till förfogande för ändamålet.[17]

I motsats till konkreta normer, där tolkningen framförallt baseras på rättskällor, förutsätter värdepåståenden och målsättningsformuleringar i lagstiftning i allmänhet omfattande expertkunskaper om det

[12] A.a. s. 10.
[13] Aubert, V. (1980) Inledning till rättssociologin, s. 11.
[14] A.a. s. 11.
[15] Hydén, H. (2002) Normvetenskap s. 99.
[16] A.a. s. 139.
[17] A.a. s. 137.

fenomen som värden och målsättningar gäller. Målrelaterade värdebestämmelser förutsätter att beslut fattas med utgångspunkt från en förutsägelse om konsekvensernas av det aktuella beslutet. För att kunna tolka begreppet barnets bästa behövs ett kausalvetenskapligt resonemang.

Den deduktiva logik som är central vid tolkning av rättsliga handlingsnormer möter i värdebegreppen en logik som karaktäriseras av orsakstänkande, sannolikhetsberäkningar och komplexa bedömningar.[18] Lagregler som baseras på värdebegrepp förutsätter därför andra kunskaper än juridiska dvs. betydelsen av fackkunskaper och expertmedverkan ökar.[19] Ett exempel på en sådan bestämmelse följer av 2 § lagen (1990:52) om särskilda bestämmelser för vård av unga (LVU), att vård ska ” beslutas om det på grund av fysisk eller psykisk misshandel, otillbörligt utnyttjande, brister i omsorgen eller något annat förhållande i hemmet finns en påtaglig risk för att den unges hälsa eller utvecklings skadas”. Även om det finns omfattande kunskaper om t.ex. olika omsorgsbrister som kan påverka barn negativt är det i många fall oklart i vilken utsträckning som kunskaperna om generell risk, alltså prediktionen, kan läggas till grund för en prognos i det enskilda fallet.[20] Exempel på andra lagar som innehåller regler baserade på värden är regeringsformen (1974:152) 1 kap. 2 § miljöbalken (1998:808) första avdelningen 1–6 kap; utlänningslagen (2005:716) 1 kap. 10 §; socialtjänstlagen (2001:453) 1 och 2 §§; skollagen (2010:800) 1 kap. 4, 5 och 10 §§.

Det finns olika skäl till att lagregler baseras på värden och målsättningar snarare än på konkreta beteendenormer. Det kan bottna i politisk oenighet eller oklarhet med avseende på de problem som lagen förväntas reglera. Det kan vara lättare att nå enighet om värdenormer än om beteendenormer eftersom de senare har mer bestämda gränser, ställer vissa krav och gör det möjligt att använda sanktioner. Konkreta beteendenormer kan också bli stela och svåra att tillämpa och vara svårare att anpassa till nya situationer.[21]

[18] Aubert, V. (1980). Inledning till rättssociologin, s. 15; Hyden, H. (2002). Normvetenskap, s. 137.
[19] Hydén, H. (2002). Normvetenskap, s. 137.
[20] Alexius, K. och Hollander, A. (2017). Kan rättssäkerhet upprätthållas när barn skyddas mot omsorgsbrister enligt 2 § LVU? I Leviner, P. och Lundström, T. (red.). Tvångsvård av barn och unga, rättigheter, utmaningar, och gränszoner, s. 206.
[21] Hydén, H. (2002). Normvetenskap, s. 15.

Värdeformuleringar är ofta vaga och mångtydiga.[22] Traditionella rättskällor ger liten vägledning om hur de värdebestämmelser som finns ska tolkas och tillämpas i enskilda fall. Den lagstiftningstekniska utformningen av värdebestämmelsen kan uttrycka stor enighet bland de som formulerat en lagtext. Det kan också förhålla sig så att det råder principiell enighet på ett generellt, abstrakt plan men att oenighet inträder så snart reglerna ska konkretiseras.[23]. En värdenorm kan framstå som harmlös, en politisk kompromiss, som gör alla mindre missnöjda.[24] Tanken är att innehållet ska utformas genom förhandlingar eller kompromisser mellan de som berörs eller genom den expertis som utsetts att tolka och bedöma innehållet i värdenormen.[25]

Intressebegreppet är nära relaterat till begreppet värde. Ibland används begreppen synonymt. Intresse uttrycker en förbindelse mellan ett värde och en person t.ex. (ett barn) eller en grupp (barn). Intresse begreppet kan syfta på ett faktiskt behov, t.ex. god omsorg. Intresset kan då relateras till detta behov och till medel som kan leda till att behovet kan förverkligas. Barnet kan t.ex. ha ett objektivt intresse av att behov förverkligas utan påverkan från barnets sida. Barnet kan också ha ett subjektivt intresse av att behov tillgodoses och behovet kan då baseras på barnets egen vilja eller åsikt.[26] I barnkonventionen betonas betydelsen av att barnet kommer till tals och att barnets vilja/åsikt beaktas i förhållande till ålder och mognad enligt artikel 12.[27] Barnets subjektiva intresse uppmärksammas i den meningen i barnkonventionen.

Människor kan ha mycket olika uppfattningar om värden och strävar efter olika mål. Denna oenighet kan vara baserad på intressekonflikter eller leda till intressekonflikter men det behöver inte alltid vara fallet.[28]

När det gäller tolkningar av barnets intresse, finns det många olika uppfattningar bland vuxna om vad som kan anses vara barnets subjektiva intressen och hur dessa intressen ska viktas mot varandra.

[22] A.a. s. 14.
[23] Strömholm, S. (1996). Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära, s. 227; Nilsson, E. (2007) Barn i rättens gränsland. Om barnperspektiv vid prövning av uppehållstillstånd, s. 86.
[24] Nilsson, E. (2007). Om barn i rättens gränsland. Barnperspektiv vid prövning av uppehållstillstånd, s. 86.
[25] A.a. s. 22 f.
[26] Aubert, V. (1980). Inledning till rättssociologin, s. 15.
[27] General Comment No. 12 s. 21.
[28] Aubert. V. (1980). Inledning till rättssociologin, s. 15.

Viktningen av barnets vilja ska göras utifrån ålder och mognad. Det kan ske genom tolkningar av å ena sidan, respekten för barnets åsikt och, å andra sidan, barnets konkreta skyddsbehov.[29] På grund av att barnet definieras som omyndig i juridisk mening har barnet inte självt någon makt att avgöra vad som är hans/hennes intressen.[30]

3 PRINCIPEN OM BARNETS BÄSTA

3.1 Allmänt

Principen om barnets bästa har funnits i många länders nationella lagstiftning långt innan FN:s konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen) skapades.[31] I Sverige infördes principen redan i de s.k. barnlagarna som tillkom åren 1917–1920. Syftet med barnets bästa var då att i lagstiftningen betona föräldrars gemensamma ansvar för att barnen skulle få växa upp under goda förhållanden. Det är en målsättningsnorm som lever kvar i nuvarande lagstiftning och har sedan dess införts också i flera andra lagar som rör barn i Sverige.[32]

3.2 Barnets bästa enligt FN:s konvention om barnets rättigheter

Barnkonventionen är en internationellt bindande överenskommelse som innehåller rättigheter som barn bör ha.[33] Sverige ratificerade barnkonventionen år 1990 och regeringen har föreslagit att barnkon-

[29] Alexius, A. och Hollander, A. (2017) Kan rättssäkerhet upprätthållas när barn skyddas mot omsorgsbrister enligt 2 § LVU. I Leviner, P. och Lundström, T. (red.). Tvångsvård av barn och unga, rättigheter utmaningar och gränszoner, s. 205.

[30] FB 9 kap. 1 §

[31] Singer, A. (2002). Barnets bästa, s. 17; Zermatten, J. (2015). Best interest of the child. In Mahmoudi, S., Leviner, P., Kaldal, A. and Laimpelto, K. (eds.). Child Friendly Justice p. 30; SOU 2016:19 s. 101.

[32] Dahlstrand, L. & Eriksson, M. & Fröberg, L. (2014) Ombudets roll i tvister om vårdnad, boende och umgänge – en balansakt i pedagogik, psykologi och medling. I Cederborg, A-C. och Warnling-Nerep, W. (red.). Barnrätt. en antologi, s. 137. Singer, A. (2012). Barnets bästa, s. 18.

[33] Det historiska förloppet till dagens deklarationer och konventioner om mänskliga rättigheter är komplicerat och målinriktat. Utvecklingen beror på många faktorer. En kan vara människors etiska medvetande eller behov av en gemensam normativ princip eller referenspunkt som fått namnet människovärde. Se Bischofberger, E. (2012). Från människovärde till mänskliga rättigheter. I det svårfångade människovärdet. En debattskrift. Statens Medicinsk-Etiska råd.

ventionen ska bli svensk lag och alltså direkt tillämplig i svensk rätt.[34] Barnkonventionen formar, enligt den svenska barnkommittén (SOU 2016:19), en grundhållning till barn och detta förhållningssätt, detta s.k. barnperspektiv, ska genomsyra alla beslut som rör barn.[35] Barnkonventionen innehåller utöver generella mänskliga rättigheter, också särskilda rättigheter, som anses absoluta för barn. Det gäller rättigheter som ska ge barn skydd mot bl.a. övergrepp och utnyttjande, skada, vanvård, alla former av våld, ekonomiskt utnyttjande och sexuell exploatering. Barn som berövats sin familjemiljö har dessutom rätt till särskilt skydd och bistånd från det allmänna.[36] Dessa specifika skyddsrättigheter kan till skillnad från generella rättigheter graderas och konkretiseras. I viss mån är det också denna typ av skyddsrättigheter som finns i delar av lagstiftningen som rör barn. De olika rättigheterna i barnkonventionen beskrivs dock vara lika viktiga och ska ses som en helhet.[37]

Principen om barnets bästa beskrivs som konventionens grundpelare och ska gälla alla samhällsområden. Tolkningen av barnets bästa ska enligt barnkonventionen även baseras på andra värden än barnets bästa i snäv mening. Det gäller framförallt begreppen människovärde, autonomi och integritet, som är värden som gäller för alla människor, även för barn. Begreppen människovärde, autonomi och integritet är också vaga begrepp som baseras på olika värdeföreställningar om barnets möjligheter att vara autonom eller att ha en fullständig integritet, juridiskt, socialt eller moraliskt.[38]

Enligt barnkonventionens engelska originaltext ska barnets bästa vara ”*a* primary consideration ”inte ”*the* primary consideration.” Barnets egen åsikt, information från närstående och professionskunskaper om barnets situation ska, enligt barnkonventionen vägas samman i beslutsfattandet. På så sätt förväntas både barns behov och barns egna intressen kunna tillgodoses. Formuleringen innebär också en

[34] SOU 2016:19; Lagrådsremiss. Inkorporering av FN:s konvention om barnets rättigheter. Regeringen överlämnar denna remiss till Lagrådet den 6 juli 2017.

[35] SOU 1996:115 s. 38. Vad som avses med ett barnperspektiv diskuteras även i Barnkommitténs huvudbetänkande, SOU 1997:116 s. 137 f. Se även Nilsson, E. (2007). Barn i rättens gränsland. Om barnperspektiv vid prövning om uppehållstillstånd. Diss, s. 69.

[36] SOU 1997:116 s. 55; Sandesjö, H. (2013). Barnrättsperspektivet i asylprocessen, s. 33.

[37] Prop. 2009/10:232 s. 8.

[38] Jersild, P.C. (2012). Människan och hennes värde. I det svårfångade människovärdet. Statens Medicinsk-Etiska råd. En debattskrift. Det svårfångade människovärdet, s. 33.

inskränkning vad gäller barnets autonomi och integritet p.g.a. att andra behov och intressen än barnets kan beaktas i en konkret situation, även om barnets bästa dvs. både barnets behov och barnets subjektiva intresse ska vara vägledande vid alla beslut som rör ett barn.

Anna Singer har uppmärksammat att bedömningen av barns behov och barnets intressen inte behöver överensstämma varken generellt eller i konkreta situationer.[39] Detta innebär att avvägningar behöver göras mellan olika värden som gäller barnet. Det kan då uppstå konflikter mellan bedömningar av barns behov utifrån vuxnas perspektiv, som ibland ska bedömas vetenskapligt (objektivt perspektiv), och bedömningar av barns intresse som uttrycks genom barnets egen vilja/åsikt (subjektivt perspektiv). Föräldrar, andra vuxna, barnexperter och jurister kan göra olika bedömningar av vad som anses vara barns behov i allmänhet och framförallt när det gäller ett enskilt barns konkreta behov. Barnet kan i många fall uttrycka subjektiva intressen och behov som inte anses förenliga med bedömningen av barnets objektiva behov. Barnets vilja/åsikt kan också begränsas i olika grad beroende på hur barnets ålder och mognad bedöms av vuxna.

Figur 1:

Principen om barnets bästa

barnets behov	----------	**barnets intresse**
(vetenskaplig objektiv bedömning)		(bedömning av barnets subjektiva vilja)

Figuren åskådliggör att principen om barnets bästa baseras på tolkningar av dels barnets behov, dels barnets intresse. Var på skalan tolkningen hamnar beror på om bedömningar av barnets behov eller barnets intressen dominerar tolkningen av barnets bästa.

3.3 Barnets behov

Barnets behov brukar ges en socialvetenskaplig eller beteendevetenskaplig betydelse men definieras även specifikt i en del lagar.[40] I 6 kap. 1 § föräldrabalken beskrivs barns behov som en rätt till omvårdnad, trygghet och god fostran. I 6 kap. 2 a § uttrycks barnets

[39] Singer, A. (2012). Barnets bästa, s. 36.
[40] Se bl.a. SOU 1979:63; Singer, A. (2012). Barnets bästa.

behov av en god och nära kontakt med båda föräldrarna. Av 5 kap. 1 § socialtjänstlagen framgår att socialnämnden ska verka för att barn växer upp under trygga och goda förhållanden.

Enligt beteendevetenskaplig forskning kan barns behov indelas i olika kategorier till exempel medfödda eller förvärvade behov och primära eller sekundära behov. En vanligt förekommande uppfattning är att vissa behov anses mer grundläggande än andra.[41] Detta kan innebära att vissa behov behöver prioriteras före andra.[42] En helhetssyn på barn behov, som betonas i förarbeten till socialtjänstlagen, förutsätter att barns behov relateras till varandra för att kunna ge en bild av barnets samlade levnadssituation och motverka symptomtänkande.[43] I barnkonventionen görs en distinktion mellan barnets behov och barnets intresse. Barns behov i barnkonventionen syftar här på värden som anses gälla alla barn och ska baseras på generella kunskaper om barn, medan barnets intresse i första hand gäller information från det enskilda barnet.

3.4 Barnets intresse

Barnets intressen relateras alltså i barnkonventionen till barnets subjektiva intressen som baseras på dess egen vilja eller åsikt.[44]Barnets vilja ska dock, som tidigare nämnts inte vara avgörande i beslut som rör barnet utan ska relateras till en bedömning av barnets ålder och mognad. I socialtjänstlagen, anges att barns intressen inte ska ses isolerade från föräldrarnas intressen eftersom barn kan ha intressen som skiljer sig från föräldrarnas.[45] Socialtjänstlagen beskriver barnet som den svagare parten i förhållande till föräldrarna. Samhället har ett ansvar att bevaka den svagare partens intresse, dvs. barnets intresse.[46] Vid en intressekonflikt mellan barn och föräldrar framhåller lagstiftaren att barnets intresse ska ges företräde.[47]

Intressekonflikter mellan barn och föräldrar antas dock enligt lagstiftaren, endast undantagsvis förekomma. Såväl i vanliga vårdnads-

[41] Maslow, A. (1943). The Theory of Human Motivation. Psychological Review. p. 370–396.
[42] Burton, N. (2012). Hide and Seek – The Psychology of Self Deception.
[43] Prop. 1979/80:1 s. 207.
[44] Artikel 12 i FN:s konvention om barnets rättigheter.
[45] Prop. 1996/97:124 s. 99 f.
[46] A.a.
[47] A.a. s. 100.

mål, liksom i mål om umgänge eller verkställighet samt i de sociala målen måste man dock utgå från att föräldrar och barn kan ha skilda intressen.[48]

I rättssystemet beskrivs barn generellt vara en svagare part än vuxna därför att barn under 18 år definieras som omyndiga och därför saknar rättskapacitet.[49] Det innebär att barn sällan är partsbehöriga, har talerätt eller processbehörighet. Enligt barnkonventionen ska barn ändå ha rätt att uttrycka sin åsikt och få den respekterad. För att skapa förutsättningar för att barnets intresse ska beaktas i rättsliga situationer och för att anpassa svensk lagstiftning om barn till barnkonventionen har regler införts som syftar till att barnets uppfattning ska bli beaktad. Sådana regler benämns som en rätt att komma till tals.[50] Dessa regler kan beskrivas som en kompromiss i förhållande till att ge barn en generell talerätt i frågor som rör dem.

Lagstiftning om barn i Sverige är inte sällan konstruerad så att principen om barnets bästa regleras i en paragraf och barnets rätt att komma till tals i en annan. Detta kan försvåra tolkningen av barnets bästa genom att det kan bli otydligt att hänsynen till barnets vilja ska vara en del av tolkningen av barnets bästa. Av lagstiftningen framgår, som också nämnts, att hänsyn ska tas till barnets ålder och mognad. Denna rekommendation, som kan vara rimlig i många sammanhang, kan leda till godtycklighet vid tolkning beroende på att det saknas regler för hur vuxna ska bedöma barnets mognad.

3.5 Barnets bästa – tolkningsrekommendationer från FN:s barnrättskommitté

FN:s barnrättskommitté har kontinuerligt förtydligat hur principen om barnets bästa ska tolkas och tillämpas. Enligt barnrättskommitté består principen om barnets bästa av flera dimensioner.[51] För det första är barnets bästa är en *materiell rättighet*. Den rätten innebär att barnets bästa måste bedömmas i alla beslut som gäller barnet. Barnets bästa ska i den bedömningen, när olika intressen vägs mot varandra,

[48] Prop. 1994/95:224 s. 26.
[49] FB 9 kap. 1 §.
[50] Prop. 1994/95:224 s. 14.
[51] CRC/C/GC/14 s. 6. I betänkandet (SOU 2016:19) av Barnrättighetsutredningen om Barnkonventionen blir svensk lag hänvisas till barnrättskommitténs tolkningar av barnets bästa.

sättas i främsta rummet.[52] Principen om barnets bästa ska alltid tillämpas när ett beslut ska fattas som rör ett enskilt barn eller grupper av barn, och innebär att en bedömning måste ske även om innehållet kan variera. Som materiell rättighet är kravet på en bedömning av barnets bästa, enligt kommittén, direkt tillämplig (self-executing) och kan åberopas i domstol.[53]

Principen om barnets bästa beskrivs, av FN:s barnrättskommitté, också som en *grundläggande rättslig tolkningsprincip*. Barnets bästa är inte enbart ett av flera övervägande utan ska, enligt FN:s barnrättskommitté, ha hög prioritet där olika intressen ska vägas mot varandra.[54] Om en rättsregel är öppen för fler än en tolkning ska den tolkning som tillgodoser barnets bästa mest verkningsfullt ha företräde. Tolkningsramarna utgör enligt kommittén de rättigheter som barn har enligt barnkonventionen och enligt de fakultativa protokollen till konventionen.

Principen om barnets bästa är också enligt FN:s barnrättskommitté ett *tillvägagångssätt* i beslutsprocesser.[55] Den aktuella principen anger att när ett enskilt barn eller en grupp av barn kommer att påverkas av ett beslut, måste beslutsprocessen innehålla en utvärdering av eventuella positiva eller negativa konsekvenser för barnet eller barnen. I beslutet ska beslutsfattaren dessutom motivera på vilket sätt hänsyn tagits till barnets bästa, dvs. vad beslutsfattaren ansett vara barnets bästa, vilka kriterier principen grundas på, och hur barnets intressen vägts mot andra intressen, vare sig dessa handlar om övergripande policyfrågor eller enskilda fall.[56]

Av artikel 3.1. i barnkonventionen följer, enligt FN:s barnrättskommitté, vissa skyldigheter för staten:[57]

1. Skyldigheten att säkerställa att barnets bästa på lämpligt sätt integreras och konsekvent tillämpas i varje åtgärd som vidtas av offentliga institutioner. Det gäller särskilt alla genomförandeåtgärder samt administrativa eller rättsliga förfaranden som direkt eller indirekt påverkar barn.

[52] A.a.
[53] A.a. s. 102.
[54] CRC/C/GC/14 s. 36–40.
[55] CRC/C/GC/14 s. 14; SOU 2016:19 s. 102.
[56] SOU 2016:19 s. 102.
[57] CRC/C/GC/14 s. 14.

2. Skyldigheten att säkerställa att alla rättsliga och administrativa beslut, samt policyer och lagstiftning som gäller barn, visar att barnets bästa har satts i främsta rummet. I denna skyldighet ingår att beskriva hur barnets bästa har prövat och bedömts och vilken vikt som lagts vid barnets bästa i beslutet.
3. Skyldigheten att säkerställa att barnets bästa bedömts och satts i främsta rummet i beslut och åtgärder inom den privata sektorn. I detta ingår de aktörer som levererar tjänster samt andra privata organ eller institutioner som fattar beslut som rör eller påverkar barn.

För att säkerställa att staten efterlever dessa skyldigheter kommenterar FN:s barnrättskommitté ett antal åtgärder som staten bör genomföra enligt konventionens olika artiklar. Exempel på sådana åtgärder är att granska och vid behov ändra lagstiftning, erbjuda information och utbildning om artikel 3.1 i barnkonventionen och att ge barn och deras familjer information om vad rättigheterna innebär.[58]

FN:s barnrättskommitté betonar också att barnets bästa är ett flexibelt begrepp vars innebörd måste avgöras från fall till fall.[59] De faktorer som beslutsfattaren ska ta hänsyn till i sin bedömning av barnets bästa handlar om att bedöma vilka faktorer eller omständigheter som är särskilt viktiga i den specifika situationen för ett enskilt barn eller en grupp av barn. Barnrättskommittén tar upp situationer där t.ex. skyddsfaktorer (behov), som kan innebära att barnets rättigheter kan inskränkas, ställs mot åtgärder som ger barn stärkt egen makt (intressen). Barnets eller barnens ålder och mognad bör, enligt kommittén, då vara vägledande vid sådana avvägningar.[60] Beslutsfattaren ska också ta hänsyn till att barnets förmågor kommer att utvecklas och att vid sidan av att bedöma barnets behov vid själva beslutstillfället också göra en bedömning av barnets utveckling på längre sikt.[61]

Som redovisats baseras principen om barnets bästa i barnkonventionen på flera olika värden som ska tillämpas i alla beslut som rör barn. Dessa värden beskrivs vara lika viktiga och ska ses som en helhet. Hur värdebegrepp ska tillämpas i juridiska sammanhang kommenteras inte av FN:s barnrättskommitté utöver att kriterierna och

[58] CRC/C/GC/14 s. 15.
[59] A.a. s. 15.
[60] CRC/C/GC/14 s. 84.
[61] A.a. s. 84.

motiven för tolkningen av dem ska redovisas samt att barnets intressen ska vägas mot andra intressen.

Tolkningsrekommendationer är, som visats, mycket omfattande. En tydlig distinktion görs mellan barnets behov och barnets intresse. Det konstateras att konflikter kan uppstå vid bedömningen av dessa begrepp och även vid bedömningen av barnets intresse med avseende på ålder och mognad. Kommittén ger ingen vägledning för hur avvägningar kan göras men tydliggör att olika tolkningar är möjliga. FN:s barnrättskommitté slår fast att principen om barnets bästa *alltid* ska tillämpas. Den tolkning som *bäst* tillgodoser barnets behov ska väljas.

4 BARNETS BÄSTA I NÅGRA SVENSKA LAGAR

4.1 Urvalet av lagar

Som ett led i implementeringen av barnkonventionen i svensk rätt har principen om barnets bästa, enligt artikel 3 i barnkonventionen införts i ett antal lagar som rör barn. Det gäller även principen om barnets rätt att komma till tals enligt artikel 12. De lagar jag valt att studera har begränsats till: föräldrabalken (FB), utlänningslagen, socialtjänstlagen samt LVU.[62] I avsnittet beskrivs hur barnets bästa och barnets rätt att komma till tals har reglerats och regleras i de olika aktuella lagarna samt hur principerna bör tolkas enligt förarbeten.

4.2 Föräldrabalken kap. 6 – Om vårdnad, boende och umgänge

Regleringen av barnets bästa infördes år 1998 i 6 kap. 2 § FB. Enligt lagstiftaren är en allmän utgångspunkt vid bedömningen av vad som kan vara barnets bästa i familjerättsliga situationer beskrivningen av barnets rätt till omvårdnad, trygghet och god fostran enligt 6 kap 1 § FB.[63]

Regeringen betonar i propositionen: ”Som många gånger framhållits måste barnets bästa avgöras i varje enskilt fall utifrån en bedömning av de individuella förhållandena. Vid bedömningen måste hän-

[62] Infört genom prop. 1997/98:7 Vårdnad, boende, umgänge; prop. 2005/06:99 Nya Vårdnadsregler; prop. 1996/97:25 Svensk migrationspolitik i globalt perspektiv; prop. 1996/97:124 Ändring av socialtjänstlagen; prop. 2002/03:53 Stärkt skydd för barn i utsatta situationer.
[63] Prop. 1997/98:7 s. 104.

syn tas till allt som rör barnets fysiska och psykiska välbefinnande och utveckling. Så långt det är möjligt ska såväl kortsiktiga som långsiktiga effekter på barnets bästa beaktas. Det säger sig självt att det ofta är nära nog omöjligt att objektivt slå fast vad som är bäst för barnet. I sådana fall blir det till sist domstolens respektive socialnämndens uppfattning, antaganden och bedömningar som blir avgörande”.[64]

År 2006 förtydligades principen om barnets bästa i föräldrabalken 6 kap. 2 a § vid risk för övergrepp och olovligt bortförande samt vad gäller barnets kontakt med båda föräldrarna. Av lagtexten framgår att:

> ”Barnets bästa ska vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge.
>
> Vid bedömningen av vad som är bäst för barnet ska det fästas avseende vid – risken för att barnet eller någon annan i familjen utsätts för övergrepp eller att barnet olovligen förs bort eller hålls kvar eller annars far illa, och – barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Hänsyn ska tas till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad.”

Enligt den nya utformningen av lagtexten ska barnets bästa vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge. Det innebär, enligt regeringen, att det inte finns några andra intressen än barnets som ska beaktas i sådana beslut.[65] Vid bedömningen av vad som är bäst för barnet exemplifieras i lagtexten både vad som kan vara negativa och positiva omständigheter vid tolkningen av barnets bästa. Uppmaningen att hänsyn ska tas till barnets vilja regleras i samma lagregel som principen om barnets bästa.[66]

Enligt propositionen ska utgångspunkten för tolkningen av lagtexten vara ett barnperspektiv. Det innebär att beslutsfattaren ska försöka förstå barnet och ta reda på hur barnet uppfattar sin situation och eventuella förändringar dvs. att försöka se med barnets ögon. Det handlar också om att analysera vilka följder olika beslutsalternativ kan få för barnet. I detta ingår att lyssna på barnet och respektera barnet som en individ med egna uppfattningar. Därmed inte sagt att barnets åsikter alltid måste följas. Det är i sista hand den vuxne som

[64] A.a. s. 103 ff.
[65] Prop. 2005/06:99 s. 40.
[66] Prop. 2005/06:99 s. 45; Singer, A. (2012) s. 32.

utifrån sina kunskaper och erfarenheter måste fatta beslutet och ta ansvar för det.[67]

4.3 Utlänningslagen

Principen om barnets bästa infördes i 1989 års utlänningslag i 1 kap. 1 § andra stycket. En bestämmelse om utredning om barn infördes i 11 kap. 1 a §.[68]

I 2006 års utlänningslag regleras principen om barnets bästa i en portalbestämmelse i 1 kap. 10 § som anger:

> ”I fall som rör ett barn skall särskilt beaktas vad hänsynen till barnets hälsa och utveckling samt barnets bästa i övrigt kräver.”

Bestämmelsen omfattar alla ärendetyper i utlänningslagen, inte enbart asylärenden.[69] Regeringen framhöll bland annat att utlänningslagen, även när det gäller barn, ska ge uttryck för en human inställning, vara tydlig och tillämpas konsekvent samt ge uttryck för en helhetssyn.[70] Vidare framfördes, i propositionen, att barns särskilda utsatthet och behov på många sätt motiverar särbehandling i förhållande till vuxna.

Tre grundläggande krav för detta anges:

1) Omvårdnad och skydd för att kunna överleva och utvecklas.
2) Ett stabilt och varaktigt förhållande till båda sina föräldrar.
3) Respekt för sin integritet, att få känna att de har en uppgift att fylla och få ta ansvar och påverka sin situation i takt med stigande ålder och mognad.[71]

När det gäller portalparagrafen om barnets bästa, framhöll Lagrådet, att det kan råda viss tvekan om den praktiska betydelsen av en så allmänt hållen regel. Det ligger i sakens natur att en lagregel med föreslagen utformning ger ringa vägledning för myndigheterna vid de

[67] Prop. 2005/06:99 s. 39; Singer, A. (2012) s. 35. Samma formulering återfinns återkommande i varje förarbete från senare år som gäller reglering av barns förhållanden. Jfr prop. 1996/97:124 s. 99.
[68] Prop. 1996/97:25 s. 243.
[69] A.a. s. 244 ff.
[70] A.a. s. 244.
[71] Sandesjö, H. (2013). Barnrättsperspektivet i asylprocessen, s. 73.

svåra intresseavvägningar som inte sällan inryms i utlänningsärenden som rör barn.[72] Paragrafen motsvarar den reglering som fanns i 1989 års Utlänningslag.[73]

Bestämmelser om utredning om barn har i 2006 års utlänningslag med vissa redaktionella ändringar flyttats till 1 kap. 11; Av lagtexten framgår:

> ”När frågor om tillstånd enligt denna lag ska bedömas och ett barn berörs av ett beslut i ärendet ska, om det inte är olämpligt, barnet höras. Den hänsyn ska tas till det barnet har sagt som barnets ålder och mognad motiverar.”

Huvudregeln är att barnet ska höras, om det inte anses olämpligt. Enligt lagstiftaren kan det vara olämpligt i situationer om det gäller ett litet barn, eller barnets psykiska hälsa talar mot att barnet hörs.[74] Det bör uppmärksammas att uttrycket ”höras” inte innebär samma sak som att förhöras.[75]

Bestämmelsen i utlänningslagen om att höra barn är konstruerad som en avvägningsnorm, genom att domstolen enligt den bestämmelsen ska göra en bedömning av om det är olämpligt att höra barnet genom att ta hänsyn till det barnet har sagt med beaktande av barnets ålder och mognad. Bestämmelsen förutsätter att en avvägning görs mellan att höra barnet och att skydda barnet mot att höras. Intresseavvägningen bygger, som beskrivits tidigare, på överväganden av målrationell karaktär genom att den kräver att beslutsfattaren kan bedöma riskerna med att barnet hörs. Bestämmelsen reglerar också att en bedömning av barnets mognad görs. Bestämmelsen är, som visats, ett led i bedömningen av barnets bästa.[76]

[72] Prop. 1996/97:25 s. 363.
[73] Prop. 2004/05:170 s. 269.
[74] Prop. 1996/97:25 s. 262.
[75] Prop. 2004/05:170 s. 269; Nilsson, E. (2007). Barn i rättens gränsland. Om barnperspektiv vid prövning om uppehållstillstånd, s. 83.
[76] Nilsson, E. (2007). Barn i rättens gränsland. Barnperspektiv vid prövning om uppehållstillstånd, s. 88.

4.4 Socialtjänstlagen

Principen om barnets bästa infördes första gången i socialtjänstlagen år 1998 genom att portalparagrafen i 1 § kompletterades med ett fjärde stycke.[77] Av lagtexten framgår att:

> ”När åtgärder rör barn ska särskilt beaktas vad hänsynen till barnets bästa kräver.”

Regeringen anser, i propositionen, att varje beslut som rör ett barn måste grunda sig på en bedömning om vad som är bäst för just det barnet. Olika förslag till lösningar behöver analyseras och vägas mot varandra i en beslutssituation. Barnets bästa är inte alltid avgörande för vilket beslut som fattas men ska alltid beaktas, utredas och redovisas.[78]

I propositionen konstateras också att vad som är barnets bästa inte är en gång för alla givet. Begreppet är relativt och betyder olika saker för olika människor beroende på hur barnets behov uppfattas av dem. Begreppets innebörd förändras över tid i takt med att ny kunskap växer fram och värderingar i samhället förändras.[79] Bestämmelsen om barnets bästa i socialtjänstlagen tar sikte på alla beslut som rör barn även beslut som primärt riktar sig till vuxna.[80]

En bestämmelse om barns rätt att komma till tals beträffande åtgärder som rör dem infördes också 1998 i 9 § socialtjänstlagen. Av lagtexten framgår:

> ”När en åtgärd rör ett barn ska barnets inställning så långt det är möjligt klarläggas. Hänsyn ska tas till barnets vilja med beaktande av dess ålder och mognad.”

Några närmare tolkningsrekommendationer till paragrafen ges inte i propositionen. Hänvisningar görs till en rapport av Socialstyrelsen (SoS rapport 1996:19) där begreppet barnperspektiv förtydligas. I detta sammanhang kan, som redovisats tidigare, perspektiv betyda att se ur barnets synvinkel, att se med barns ögon. Barnperspektiv kan

[77] Prop. 1996/97:124 s. 99.
[78] A.a. s. 100.
[79] A.a.
[80] A.a. s. 98 ff.

även betyda att vuxna ser barnet dvs. den vuxne har barnet i sin synvinkel.[81]

I 56 § socialtjänstlagen reglerades att barn som fyllt 15 år har rätt att föra sin egen talan i mål och ärenden som rör den. Barn som är yngre bör höras, om det kan vara till nytta för utredningen och barnet inte kan ta skada av det. Regeln infördes redan 1982 dvs. i den första socialtjänstlagen och uttrycker att barnet ska betraktas som part i mål och ärenden enligt socialtjänstlagen. Det innebär att underåriga barn, om de fyllt 15 år, vid sidan av sina legala ställföreträdare eller ensamma har rätt att föra sin talan i mål eller ärenden enligt lagen. I andra stycket erinras om att nämnden inte bör underlåta att ge även ett barn under 15 år möjlighet att lämna sin syn på en fråga, vars avgörande berör barnet. I propositionen betonas att bestämmelsen kräver omdöme vid tillämpningen. Lämpligheten av att höra barnet får avgöras med ledning av dess ålder och mognad, vilken betydelse ärendet kan antas ha för barnet men också vilken inställning barnets ställföreträdare har till frågan om barnet ska höras.[82]

I 2002 års socialtjänstlag regleras principen om barnets bästa i en egen paragraf i 1 kap. 2 §.

Av lagtexten framgår:

> ”När åtgärder rör barn ska det särskilt beaktas vad hänsynen till barnets bästa kräver. Med barn avses varje människa under 18 år.”

Paragrafen motsvarar den tidigare regleringen i 1 § fjärde stycket socialtjänstlagen. Ett tillägg har gjorts i 2002 års lag med avsikt att förtydliga vad som ska avses med uttrycket barn. I enlighet med den definition av barn som ges i barnkonventionen, ska med barn avses varje människa under 18 år.

Den 1 januari 2013 infördes ett nytt andra stycke i socialtjänstlagen 1 kap 2 § för att förtydliga principen om barnets bästa.[83] Det innebär att barnets bästa ska vara avgörande vid alla beslut eller andra åtgärder som rör vård- eller behandlingsinsatser för barn.[84] Med vård och behandlingsinsatser avses, enligt propositionen, heldygnsinsatser och öppna insatser. Tillägget beskrivs vara en anpassning till åtagan-

[81] Prop. 1996/97:124 s. 99.
[82] Prop. 1979/80:1 s. 567.
[83] Prop. 2012/13:10 s. 126.
[84] A.a. s. 36 f.

den i FN:s konvention om barnets rättigheter. Artikel 3 i konventionen anger att barnets bästa ska komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör ett barn.[85]

Motivet för denna förändring var också att bestämmelserna i socialtjänstlagen och LVU behövde samordnas. Inga andra intressen får ta över än det som är bäst för barnet. Samtidigt konstaterade regeringen att barnets bästa inte är närmare definierat i varken socialtjänstlagen eller LVU. Inte heller i barnkonventionen finns någon definition av barnets bästa. Regeringen anser liksom barnskyddsutredningen att bedömningen av barnets bästa är en process i flera steg. Dels ska vetenskap och beprövad erfarenhet beaktas och underlag från närstående och yrkespersoner som har kunskaper om barnet, dels ska det som barnet själv ger uttryck för beaktas.[86]

Bestämmelsen om barns rätt att komma till tals regleras i 3 kap. 5 § andra stycket i 2002 års socialtjänstlag. Lagtexten motsvarar 9 § i 1998 års socialtjänstlag. Av lagtexten framgår:

> ”När en åtgärd rör ett barn ska barnets inställning så långt det är möjligt klarläggas. Hänsyn ska tas till barnets vilja med beaktande av dess ålder och mognad.”

I 11 kap. 10 § 2002 års socialtjänstlag regleras att:

> ”Barn som fyllt 15 år har rätt att själva föra sin talan i mål och ärenden enligt denna lag. Barn som är yngre bör höras, om det kan vara till nytta för utredningen och barnet inte kan ta skada av det.”

Paragrafen motsvarar 56 § i tidigare socialtjänstlag.

År 2013 flyttades regleringen om barns rätt att komma till tals till 11 kap. 10 § socialtjänstlagen.[87] Av lagtexten framgår:

> ”När en åtgärd rör ett barn ska barnet få relevant information. Ett barn ska ges möjlighet att framföra sina åsikter i frågor som rör barnet. Om barnet inte framför sina åsikter, ska hans eller hennes inställning så långt det är möjligt klarläggas på annat sätt. Barnets åsikter och inställ-

[85] A.a. s. 126.
[86] Prop. 2012/13:10 s. 36.
[87] A.a. s. 35.

ning ska tillmätas betydelse i förhållande till hans eller hennes ålder och mognad.

Ett barn som fyllt 15 år har rätt att föra sin talan i mål och ärenden enligt denna lag. Ett barn som är yngre får höras i domstol om barnet inte kan antas ta skada av det.”

Det första styckets första mening är i huvudsak oförändrat överflyttat från 3 kap. 5 § andra stycket i 2002 års socialtjänstlag. Andra meningen är ny och har tillkommit för att tydliggöra barnets rätt att komma till tals enligt artikel 12 barnkonventionen. Enligt propositionen kan barnet framföra sina åsikter på olika sätt; det kan ske muntligt, skriftligt eller på något annat sätt. Vidare kan barnet framföra sina åsikter direkt eller genom en företrädare. I domstolsförfaranden är det t.ex. vanligt att barnets åsikter framförs genom att socialtjänsten inhämtar och redovisar dessa till domstolen.[88] Socialtjänsten har, enligt regeringen, ett stort ansvar när det gäller att ge barnet möjligheter att komma till tals. Det viktiga är, menar regering, att barnet får möjlighet att framföra sina åsikter i en miljö som känns trygg för barnet och att metoder och arbetssätt är väl anpassade till barnets förutsättningar. Barnets förmåga att förstå det som han eller hon ska uttrycka sin åsikt om måste bedömas i varje enskilt ärende och situationen och informationen anpassas utifrån det.[89] Tredje meningen har fått ändrad lydelse till följd av den nya bestämmelsen i andra meningen. Om barnet inte kan, dvs. inte är i stånd att bilda egna åsikter, eller inte vill framföra sina åsikter ska barnets inställning så långt det är möjligt klarläggas på annat sätt. Det kan, enligt propositionen, ske genom inhämtande av uppgifter från barnets närstående eller någon annan företrädare för barnet. Med hänsyn till principen om barnets bästa är det, enligt regeringen, angeläget att barnets inställning klargörs på ett sätt som iakttar respekten för barnets integritet och självbestämmande rätt. Behovet av att klarlägga barnets inställning är särskilt stort i de fall barnet är i behov av skydd, betonas i propositionen.[90]

Andra stycket motsvarar i huvudsak 11 kap. 10 § första stycket i 2002 års socialtjänstlag. Andra meningen har ändrats i två avseenden. För det första inskränks bestämmelsen till att gälla endast vid hand-

[88] A.a. s. 135.
[89] Prop. 2012/13:10 s. 35.
[90] A.a.

läggning i domstol. För andra myndigheter gäller således uteslutande vad som sägs i första stycket. Möjligheten att underlåta att höra barnet med hänvisning till att detta inte skulle vara till nytta för utredningen har utgått. Däremot kan domstolen underlåta att höra barnet om barnet kan antas ta skada av det. Det kan enligt, propositionen vara fallet om barnet skulle försättas i en svår lojalitetskonflikt gentemot föräldrarna eller känna stort obehag av att hörs i domstol. Domstolarna måste alltså även i fortsättningen göra en bedömning i varje enskilt fall om barnet kan antas ta skada av att höras. Om barnet inte hörs i domstol, gäller det som anges i första stycket.[91]

4.5 Lagen med särskilda bestämmelser om vård av unga (LVU)

Principen om barnets bästa infördes i 1 § LVU år 2003.[92] LVU reglerar enbart åtgärder och beslut som riktar sig till barn och unga. Av lagtexten framgår:

> ”Insatser inom socialtjänsten för barn och ungdom ska göras i samförstånd med den unge och hans eller hennes vårdnadshavare enligt bestämmelserna i socialtjänstlagen (2001:453). Insatserna ska präglas av respekt för den unges människovärde och integritet.
>
> Den som är under 18 år ska dock beredas vård enligt denna lag, om någon av de situationer som anges i 2 eller 3 § föreligger och det kan antas att behövlig vård inte kan ges den unge med samtycke av den eller dem som har vårdnaden om honom eller henne och när den unge fyllt 15 år, av honom själv.
>
> Vård med stöd av 3 § får även beredas den som fyllt 18 men inte 20 år, om sådan vård med hänsyn till den unges behov och personliga förhållanden i övrigt är lämpligare än någon annan vård och det kan antas att behövlig vård inte kan ges med den unges samtycke. Vissa åtgärder får vidtas utan samtycke enligt 22 och 24 §.
>
> Vid beslut enligt denna lag ska vad som är bäst för den unge vara avgörande.
>
> Den unges inställning ska så långt det som möjligt klarläggas. Hänsyn ska tas till den unges vilja med beaktande av hans eller hennes ålder och mognad.”

[91] A.a.
[92] Prop. 2002/03:53 s. 77.

Lagtexten kompletterades med en bestämmelse om att vad som är bäst för barnet ska vara avgörande vid alla beslut enligt LVU. Den unges rätt till respekt för sitt människovärde och sin integritet understryks i första stycket. Socialnämndens ansvar för den unges grundläggande rättigheter enligt 6 kap. 1 § föräldrabalken markeras särskilt i propositionen.[93]

I propositionen konstateras att den närmare innebörden av vad som ska anses vara barnets bästa inte anges varken i socialtjänstlagen eller i föräldrabalken. Det ligger i sakens natur, menar regeringen, att det inte en gång för alla går att precisera innebörden i ett sådant begrepp och hänvisar till uttalandet i samband med införandet av barnets bästa i föräldrabalken 1998.[94]

Av 1 kap. 1 § socialtjänstlagen framgår att socialtjänstens verksamhet ska bygga på respekt för människors självbestämmande och integritet. I 1 § LVU sägs att insatser för barn ska göras i samförstånd med barnet och dess vårdnadshavare enligt reglerna i SoL. Det är först när sådant samförstånd inte kan uppnås som LVU kan bli tillämplig. En föreskrift om barnets/den unges rätt till respekt för sitt människovärde och sin integritet, som tidigare saknats, infördes därför i LVU. Ett av de viktigaste budskapen i barnkonventionen är, enligt regeringen, barnets rätt att betraktas som en självständig individ med egna rättigheter.[95]

En bestämmelse infördes också i 1 § LVU om att den unges inställning så långt det är möjligt ska klarläggas och att hänsyn ska tas till barnets vilja med beaktande av hans eller hennes ålder och mognad.[96]

Sverige har förbundit sig att ha en lagstiftning som stämmer överens med åtaganden i barnkonventionen. Därför får det, enligt regeringen, inte råda någon tvekan om att barnet, oavsett ålder, alltid har rätt att uttrycka sin åsikt och få den beaktad.[97] Att denna rättighet respekteras även när det gäller åtgärder som vidtas till skydd för barnet enligt en tvångslag, måste, enligt regeringen, anses som väl så viktig.[98] Vidare framhålls att barnets rätt att komma till tals hör naturligt samman med bestämmelsen om att ”barnets bästa ” ska vara avgörande för vilket beslut som fattas. Den slutliga bedömningen av

[93] Prop. 2002/03:53 s. 77.
[94] A.a.
[95] A.a. s. 78.
[96] Prop. 2002/03:53 s. 71.
[97] A.a. s. 79.
[98] A.a.

vad som är ”barnets bästa” måste alltid göras av de vuxna som ansvarar för beslutet. För att kunna bedöma vad som är bäst för barnet är det, enligt regeringen, absolut nödvändigt att hans eller hennes inställning finns med i beslutet.[99]

I mål och ärenden enligt LVU har barn ställning som part. Barn som har fyllt 15 år är själva processbehöriga, medan yngre barn måste företrädas av en ställföreträdare. Utan att det uttrycks explicit i lagregeln (36 §) är den eller de som är vårdnadshavare legala företrädare för barnet. Det gäller oavsett om barnet fyllt 15 år eller inte.[100] I ett nytt andra stycke infördes i lagtexten år 1996 regler om att barnet ibland kan få ytterligare en ställföreträdare. Regeln innebär att för de fall ett offentligt biträde förordnats för den unge enligt rättshjälpslagen (1972:429), biträdet automatiskt också är den unges särskilda ställföreträdare i de mål eller ärende som förordnandet avser. Bakgrunden till bestämmelsen är att barn och vårdnadshavare kan ha motstridiga intressen i vissa mål och ärenden som gör det mindre lämpligt att barn är beroende av föräldrarnas vilja när det t.ex. gäller att överklaga beslut.[101] Ställföreträdaren ska tillvarata barnets intresse. Hon eller han bör alltså framföra de synpunkter och de önskemål barnet har. Skulle ställföreträdaren ha en annan uppfattning än barnet, bör barnets önskemål beaktas och den uppfattning hävdas som ställföreträdaren bäst anser tjäna barnets intresse. Om barnet så önskar, ska ställföreträdaren t.ex. se till att beslut och domar blir överklagade.[102] Den 1 juli 2013 ändrades 36 § LVU på motsvarande sätt som 11 kap. 10 § socialtjänstlagen, som tidigare redovisats.[103]

4.6 Sammanfattning

Sammanfattningsvis visas att principen om barnets bästa och principen om barnets rätt att komma till tals har införts i samtliga studerade lagar. Regleringen har ändrats vid ett flertal tillfällen. I föräldrabalken och utlänningslagen preciseras principen genom att det i propositionen ges exempel på både positiva och negativa omständigheter som kan påverka tolkningen av barnets bästa.

[99] A.a. s. 80.
[100] Prop. 1994/95:224 s. 57.
[101] A.a.
[102] RÅ 2009 ref. 10; Hollander, A. (2006) Förvaltningsrättslig Tidskrift, s. 365–371.
[103] Prop. 2012/13:10 s. 135 f.

Regleringen av principen om barnets bästa ändrades i föräldrabalken 2006 och i socialtjänstlagen 2013. Ändringen innebar att barnets bästa ska vara avgörande i alla beslut om vårdnad boende och umgänge i föräldrabalken. I socialtjänstlagen ska barnets bästa vara avgörande i alla beslut eller åtgärder som rör vård- och behandlingsinsatser för barn. I LVU ska vad som är bäst för barnet vara avgörande i alla beslut enligt LVU. Motiven för denna formulering är att inga andra intressen än barnets ska beaktas i dessa situationer.

LVU är en tvångslag. Det innebär att beslut enligt lagen kan fattas som går emot barnets egna intressen. I ett juridiskt perspektiv är det särskilt problematiskt att använda värdebegrepp och målsättningsregler i en tvångslag eftersom begreppen inte kan tolkas och tillämpas på ett förutsägbart sätt dvs. de är inte förenliga med traditionella rättssäkerhetskrav. I flera rättskällor uttalas också, som redovisats, att tolkningen av barnets bästa kan förändras över tid och i förhållande till nya omständigheter i det enskilda fallet. Olika tolkningar av barnets bästa kan också förklaras av vilket rättsområde som aktualiseras. Ett annat rättsligt argument som används för att motivera olika tolkningar av principen om barnets bästa är att det anses ligga i ”sakens natur” att det inte går att en gång för alla precisera innebörden av en sådan princip. ”Sakens natur” kan beskrivas som ett framställningstekniskt hjälpmedel som används i juridik för att beteckna det som inte enkelt går att precisera i en lagtext exempelvis värden och målsättningar. Ett sådant argument ger sken av det finns en enighet om hur principen barnets bästa bör tolkas och tillämpas. Det är inte ett relevant juridiskt argument i en så viktig fråga.

Regleringen av ”barnets bästa” och ”barnets rätt att komma till tals” har utformats på olika sätt i den lagstiftning som studerats. Barnets rätt att komma till tals regleras i samma lagregel som principen om barnets bästa i föräldrabalken och utlänningslagen. Det kan underlätta tolkningen att information om barnets vilja/åsikt ska finnas med i tolkningen av barnets bästa. I socialtjänstlagen och LVU regleras barnets bästa och barnets rätt att komma till tals i skilda paragrafer. I dessa lagar regleras barnets rätt att komma till tals tillsammans med regler om barnets talerätt m.m. Förklaringen till att barnet har en starkare juridisk ställning i socialtjänstlagen och LVU motiveras av att barn generellt anses kunna ha motstridiga intressen till både föräldrar/vårdnadshavare och till samhället i mål och ärenden som regleras i de lagarna. Det är dock oklart vad barnet kan göra med sin

talerätt. Barnets offentliga biträde/ställföreträdare behöver som redovisats inte beakta barnets vilja i sin bedömning av barnets bästa.[104]

Att konflikter kan uppstå vid bedömningen av barnets behov och barnets intressen i betydelsen barnets vilja eller åsikt antyds i rättskällorna. En allmän rekommendation som uttalas för att lösa konflikten är, som beskrivits, att barnets rätt att komma till tals hör ”naturligt” samman med principen om barnets bästa. Uttrycket naturligt är liksom uttrycket sakens natur en strategi för lagstiftaren att komma ifrån juridiska konflikter som inte går att lösa rättsligt. Den slutliga bedömningen av vad som är barnets bästa ska, som redovisats, göras av vuxna som ansvara för beslutet. Det kan vara domare, politiker i socialnämnder, vårdnadshavare, olika professionella inom socialtjänsten eller andra verksamhetsområden. Barnets eget inflytande över beslut som rör dem är rättsligt mycket begränsat.

Ur ett normperspektiv kan konstateras att principen om barnets bästa är central i många lagar som gäller barn. Principens betydelse för att påverka människors uppfattningar och attityder till barn är som visats svag. Alla människor vill tillgodose barnets bästa men på olika sätt vilket principen också ger utrymme för. Barnets svaga rättsliga position begränsar barnets egna möjligheter att påverka principens innehåll.

5 JURIDISK/RÄTTSSOCIOLOGISK FORSKNING OM PRINCIPEN BARNETS BÄSTA[105]

Ett mindre urval av forskning redovisas som relaterar till de rättsområden som beskrivits här. Forskningen redovisas mycket kortfattat. Det kan innebära att beskrivningen inte gör författarna rättvisa.

5.1 Barnets bästa som rättslig norm

I boken ”Barnrättens grunder” studerar Schiratzki bl.a. begreppet barnets bästa och barnets rätt i ett normativt perspektiv.[106] Inledningsvis uppmärksammas samspelet mellan begreppet barnets bästa med fokus på barnets behov och grundläggande rättssäkerhetskrav som förutsägbarhet och likhet inför lagen. Schiratzki analyserar olika

[104] Prop. 1994/95:224 s. 56.
[105] Den forskning som redovisas är främst nationell.
[106] Schiratzki, J. (2014). Barnrättens grunder, s. 27.

juridiska tolkningar av begreppet barnets bästa som norm. Utifrån dessa tolkningar kategoriseras barnets bästa i en utvidgad respektive inskränkt betydelse. Barnets bästa i en utvidgad betydelse betyder enligt Schiratzki att barnet har rättigheter som vuxna (rättssubjekt). Barnets bästa i inskränkt betydelse innebär en lägre rättslig standard som innebär att barnet ska skyddas av rättsordningen i situationer som har ett generellt straffvärde.[107] Schiratzki menar att barnets bästa som rättslig standard måste begränsas till vad rätten kan göra. Det innebär att lösa tvister, fördela begränsade resurser och skydda rättssubjekt mot straffbara handlingar.[108]

Inom rätten är barnets bästa, enligt Schiratzki, ett viktigt rekvisit och har införts i ett antal lagar som gäller barn. Begreppet barnets bästa används också för att motivera och förklara rättsliga beslut och domar.[109] Schiratzki anser att lagstiftning och praxis används i ett pedagogiskt syfte för att påverka barnets bästa både i den rättsliga och i den utomrättsliga betydelsen. Som exempel på detta använder Schiratzki olika juridiska presumtioner dvs. antaganden om vad som anses vara bra för barn för att tydliggöra vad barnets bästa kan betyda i en rättslig mening. Det kan gälla att barn ska kunna ha kontakt med båda sina föräldrar vid en separation/skilsmässa mellan föräldrarna, att barnet ska få veta vem som är barnets genetiska föräldrar osv. Juridiska presumtioner kan baseras på generella uppfattningar om vad som bedöms vara bra för barn. Ibland kan de vara baserade på vetenskap och beprövade erfarenheter.[110]

Schiratzki ser fördelar med att använda presumtioner då de kan minska risken för att traditionella rättssäkerhetsgarantier inte beaktas. Nackdelar finns genom att vissa tolkningar av barnets bästa prioriteras framför andra. Det blir, enligt Schiratzki, en bedömning av ”rätt” eller ”fel” enligt normen och inte bedömningar av barnets behov och barnets vilja som principen om barnets bästa förutsätter enligt barnkonventionen m.fl. rättskällor.

[107] A.a. s. 34.
[108] A.a.
[109] A.a. s. 36 f.
[110] Schiratzki, J. (2014). Barnrättens grunder, s. 37.

5.2 Barnets bästa i vårdnadstvister

Hur barnets bästa beaktas i vårdnadstvister har belysts i tidigare forskning både i Sverige och internationellt.[111] I en aktuell studie av Rejmer undersöks barnets bästa i vårdnadstvister dels juridiskt med utgångspunkt i rättskällor, dels empiriskt genom studier av 25 vårdnadsutredningar från sex kommuner åren 2008–2011.[112] I studien av vårdnadsutredningarna har innehållsanalys använts som metod.[113] Den juridiska studien innebär att vårdnadsutredningarna relaterades till reglerna i FB 6 kap. 1 § och 2 a §. Resultaten visar att de i lagen beskrivna omständigheter som inte får förbises i bedömningen av barnets bästa oftast inte beaktades i utredningarna.[114] Av studien framgår att i princip alla barn har kommit till tals på något sätt i utredningarna, men barnets vilja utgjorde sällan något argument vid bedömningen av barnets bästa. Utredningarnas omfång, struktur och innehåll varierade mycket. Sammanfattningsvis konstaterar Reimer att det är föräldrarnas problem och konflikter som dominerar i vårdnadsutredningarna, inte barnens.

5.3 Barnets bästa i utlänningslagen

Barnets rättsliga ställning vid prövning av uppehållstillstånd studeras i en avhandling i juridik av Eva Nilsson.[115] De grundläggande premisserna i lagstiftningen studeras dvs. de allmänna förutsättningarna för prövningen, lagstiftningens utformning samt den faktiska tillämpningen. En central utgångspunkt för studien är att det inte finns ett svar på vad rätten är eller bör vara eftersom utlänningslagen kan beskrivas som en ramlag som innehåller många vaga begrepp som kan tolkas på olika sätt. De metoder som används för att klarlägga lagstiftningens innehåll är rättsdogmatisk och diskursanalytisk. Den faktiska

[111] Schiratzki, J. (1997). Vårdnad och vårdnadstvister. Diss.; Rejmer, A. (2003). Vårdnadstvister: en rättssociologisk studie av tingsrättens funktion vid handläggning av vårdnadskonflikter med utgångspunkt från barnets bästa. Diss.; Johnstone, J.; Roseby, V. & Kuhnle, K. (2009). In the Name of the Child – A Developmental Approach to Understanding and Helping Children of Conflicted and Violent Divorce; Schaffer, HR. (1995). Beslut om barn: Psykologiska frågor och svar.

[112] Rejmer, A. (2014). Barnets bästa i vårdnadstvister. I Cederborg, AC. och Warnling-Nerep, W. (red.). Barnrätt en antologi, s. 367–375.

[113] A.a. s. 367.

[114] A.a.

[115] Nilsson, E. (2007). Barn i rättens gränsland. Om barnperspektiv vid prövning om uppehållstillstånd. Diss.

tillämpningen av lagen studeras empiriskt i 200 barnärenden där beslut om uppehållstillstånd fattats av migrationsverket åren 1999 och år 2000.

Av resultaten framgår bl.a. att barnets bästa syftar till att fungera som en allmän tolkningsregel vid tillämpningen av utlänningslagens övriga bestämmelser. Förarbeten till lagen ger begränsad vägledning om hur barnets bästa ska tolkas och tillämpas i enskilda fall. Den lagstiftningstekniska utformningen av barnets bästa medför, enligt Nilsson, att principen ger sken av att betyda något mer än den faktiskt gör.[116] Barn beskrivs i lagstiftningen som beroende och i behov av skydd, i första hand av sina föräldrar. Barn beskrivs också, enligt studien, som sårbara när det gäller konflikter med föräldrarna. Konflikterna definieras främst i privat dvs. i familjen och barnets rättigheter betyder enligt utlänningslagen främst rätten till en familj.[117]

Studien av konkreta ärenden om uppehållstillstånd till barn visade att tre typer av ärenden utkristalliserades: 1) asylärenden, 2) anknytningsärenden, och 3) medsökande ärenden. Asylärenden omfattar både ensamkommande barn och barn i en familj. I de situationer barnet ansöker om asyl tillsammans med familjemedlemmar beviljas barnet uppehållstillstånd enligt principen om familjens enhet. För ensamkommande barn kunde uppehållstillstånd beviljas även om barnet uttryckt en önskan om att få återvända till hemlandet om inte en familjeåterförening kunde åstadkommas där. I anknytningsärenden bedömdes barnet generellt ha en egen grund för sin ansökan och beviljades normalt permanent uppehållstillstånd. Detta trots att det, i materialet, fanns dokumenterade risker för intressekonflikter. Beslutsmotivderingen var, enligt Nilsson, standardiserad.

Medsökandeärenden bestod av s.k. snabba anknytningar och ärenden med anledning av förälders arbete eller studier. Barnet beskrevs sällan ha egna skäl för uppehållstillstånd i dessa situationer. Barnet beviljades ofta uppehållstillstånd p.g.a. anknytning under förutsättning att förälder också var barnets vårdnadshavare. Av studien framgick att hänsyn till barnet tas främst i asylprocessen inom ramen för humanitära skäl. Den individuella bedömningen av barnet var dock mycket begränsad. Den bestod av generella bedömningar av situationen i hemlandet som låg till grund för bedömningen av barnets skyddsbehov.

[116] A.a. s. 89.
[117] A.a.

Det var svårt, enligt Nilsson, att se några tydliga mönster i utredningarnas struktur vid bedömningen om uppehållstillstånd för barn. I majoriteten av alla utredningar var det vuxna som beskrev barnets situation t.ex. föräldrarna, det offentliga biträdet eller olika sakkunniga. Det var också svårt att dra några slutsatser om vilken betydelse barnets ålder eller mognad hade för det slutliga beslutet.[118]

Mot bakgrund av studiens resultat konstateras att principen om barnets bästa faktiskt inte tillämpas utan att andra omständigheter än barnets behov och/eller vilja ligger till grund för de slutliga besluten om uppehållstillstånd.

5.4 Barns behov och vilja i mål och ärenden enligt LVU

Barns behov och vilja vid tvångsvård till följd av omsorgsbrister har studerats i ett forskningsprojekt av Alexius och Hollander med fokus på barn vars föräldrar har bedömts ha en intellektuell funktionsnedsättning.[119] I studien undersöktes innebörden av barnets behov och vilja vid tolkningen av barnets bästa samt hur sociala myndigheter och domstolar beskrev barnets behov och vilja i ärenden enligt 2 § LVU.

Det empiriska materialet bestod av 16 familjer som omfattade 29 barn och 30 vuxna. I urvalet ingick alla ärenden enligt 2 § LVU i domsarkiven i förvaltningsrätterna i två län under året 2009 där en eller båda föräldrarna beskrevs ha en intellektuell funktionsnedsättning.

Sociala utredningar och domar studerades ur ett rättsligt perspektiv som innebär att rättsregler anses ha ett innehåll med handlingsdirigerande funktioner.[120] Uttrycken barns behov och barnets vilja studerades med stöd av psykologiska och andra beteendevetenskapliga källor samt rättsdogmatiskt utifrån lagtext andra förarbeten.

Som redovisats här tidigare uttrycks i lagstiftning och förarbeten att principen om barnets bästa ska bedömas genom tolkningar av både barnets behov och barnets vilja. Vilken styrka i avvägningen mellan behov och vilja som barnets egna åsikter kan tillmätas är i sin tur beroende av hur avvägningen mellan barnets ålder och mognad

[118] Nilsson, E. (2007). Barn i rättens gränsland. Om barnperspektiv vid prövning om uppehållstillstånd. Diss., s. 239.
[119] Alexius, K. & Hollander, A. (2014). Barns behov och vilja vid tvångsvård till följd av omsorgsbrist. I Cederborg, A-C. och Warnling-Nerep, W. Barnrätt en antologi.
[120] A.a. s. 22.

görs. Även vilken uppfattning som bedömaren har om barn generellt och det aktuella barnet specifikt, har i regel stor betydelse för hur barnets bästa i det enskilda fallet tolkas.[121]

De studerade sociala utredningarna innehöll ingående beskrivningar av barnens fysiska och psykiska behov, i betydelsen behov som barnen inte fått tillgodosedda. Genom att behoven bedömts utifrån kategorier i en mall (BBIC -mall) gjordes inga prioriteringar av dem eller försök att relatera olika behov till varandra. Det var därför svårt att få en helhetsbild av barnens livssituation.[122]

I utredningarnas bedömningar redovisades för samtliga föräldrar att deras omsorgsförmåga inte ansågs nå upp till en acceptabel nivå vare sig bedömd var för sig, eller i förekommande fall, tillsammans med respektive partner.[123]

Samtliga barn och föräldrar beskrevs i studerade utredningar och domar ha motstridiga intressen. Av barnen var två över 15 år och hade egen talerätt och företräddes av ett ombud. De övriga 27 barnen hade en ställföreträdare som i samtliga fall utom ett medgav socialnämndens ansökan om tvångsvård. I det fallet uttryckte ställföreträdaren ingen egen inställning i frågan om tvångsvård av barnet. I majoriteten av ärendena hade barnets bästa bedömts på något sätt. Ställföreträdaren hade antingen talat med barnet själv eller med personer i barnets närmiljö. Vilka frågor som ställts till barnen redovisades inte. Inte heller beskrevs hur länge eller i vilken situation som ställföreträdaren talat med barnen.[124]

Barnets vilja ägnades ingen specifik uppmärksamhet i utredningarna och hade inte systematiskt utretts eller dokumenterats. Ju yngre barnet är desto svårare anses det vara att bedöma vilken relevans som barnets åsikter kan ha vid vårdbehovsbedömningen. Av lagstiftning och förarbeten framgår dock klart att barnets åsikt alltid ska beaktas utredas och redovisas.[125]

Uttryckliga tolkningar av barnets bästa utifrån en sammanvägning av barnets behov och vilja förekom inte i något av de studerade dokumenten. Det kan förklaras av att barnets behov av vård i samtliga dessa ärenden hade uppfattats som så otvetydiga att någon viljeyttring från barnets sida inte ansetts nödvändig. Om barnets åsikter och

[121] A.a. s. 28–29.
[122] A.a. s. 30.
[123] A.a. s. 32.
[124] A.a.
[125] Prop. 1996/97:124 s. 100.

de närmare omständigheterna under vilka barnet berättar om sin livssituation inte dokumenteras och bedöms, är det inte alls möjligt att tillmäta barnets vilja någon relevans.

Resultatet av studien tyder på att barnets åsikter kan tillmätas betydelse när barnet uttrycker sådant som överensstämmer med de övriga beslutsunderlagen om barnets behov och som detta har tolkats av kompetenta vuxna.[126]

I sin omfattande avhandling ”Barnet och rättsprocessen” studerar Mattsson barnets rättsliga ställning i mål rörande deras person och de särskilda problem som kan uppstå när det gäller att utreda barnets situation och att besluta vilka åtgärder som är förenliga med barnets bästa enligt LVU.[127]

Syftet var att undersöka det processuella regelverket med avseende på barnets rättsliga ställning avseende rättssäkerhet, integritetsskydd och autonomi under utredningsarbete, bevisprövning och beslut. Syftet var också att på ett principiellt plan formulera och beskriva de särdrag och de särskilda problem som gäller barnets medverkan i mål som rör dem personligen.

Avhandlingen består av fyra delar: en introducerande del, en rättsdogmatisk del med vissa komparationer med andra rättssystem, en empirisk del som innehåller en undersökning av beslut enligt LVU vid fyra förvaltningsrätter år 1998 avseende beredande av vård enligt 1 och 2 §§ resp. 1 och 3 §§ LVU samt kombinerade yrkanden 1 § och 2 samt 3 §§ LVU, totalt 390 domar och en fjärde avslutande del.

Det är enbart möjligt att här kommentera några av avhandlingens många intressanta resultat. Mattsson visar bland annat att barnet successivt och med stigande ålder fick komma till tals under rättsprocessen. Informationen från barnet förmedlades av vuxna som representerade barnet. Det kunde vara utredande socialsekreterare, vårdnadshavare, barnets offentliga biträde eller ombud. Olika uppgifter från barnet förmedlades av dem. Det kan även förklaras av att barnet berättar olika saker för olika personer. Vissa uppgifter rapporterades inte till rätten p.g.a. att företrädaren för barnet ansåg att de var ovidkommande. Resultatet visar också att vuxna representanter för barn kan ha en viktig roll för att få fram information från barnet och skapa

[126] Alexius, K. & Hollander, A. (2014). Barns behov och vilja vid tvångsvård till följd av omsorgsbrist. I Cederborg, A-C. och Warnling-Nerep, W. Barnrätt en antologi, s. 35.
[127] Mattsson, T. (2002). Barnet och rättsprocessen. Rättssäkerhet, integritetsskydd och autonomi i samband med beslut om tvångsvård. Diss.

förutsättningar för att barnets situation blir allsidigt belyst. Både barnets rätt till integritet och rättssäkerhet ifrågasätts dock av Mattsson främst på grund av att olika krav ställs på barnet under rättsprocessen med avseende på både ålder, mognad och kön.[128]

Mattssons slutsats är att vuxna tolkar det som barnet uttrycker utifrån sina egna värderingar och synsätt på barn. Strategin att låta barnet komma till tals genom representation kräver en ingående analys, framhåller hon.

6 KONKLUSION

Principen barnets bästa består, som visats, av flera dimensioner. Den beskrivs juridiskt både som en materiell rättighet och som en grundläggande rättslig princip. Principen är öppen för olika tolkningar och den tolkning som tillgodoser barnets bästa mest verkningsfullt ska ha företräde. Tolkningsrekommendationerna är som redovisats omfattande. En tydlig distinktion rör barnets behov och barnets intresse. FN:s barnrättskommitté ger dock ingen vägledning i hur avvägningen ska göras mellan barnets behov och barnets intresse, utan framhåller att olika tolkningar är möjliga men att barnets bästa alltid ska tillämpas. Det är en självrefererande tolkningsstrategi som gör principen innehållslös.

Principen om barnets bästa har införts i många svenska lagar. Motivet för detta är bl.a. att Sverige har förbundit sig att ha en lagstiftning som överensstämmer med barnkonventionen. Den påverkansprocess som det syftar till har markerats ytterligare genom att regeringen beslutat att barnkonventionen blir svensk lag. Detta visar att det finns en tilltro, från regeringens sida, på barnkonventionens normativa betydelse, dvs. att Barnkonventionen kan påverka människors uppfattningar och attityder till barn.

I flera svenska rättskällor uttrycks osäkerhet om barnets bästa går att bestämma objektivt, att principen är svår att använda och att den kan förändras över tid i förhållande till olika omständigheter i det enskilda fallet. Traditionella rättssäkerhetskrav kan med dessa argument inte tillgodoses. Barnet självt har begränsade möjligheter att påverka sin situation p.g.a. att barnet är omyndigt i rättslig mening. Den slutliga bedömningen av vad som anses vara barnets bästa ska göras av vuxna som ansvarar för beslutet. Forskningen visar att repre-

[128] Mattsson, T. (2002) s. 395.

sentation genom vuxna inte är någon garanti för att barnets intressen faktiskt förmedlas eller beaktas i det beslut som fattas.

Barnets bästa är, som beskrivits ovan, en värdeprincip. Det innebär att traditionella rättskällor ger otillräcklig vägledning om hur principen ska tolkas och tillämpas i enskilda fall. Principen har därför begränsat rättslig och pedagogisk betydelse när det gäller att uttrycka hur barnets situation bör förstås, värderas eller förändras. Med ett normperspektiv på rätten har det visats att principen om barnets bästa inte påverkar människors uppfattningar och attityder till barn konkret. Principen kan främst beskrivas som ideologisk genom att den ger sken av att barnets bästa tillgodoses. Principen barnets bästa kan som människovärdesprincipen beskrivas som ett axiom som inte kan bevisas genom empiriska undersökningar eller prövningar.[129]

Forskning visar att barnets bästa i konkreta fall oftast inte utreds och bedöms, utan att andra omständigheter än barnets behov och vilja ligger till grund för de beslut som fattas om barnet. Barnet får möjligheter att komma till tals men barnets åsikter påverkar sällan det slutliga besluten. Det är också genomgående oklart vilken information barnet får, vilka frågor som barnets representanter och ställföreträdare ställer till barnet, hur barnets åsikter tolkas och dokumenteras. Det kan därför starkt ifrågasättas om införandet av lagregler om att barnets vilja ska beaktas har någon rättslig relevans i beslut som rör barn. Principen om barnets bästa kan på grund av detta legitimera rättsliga beslut som inte har något med barns behov och intressen att göra.

[129] Se Statens Etiska Råd (2012). Det svårfångade människovärdet. En debattskrift, s. 11.

När olyckan berövar barnet dess framtid. Om konsten att kalkylera framtida inkomstförluster

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

Torbjörn Ingvarsson

OCH DEN LJUSNANDE FRAMTID ÄR VÅR

Att ersätta ett barns framtida inkomstförlust

1 FRÅN DRÖM TILL RUTNÄT

I barnet lägger vi våra önskningar och drömmar. Önskningarna blir så stora, alla ord så vackra, att inget barn och alldeles säkert ingen vuxen kan bära dem. Fråga ett barn vad det vill bli, så får du nästan säkert svar du inte väntat. Tänk på vad du själv ville bli och säg mig sedan om du blev det du ville. Gå i ditt minne tillbaka till en tid då du just börjat skolan, till den dag du gick ut skolan eller då du var färdig med din examen. Vad du ville och trodde att du skulle bli växlade säkert och förmodligen blev du inte det du ville, men det blev nog ändå bra.

Ryckt ur drömmarna och önskningarna kan man se att de möjligheter som kanske fanns där att bli nästan vad som helst inte realiserades. Varför blev vi det vi blev och hur mycket var vårt eget val? ”Ärftligheten” i vissa yrken är stark; juristers barn blir inte sällan jurister och lika så läkarens. Den sociala ärftligheten är på ett övergripande plan stark. Det är för hårt att tala om predestination, men den som växer upp i ett socioekonomiskt utsatt område kommer statistiskt sett att ha lägre sannolikhet att skaffa sig högre utbildning. Maskrosbar-

nen är undantag, gula, hoppingivande solar som slagit sig igenom asfalten. De barnen börjar sin resa från något, men kanske utan att bli upptagna i någon ny gemenskap annan än den som de andra maskrosbarnen kan erbjuda.

När ett barn skadas allvarligt, bryts en bana. Vi tänker oss nog i alla fall ofta att det är det som sker, att det som skulle blivit nu blivit omöjligt eller i vart fall väsentligt svårare att uppnå. Den fysiska skadan är allvarlig, men den kopplas samman med förlusten av möjligheter. Det otänkbara att vi skulle sätta ett pris på att ha fungerande armar och ben, fullgod syn och hörsel, koncentrationsförmåga och god nattsömn byts nu i dess motsats: Förlusten skall prissättas! Inte bara kroppsskadan skall ersättas, utan även allt det som skulle ha blivit skall ges ett mått i kronor och ören.

Det finns fasta tabeller för att sätta pris på förluster. I rutnät med olika parametrar går man från axlarna i tabeller med mengrad och ålder och väljer mellan tabellvärden för ersättning av anspänning i daglig livsföring i övrigt. Den sammanlagda förlusten får ett slutligt värde, ett värde som är priset på våra önskningar och drömmar.

Avsikten med detta bidrag är att visa att denna spänning mellan drömmar och tabeller i grunden orsakas av en oupplöslig konflikt mellan etiska normer som ändå måste ges en praktisk, juridisk lösning. Konflikten uppstår vid tillämpningen av den öppna skrivningen i 5 kap. 1 § SkadestL som beskriver differensläran, det vill säga att ersättningen för inkomstförlust skall motsvara skillnaden mellan den inkomst som den skadelidande skulle ha kunnat uppbära och den inkomst som han eller hon trots skadan har eller borde ha kunnat ha. Problemet är generellt, men är särskilt svårbemästrat när ett barn skadas svårt.

2 ATT BLI DEN MAN ÄR ELLER DEN MAN KAN BLI

I SOU 1995:33 diskuterades bland annat principerna för ersättning till barn och unga för förlorad framtida arbetsinkomst. Utgångspunkten i betänkandet var att man vid fastställande av ersättningen så långt som möjligt skulle uppskatta den verkliga framtida förlusten. Om själva beräkningen av den förlorade framtida förvärvsinkomsten uttalades följande:

> ”Enligt vår mening kan det vara lämpligt att vid en standardiserad uppskattning av den skadelidandes inkomst i oskadat skick utgå från

> den genomsnittsinkomst för heltidsarbete som gäller i vårt land. Vi vill emellertid understryka att ersättningen bör bestämmas med utgångspunkt i en sådan medelinkomst bara då det med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet inte finns grund för att anta att den skadelidandes inkomst i själva verket skulle ha blivit högre om han inte hade skadats. Därvid ger sådana omständigheter som kan hänföras till den skadelidandes s.k. sociala närmiljö sällan någon större ledning. Även om den skadelidandes föräldrar och syskon har viss yrkesinriktning säger det nämligen inte så mycket om hur utvecklingen skulle ha blivit för just den skadelidande. Vi anser därför att faktorer av detta slag i princip inte bör påverka bedömningen."[1]

Uttalandena i betänkandet skall ses mot tidigare gällande praxis som innebar att bland annat föräldrarnas yrke var en faktor som kunde vara avgörande vid ersättningens fastställande. Ofta väntar man med att fastställa ersättningen till unga, för att på det sättet se hur barnet utvecklas, men om skadan lett till hög invaliditetsgrad kommer den individuella utvecklingen efter skadetillfället ofta inte att ge någon ledning. Problemen att göra trovärdiga prognoser för små barn är regelmässigt större än för barn i övre tonåren. Rättsfallet NJA 1961 s. 572 är illustrativt. Bakgrunden till avgörandet var att en pojke på knappt två år skadades svårt. Pojken bedömdes helt sakna möjlighet att i vuxen ålder erhålla arbete och oförmågan var permanent. De svårigheter som uppkommer då ersättning skall fastställas för små barns framtida inkomstförlust ställdes därmed på sin spets i fallet. Vad gällde principerna för beräkningen av ersättningen uttalade rådhusrätten, vars dom senare fastställdes av Högsta domstolen, följande:

> "Den ersättning för förlust av arbetsförmåga som – vanligen i form av livränta – enligt lag tillkommer skadad person är tydligen avsedd att sätta den skadade i stånd att åtminstone i huvudsak upprätthålla den levnadsstandard som han med bibehållen arbetsförmåga skäligen kunnat för framtiden påräkna. Såvitt gäller barn som drabbats av bestående invaliditet, synes man i rättspraxis lägga föräldrarnas villkor till grund vid bedömningen av ersättningens storlek i varje särskilt fall. [Föräldrarna] ha också under åberopande av denna praxis hävdat, att livräntebeloppen för [barnet] i vart fall icke borde bestämmas till lägre

[1] SOU 1995:33 s. 335.

belopp än som motsvarade nettoinkomsten för en tjänsteman i okvalificerad ställning."[2]

Pojkens far var vid olyckstillfället brandmästare och normen att den framtida inkomstförlusten skulle ersättas efter vad en tjänsteman i okvalificerad ställning hade i nettoinkomst torde därmed ha kommit från detta faktum. I det konkreta fallet ansågs dock pojken vara så illa skadad att han inte skulle kunna tillgodogöra sig ersättning beräknad efter differensmetoden. Istället bestämdes ersättningen så att den i allt väsentligt kom att uppgå till merkostnader för nödvändig vård och tillsyn.[3] Därutöver skulle även ersättning utgå för kostnader förknippade med möjligheten att erbjuda sysselsättning för den skadelidande avpassade efter hans intressen och färdigheter.

Kritiken mot att beakta vilket yrke föräldrarna har, vilken socioekonomisk bakgrund den skadelidande har och liknande faktorer har framförts under lång tid. I praktisk skadereglering har emellertid beräkningen gjorts med hänsyn just till sådana faktorer. Inte minst har Trafikskadenämndens cirkulärreferat haft stor betydelse för att etablera denna norm för ersättningsberäkningen i förlängningen av NJA 1961 s. 572. Trafikskadenämnden har funnits sedan 1936 och nämndens reglemente godkänns av regeringen. Verksamheten vilar ytterst på 6 § trafikförsäkringsförordningen (1976:359) och enligt reglementet är nämndens uppgift att verka för en enhetlig och skälig personskadereglering inom trafikförsäkringen.[4] De yttranden som nämnden avger i enskilda tvister är inte bindande för försäkrings-

[2] NJA 1961 s. 572, referatet s. 578.

[3] NJA 1961 s. 572, referatet s. 579: "[M]öjlighet [bör] beredas [den skadelidande] att också i fortsättningen vistas i hemmet, så länge föräldrarna kunna taga hand om honom, och att därefter erhålla vård och tillsyn under såvitt möjligt hemliknande förhållanden. Med denna utgångspunkt bör vid livräntans bestämmande hänsyn tagas till den kostnad och tidsspillan som vården och tillsynen om [den skadelidande] medfört och komma att medföra för hans föräldrar. Därvid kommer även i betraktande, att föräldrarna kunna behöva anlita hemhjälp för sysslor, som modern ej hinner eller orkar med på grund av den passning hon måste ägna [sin son]. Vidare måste beaktas, att kostnaden för att framdeles bereda [den skadelidande] mera personlig vård utom hemmet sannolikt blir betydande. Avseende bör härjämte fästas vid de ökade krav på tillsyn av [den skadelidande] som hans benägenhet för epileptiska anfall betingar. Slutligen bör anmärkas att, enligt vad i målet är upplyst, [den skadelidande] enligt lagen om folkpensionering är berättigad till pensionsförmåner."

[4] Nämndens verksamhet har vid olika tidpunkter kritiserats och det har bland annat hävdats att nämndavgörandena är alltför starkt normerande. Se om nämndens verksamhet *Gabrielsson* Trafikskadenämnden – argument för och emot NFT 2002 s. 1–12.

givarna, men vanligtvis följs beslut nämnden fattat. Beslut av mer principiell betydelse görs enligt nämndens arbetsordning allmänt tillgängliga i form av cirkulärreferat som sänds till försäkringsbolagen. De referat som är tänkta att vara vägledande finns numera tillgängliga på nämndens hemsida och vissa äldre referat från 1982 och framåt publicerades i serien Rättsfall – försäkring och skadestånd.[5] Cirkulärreferaten blir på detta sätt praktiskt normerande, om än formellt utan sådan verkan. En genomgång av referaten ger därmed en god bild av principerna för ersättningsberäkning.

Av cirkulärreferat 6-1989 framgår hur Trafikskadenämnden tidigare kunde avgöra ersättningsfrågan. Avgörandet gällde en man som skadats mycket svårt vid 17 års ålder. Invaliditeten bedömdes vara 100-procentig och permanent. I ersättningsfrågan uttalade nämnden följande:

> ”Vid tiden för trafikolyckan gick [den skadelidande] på en tvåårig verkstadsteknisk gymnasielinje. Och det är troligt, säger [försäkringsgivaren], att han senare skulle ha kommit att arbeta som mekaniker eller montör på Atlas Copco, som är den dominerande industrin på orten. Det är vidare utrett att löneläget för honom, inklusive skiftersättning, skulle vara ca 140 000 kr om året. Såsom nämnden närmare utvecklade i sitt föregående yttrande (– bl a att han borde ges ekonomiska resurser att kompensera föräldrarna för deras omfattande omvårdnadsinsatser –) bör [den skadelidande] vara berättigad till ersättning för inkomstförlust. I ett fall som detta bör emellertid, som nämnden ser det, förlusten inte beräknas enligt en s k differensmetod, dvs genom en jämförelse med vad han som oskadad skulle ha tjänat och vad han faktiskt tillför sig. Med hänsyn till bl a hans låga levnadsomkostnader bör i stället en skälighetsavvägning göras.”

Avgörandet står i nästan rak motsättning mot de uttalanden som framförts i proposition 1975:12 som låg till grund för den huvudsak-

[5] Se *Nordenson* angående normbildningen och spridningen av referaten i Ideell ersättning och kostnadsersättning vid personskada i festskrift till Hellner, Stockholm 1984 s. 391–417, där han på s. 397 skriver: ”Nämnderna arbetar i motsats till domstolarna utan egentlig offentlig insyn, och deras yttranden är inte på samma sätt som domstolarnas avgöranden tillgängliga för allmänheten, låt vara att den publicering av viktigare utlåtanden av bl. a. de här ifrågavarande skadenämnderna som sedan någon tid sker i […] ’Rättsfall Försäkring och Skadestånd’, har inneburit en avsevärd förbättring när det gällt att sprida kunskap om nämndernas verksamhet.”

liga formuleringen av regeln i 5 kap. 1 § SkadestL och differensmetoden. Kritiken mot den beräkningsmodell som användes i bland annat NJA 1961 s. 572 kommer till uttryck i följande uttalande i förarbetena till skadeståndslagen:

> ”Enligt kommittén finns det i en del fall, när den framtida arbetsförmågan har blivit helt eller nästan helt nedsatt, det alternativet att skadeståndet inte bedöms mot bakgrund av den beräknade inkomstförlusten utan med hänsyn till kostnader för vård och tillsyn. Detta uttalande har mött viss kritik under remissbehandlingen. Jag har förståelse för denna kritik. Enligt min mening bör inkomstförlust så långt möjligt beaktas fullt ut, även när det gäller svårt invalidiserade personer.”[6]

Eftersom nämnden citerar just denna passage i cirkulärreferat 5-1989 där också 6-1989 ingår, är beslutet att sätta ner ersättningen för inkomstförlust något förvånande. I 6-1989 finns uppgifter om utbildning, skadan sker först när den skadelidande är 17 år och till och med en specifik arbetsplats pekas ut med antaganden om skiftersättning och en årslön. Nämnden har alltså i praktiken möjlighet att göra en inte alltför vågad förutsägelse, men gör trots det ändå halt inför tanken att lägga den till grund för ersättningsberäkningen.[7] Vari skälighetsavvägandena bestod för att inte använda differensmetoden framgår inte av cirkulärreferatet.

Principuttalandena i förarbeten om vilka faktorer som skall vara av betydelse vid ersättningsberäkningen speglade under lång tid inte verkligheten i domstolar och nämnder. Någon senare praxis från de högsta dömande instanserna än nyss nämnda NJA 1961 s. 572 finns inte. I praktiken har därför nämndpraxis varit avgörande för ersättningsberäkningen. Förutom Trafikskadenämnden är även Personskadekommitténs cirkulär av betydelse. Kommitténs uppgift är att ge förutsättningar för försäkringsbolagen att göra enhetliga bedömningar med hög kvalitet på personskadeområdet. Personskadekommittén är ett beredande organ under styrelsen för branschorganisationen Svensk Försäkring och genom cirkulären har den stort inflytande på den konkreta skaderegleringen. Under senare tid förefaller nämnden och kommittén ha intagit en ny gemensam hållning i frågan om

[6] Proposition 1975:12, specialmotiveringen till 5 kap. 1 § skadeståndslagen s. 147.
[7] Jfr *Bengtsson & Strömbäck,* Skadeståndslagen, 5 upplagan Stockholm 2014, s. 213, som möjligen uttrycker viss kritik mot ställningstagandet.

hur ersättningen skall fastställas. Detta kommer till uttryck i bland annat Trafikskadenämndens cirkulärreferat 8-2010 och 4-2011. Samma principer kommer till uttryck i Personskadekommitténs cirkulär 4/2009.

Den utgångspunkt som slogs fast i Trafikskadenämndens cirkulärreferat 8–2010 var att om barnet inte skadats, så skulle det antas ha kunnat få ”en arbetsinkomst som svarar mot medianlönen för den heltidsarbetande befolkningen på arbetsmarknaden, dvs. den inkluderar både de som endast har gymnasial utbildning och de som har eftergymnasial utbildning”. Denna schablon skulle dock inte alltid läggas till grund för ersättningsberäkningen. Nämnden framhöll vidare i cirkulärreferat 4-2011 att man med de där och i det tidigare cirkuläret anvisade beräkningsgrunderna ville komma ”bort från synsättet att ersättning, när barn skadats i trafiken, ska bedömas utifrån yrkesval i barnets närmaste omgivning och i stället göra en mer schablonartad bedömning av barns framtida yrkesval”. I 2011 års referat angav Trafikskadenämnden därtill ytterligare hållpunkter för ersättningsberäkningen:

> ”Detta innebär dock inte att alla barn och ungdomar ska, såsom anges i cirkulärreferatet [8–2010], antas få en inkomst som svarar mot medianlönen för den heltidsarbetande befolkningen på arbetsmarknaden, dvs. den som inkluderar både de som endast har gymnasial utbildning och de som har eftergymnasial utbildning. I den statistik, som tillämpades i cirkulärreferatet, SCB:s statistik för den heltidsarbetande befolkningen, ’Lönestatistik 2008’, finns, förutom den använda medianlönen, två andra nivåer av medianlöner för den heltidsarbetande befolkningen. Dessa är medianlönen för de med eftergymnasial respektive icke eftergymnasial utbildning. Nämnden anser att det bör vara möjligt att i ett enskilt ärende välja en av dessa tre medianlöner utan att härigenom frångå principen om ett mer schabloniserat inkomstunderlag.”

Ståndpunkten förfaller åtminstone delvis överensstämma med uttalandena i SOU 1995:33 att ersättningsberäkningen bara skall ta en medelinkomst som utgångspunkt då det med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet inte finns grund för att anta att den skadelidandes inkomst i själva verket skulle ha blivit högre om inte skadan inträffat. Enligt betänkandet skall alltså *medelinkomsten* läggas till grund för ersättningsberäkningen, medan Trafikskadenämnden re-

kommenderat *medianinkomsten*. Skillnaden är inte utan praktisk betydelse, men båda beräkningssätten innebär en avvikelse från tanken att ersättningsberäkningen som utgångspunkt skall vara individualiserad.

Vi har alltså gått från en norm, där socioekonomiska faktorer tillmäts betydelse, till valet mellan en av tre schabloner. Tanken som kommer till uttryck i SOU 1995:33 att den skadelidandes sociala närmiljö sällan ger någon större ledning har fått genomslag i form av en utjämnad ersättning, trots att målsättningen fortsatt sägs vara att den verkliga framtida förlusten skall ligga till grund för uppskattningen. Men är det verkligen sant som det påstås i betänkandet, att vilken yrkesinriktning den skadelidandes föräldrar och syskon har inte säger så mycket om hur utvecklingen skulle ha blivit för just den skadelidande?

3 DEN STATISTISKA VERKLIGHETEN OCH DEN VERKLIGA VERKLIGHETEN

Den statistik och de undersökningar som gjorts om ungas framtida möjligheter formar en klar bild: Ett barn som växer upp med lågutbildade föräldrar under små ekonomiska förhållanden har statistiskt betydligt sämre utsikt att exempelvis fullfölja en juristutbildning och senare bli välutbildad advokat än det barn som växer upp med välutbildade föräldrar med goda inkomster.

Av Universitetskanslersämbetets rapport 2013:4 *Social bakgrund och genomströmning i högskolan – En studie av långa och medellånga yrkesexamensprogram* framgår att det bland studenter som väljer längre program som civilingenjörsprogrammet, juristprogrammet, läkarprogrammet och psykologprogrammet är vanligare att de med föräldrar som bara har förgymnasial utbildning hoppar av än studenter där båda föräldrarna har minst treårig eftergymnasial utbildning. Juristutbildningarna skiljer ut sig på ett negativt sätt i jämförelsen mellan dessa långa utbildningar. Av de studenter som hade föräldrar med endast förgymnasial utbildning hade 45 procent avlagt en examen på juristprogrammet efter 7,5 år, medan om minst en förälder har gymnasieutbildning hade över 60 procent avlagt examen.[8] Avhoppsfrekvensen är också högre i gruppen studenter där båda föräldrarna endast har förgymnasial utbildning. I denna grupp hade 28 procent varken

[8] UKÄ rapport 2013:4 s. 15.

avlagt examen på juristprogrammet eller någon annan högskoleexamen efter 7,5 år och heller inte tagit högskolepoäng motsvarade minst 3 års studier. Bland studenter med minst en förälder med kortare gymnasieutbildning var motsvarande siffra 17 procent och för studenter med föräldrar med längre utbildning mellan 10 och 13 procent.

Vägen till universitetsstudier är också ofta tyngre för personer från socioekonomiskt utsatta förhållanden. I IFAU-rapporten *Lika möjligheter? Familjebakgrund och skolprestationer 1988–2010* (2012:14) undersöks familjebakgrundens betydelse för skolelevers resultat. Undersökningen bygger på jämförelser av syskon. Resultatet i rapporten är att omkring hälften av betygsvariationen hänger samman med faktorer som syskonen har gemensamt, såsom gener, familje- och uppväxtförhållanden, bostadsområde, skola och kamrater.[9] Vidare kan man av Skolverkets rapport *Vad påverkar resultaten i svensk grundskola?* från 2009 utläsa att så kallad socioekonomisk status är den enskilt starkast påverkande faktorn för elevprestationer. Måttet kan utformas på lite olika sätt, men oavsett exakt definition av socioekonomisk status finns ett samband mellan familjebakgrund och elevprestation, där barn till föräldrar med låg utbildningsnivå och låga inkomster har sämre skolresultat.[10]

Statistiken ljuger inte om detta, men den talar självklart heller inte sanning när det gäller individens levnadslopp. Men häri ligger en spänning som framträder när ersättning för framtida förlorad förvärvsinkomst skall bestämmas för barn. Den som kommer från en utsatt socioekonomisk bakgrund kan enligt den statistiska verklighet som kort beskrivits nu förväntas ha lägre utbildning och lägre livsinkomst än den som vuxit upp under mer gynnsamma förhållanden. Detta är fakta som vi på andra områden lägger till grund för beslut om insatser för att uppväga denna statistiska sanning såsom breddad rekrytering till universitet och högskolor och satsningar på ökad jämlikhet i grund- och gymnasieskola. Invändningen att vi inte vet vad det *enskilda* barnet skulle ha förmått faller till marken, för vi vet strängt taget aldrig vad individen kunnat uppnå. Valet mellan olika sätt att beräkna ersättningen måste därför göras utifrån annat än verkliga förlopp. En tillämpning av en schablon är på individnivå inte

[9] Institutet för arbetsmarknads- och utbildningspolitisk utvärdering rapport 2012:14 s. 21.
[10] Skolverkets rapport 2009 s. 98–101.

mer sann än att beakta socioekonomiska faktorer. Vi vet helt enkelt inte och kommer aldrig att få veta om det ena eller andra sättet att beräkna inkomstförlusten hade varit mer ”sant”. Ytterst är det bara ett val mellan två modeller för ersättningsberäkning som i juridisk-teknisk mening är likvärdiga, om än inte neutralt ur en etisk synvinkel.

4 BINDANDE NORMER OCH GÄLLANDE RÄTT

Betraktar man källäget ur en mer strikt rättskälleläras synvinkel, borde NJA 1961 s. 572 ännu vara vägledande för att fylla ut regeln i 5 kap. 1 § SkadestL, men många faktorer tyder på att Högsta domstolen inte skulle avgöra frågan så idag. Uttalandena i olika lagstiftningsärenden tyder på en önskan om att komma bort från synsättet att den skadades socioekonomiska bakgrund, där föräldrarnas yrkesval och liknande omständigheter tillmäts vikt, inte bör läggas till grund för ersättningsberäkningen. Det mest konkreta alternativ som presenterats är det som Trafikskadenämnden utformat. Särskilt den omständigheten att Personskadekommittén tycks följa en liknande linje tyder på att åtminstone den praktiska skaderegleringen följer nämndens anvisningar. I förarbeten och kommentarer till skadeståndslagen framhålls om och om igen att den knapphändiga regleringen i 5 kap. 1 § SkadestL måste fyllas ut med domstolspraxis och i avsaknad av sådan blir nämndavgörandena faktiskt styrande för rättsbildningen. I samband med att lagbestämmelsen kompletterades 2002 för att kunna ge grund för ersättning även avseende vissa typer av ideell skada, framhöll lagrådet att det inte i sig fanns något att invända mot denna form av generell lagstiftning, men att den har följder:

> ”Lagrådet vill erinra om att med den valda lagstiftningstekniken ett stort antal frågor måste överlämnas åt rättstillämpningen och att i vart fall Högsta domstolen, ställd inför verkligheten, kan finna anledning att gå ifrån förarbetsuttalandena.”[11]

[11] Proposition 2000/01:38, Lagrådets yttrande s. 115. På samma ställe konstaterar lagrådet att det föreföll som om regeringen ville svära sig fri från ”lagstiftning genom motiv”, men att trots det var lagrådsremissens författningskommentar fylld av uttalanden om hur de föreslagna bestämmelserna borde tillämpas.

Ett avgörande som skulle kunna ge en antydan om förändringsriktningen är Svea Hovrätts avgörande 5 juni 2013 i mål T 6553-13. Tvisten gällde ersättning till en person som skadades som nioåring. Försäkringsbolaget hade följt Trafikskadenämndens avgörande och beräknat ersättningen efter barnschablonen där SCB:s uppgifter om 2008 års medianlön för den heltidsarbetande befolkningen på arbetsmarknaden, det vill säga både de med och de utan eftergymnasial utbildning, med en löneökning om tre procent per år. I tvisten framförde den skadelidande att han skulle ha utbildat sig till civilingenjör om inte skadan inträffat. Han skulle enligt egna uppgifter då ha inträtt i arbetslivet senast den 1 januari 2011 och beräkningen skulle därför baseras på en lön för en civilingenjör och inte på medianlönen för hela den heltidsarbetande befolkningen.

Tingsrätten slog fast att trots att den skadelidande kunde visa att skolprestationerna varit goda fram till skadan och att hans systrar gått vidare till högre utbildning, var det inte möjligt att med dessa begränsade underlag avgöra vilken utbildning den skadelidande skulle ha skaffat sig eller vilket yrke han skulle ha haft efter avslutad utbildning. Enligt tingsrättens mening skulle därför en schablon användas i detta tillfälle och den som redan tillämpades gav en rimlig ersättning när det saknades hållbara kriterier för att göra en individuell bedömning. Hovrätten gjorde ingen ändring utan fastställde tingsrättens dom.

Nämndpraxis sägs inte sällan sakna egentlig bindande kraft. Likafullt stödjer sig alltså domstolarna och till och med de högsta dömande instanserna ibland på denna typ av ”mjukare” rättskällor.[12] För den som fått sin ersättning bestämd med stöd av en sådan mjuk norm framstår den emellertid inte på något sätt som mindre hård än om

[12] Jfr Högsta domstolens uttalanden i NJA 2004 s. 26, referatet s. 32: ”I pleniavgörandena NJA 1993 s. 41 I och II slog HD fast att skadestånd för personskada i form av psykiska besvär kan tillerkännas närstående till den som dödats genom uppsåtlig handling. Huvudfrågan i rättsfallen rörde dock inte ersättningens storlek. Med utgångspunkt i allmänt tillämpade normer för ersättning av detta slag – varmed torde ha avsetts Trafikskadenämndens hjälptabeller för bestämmande av ersättning för sveda och värk – bestämde HD ersättningen till 25 000 kr. I rättsfallet NJA 1996 s. 377, som avsåg ett dödsfall som orsakats genom en grov vårdslöshet som låg mycket nära ett uppsåtligt handlande, bestämdes ersättningen till 30 000 kr. HD gjorde här inte något särskilt uttalande om hur ersättningen beräknats medan hovrätten, vars domslut HD fastställde, på samma sätt som HD i 1993 års pleniavgöranden hänvisade till ’allmänt tillämpade normer för ersättning av detta slag’. I rättsfallet NJA 1996 s. 509, som avsåg uppsåtligt dödande, hänvisade HD uttryckligen till Trafikskadenämndens hjälptabeller och bestämde ersättningen till 20 000 kr.”

den hade följt direkt av en lagbestämmelse. När väl beslutet är fattat blir kategoriseringen av normer som ”mjuka” och ”hårda” missledande, eftersom avgörandet är lika bindande för dem som omfattas av domslutet oavsett normens ”hårdhetsgrad”.

Vad som är tillämpad rätt förefaller alltså inte vara det som de traditionella rättskällorna utpekar som gällande. Antar man att de principer som kommer till uttryck i NJA 1961 s. 572 fortsatt är uttryck för gällande rätt, av det formella skälet att det är det senaste avgörande som finns, hamnar man i slutsatsen att skaderegleringen inte följer gällande rätt och att Trafikskadenämnden och till och med lagstiftaren i förarbetsuttalanden rekommenderar att regeln i 5 kap. 1 § SkadestL skall fyllas ut i strid med gällande rätt. Vi har här närmast att göra med ett osäkert rättstillstånd, där det som annars skulle ha betraktats som säkra uttryck för gällande rätt inte går att lita på. Ett byte av ståndpunkt verkar ha skett, som bara ännu inte fått ett reellt uttryck i form av ett avgörande från Högsta domstolen eller förändrad lagstiftning. Vad som menas med gällande rätt kan då inte vara detsamma som de slutsatser som kan dras genom att hålla fast vid en stel rättskällehierarki.[13] Frågan förbyts istället i om de högsta dömande instanserna kan förväntas avgöra tvister om beräkningen av framtida inkomstförlust på samma sätt som tillämpningen vid skaderegleringen visar eller om någon annan norm möjligen skulle kunna komma till användning. Det är mot bakgrund av sådan *förväntad faktiskt tillämpning* Ross formulerar sin prognosteori:

> ”Når den retsvidenskabelige påstand om, at en vis regel er gældende dansk ret, som påvist efter sit realindhold er en forudsigelse om reglens anvendelse i fremtidige retsafgørelser, følger heraf, at sådanne påstande aldrig kan gøre krav på absolut sikkerhed, men kun kan hævdes med *større eller mindre sandsynlighed*, alt efter styrken af de holdepunkter, fremtidskalkulationerne hviler på. […] Det kommer herved en relati-

[13] Inte ens den som med stark formalism hävdar att alla normer härleds uppifrån och sedan ner i ett allt finare nät av bindande regler som kan härledas från en yttersta grundnorm kommer undan svårigheterna att fastställa innehållet i gällande rätt. Se *Kelsen* Den rena rättsläran, 2 upplagan, Stockholm 2008, i översättning av *Bindreiter* [Wien 1960], som i avsnittet om rättens dynamik (34 g) på s. 248 [220] skriver: ”Utgör sedvanan över huvud taget ett rättsskapande sakförhållande, så kan även stiftad rätt derogeras genom sedvanerätt. Är effektivitet […] en förutsättning för giltighet – inte bara med avseende på rättsordningen i sin helhet utan också med avseende på enskilda rättsnormer – så kan sedvanans rättsskapande funktion inte elimineras genom stiftad rätt, åtminstone inte vad gäller den negativa funktionen *desuetudo*.”

vitet ind i retsvidenskabelige sætninger, som det er vigtigt at have for øje, men som alt for ofte overses."[14]

Ståndpunkten att gällande rätt bara kan uttryckas i termer av större eller mindre sannolikhet att en domstol skulle döma på visst sätt har långtgående konsekvenser. Förutom det ovana med att inte peka på regeln själv och påstå att den är "gällande", utan istället säga att den med stor sannolikhet kommer att tillämpas om förutsättningarna är sådana och sådana, följer också att andra konkurrerande regler kan sägas ha viss, inte helt försumbar sannolikhet för att bli tillämpade av domstolen, om än sannolikheten framstår som i vart fall lägre än den som pekas ut som "gällande rätt".

Synsättet öppnar för tanken att rätten byggs upp av aktörer som producerar normkandidater som sedan förkastas eller accepteras av de dömande instanserna. Innan en domstol har tagit ställning till en viss normkandidat, kan vi inte med säkerhet säga att den kommer att läggas till grund för det enskilda avgörandet och vi kan inte heller med säkerhet säga att normen kommer att tillämpas i en kommande tvist. Vad vi däremot kan säga är att det finns viss sannolikhet för att en viss normkandidat skall läggas till grund för domstolens avgörande. Sedd på detta sätt innehåller lagstiftningen en rad normkandidater som det i de flesta fall är mycket troligt att domstolen skall lägga till grund för sitt avgörande och tydliga ställningstaganden från Högsta domstolen ger oss god anledning att tro att domstolarna skall bedöma likartade fall på samma sätt, men bundenhet i egentlig mening föreligger inte. De regler som beskrivs i cirkulärreferaten från Trafikskadenämnden blir med detta synsätt bara ännu en normkandidat bland andra som det går att säga att de med viss större eller mindre sannolikhet kan komma att läggas till grund för ett avgörande av en konkret tvist.[15]

[14] *Ross,* Om ret og retfærdighed § 9 [s. 86–98], Köpenhamn 1953 [omtryck 2013], s. 91 f. Kursivering i originalet.

[15] Beskrivningen bygger på *Luhmanns* förklaring till rättens föränderlighet och stabilisering i Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993, när han på s. 277 skriver: "Sie erfordert, daß man das Recht als System sieht, nämlich als eine Gesamtheit von als konsistent praktizierten Problemlösungen, und für gegebene Probleme eine von diesen auswählt, bei der Interpretation von Gesetzen unterstellt, der Gesetzgeber habe so vorgehen wollen, oder schließlich als Richter eine auf den Fall passende, generalisierbare Regel einfügt, wenn keine zu finden ist. In diesem Sinne motiviert das geltende Recht selbst zur Innovation, aber auch zur Ablehnung von Innovationen im Interesse der Erhaltung von Stabilität = Konsistenz = Gerechtigkeit."

5 OSANNING OCH OSÄKERHET

Svårigheterna att avgöra vilken modell för ersättningsberäkningen som kommer att användas om Högsta domstolen åter skulle få tillfälle att ta ställning till frågan hur framtida arbetsinkomst för skadade barn och underåriga skall bestämmas är uppenbara. Något säkert svar på frågan finns inte, men problemet kan delas upp i delfrågor.

Den *första* frågan är om vi kan förvänta att den skadelidandes tillstånd skall vägas in i ersättningsberäkningen. Tidigare praxis både från Högsta domstolen och från nämnderna har visat prov på att ersättningen satts ned så att den bara motsvarar merkostnader för vård och vissa kostnader förknippade med möjligheten att erbjuda sysselsättning för den skadelidande avpassad efter hans eller hennes intressen och färdigheter. Skall uttalandena i förarbetena vid de lagändringar som gjorts tas på allvar, borde dock inte den skadelidandes möjlighet att utnyttja ersättningen spela roll. Ersättningsnivån skall ju motsvara den verkliga *förlust* som kan antas uppkomma och den skadelidandes invaliditetsgrad borde inte kunna motivera att ersättningen sänks. Den anvisade differensmetoden i 5 kap. 1 § SkadestL ger heller inget egentligt stöd för en sådan reduktion av ersättningen. Det är också svårt att se, att skälighets- eller rimlighetsavvägningar skulle kunna leda till ett sådant resultat.

Den *andra* frågan är om den socioekonomiska bakgrunden kommer att beaktas vid ersättningsberäkningen. Alla de uttalanden som gjorts och Trafikskadenämndens antagande av barnschablonerna tyder på att den socioekonomiska bakgrunden inte kommer att beaktas. Individen har ställts i fokus istället för det sociala sammanhanget. Detta har emellertid följdeffekten, att även skador som sker för unga kanske ända upp till 18 års ålder bedöms enligt barnschablonen, om inte tydliga omständigheter talar för att en individuell bedömning är möjlig. Oviljan att göra prognoser om den skadelidandes framtida yrke är uppenbar i senare nämndpraxis. Även om ett system med flera schabloner skulle etablera sig, är det också tydligt att det finns en strävan att använda den som utgår från medianlönen för den heltidsarbetande befolkningen på arbetsmarknaden och bara om det finns särskild anledning välja den som endast inkluderar personer med eftergymnasial respektive endast de som saknar eftergymnasial utbildning.[16] Möjligen kan detta tala för att bara en schablon kommer att

[16] En intern översyn av Trafikskadenämndens praxis ledde fram till att en arbetsgrupp lade fram en rapport för nämndens råd sommaren 2014. Rådet behandlar enligt nämn-

slå igenom och eventuella justeringar istället göras genom skälighets- och rimlighetsavvägningar.

Den *tredje* frågan rör just hur stort utrymme som skall lämnas till skälighets- och rimlighetsavvägningar. Även om man som lagrådet konstaterat kan ställas inför omständigheter i verkliga fall, där skälighets- och rimlighetsavvägningar bör göras, framstår det inte som lämpligt att hela ersättningsberäkningen skulle grumlas av ett sista, ogenomskinligt steg. Det är istället särskilt viktigt att de omständigheter som motiverar avsteget framgår och hur dessa omständigheter kan motivera ökning eller minskning av ersättningen.

Det finns ingen anledning att inte öppet och årligt redovisa att slutsatserna som nu dragits är osäkra. Det vore inte missvisande att tala om råd och förslag till lösning snarare än säker prognos om utfall i en tvist om beräkning av framtida inkomstförlust då ett barn skadats svårt.[17] Principen att ersättningen skall utgå efter schabloner, där föräldrars yrke, syskons yrke, socioekonomiska omständigheter och liknande uppgifter inte beaktas, går att förstå som en del av ett liberalt eller välfärdsstatligt ställningstagande. Du är inte din bakgrund, du är bara det du gjort och det du gör. Mot detta står den statistiska verkligheten. I materialet möts alltså två normer, en på väg ner som bygger på tanken att prognoser om individens framtida yrke skall läggas till grund för ersättningsberäkningen, en andra på väg upp där ersättningen som huvudregel ges helt efter schablon.[18] Allt sammantaget

dens reglemente viktigare frågor om verksamheten och ersättningsfrågor av principiell betydelse. I rapporten lämnades bland annat följande sammanfattning i frågan om tillämpning av de principer som slagits fast i cirkulärreferaten 8-2010 och 4-2011: ”Barnschablonen ska tillämpas när det saknas förutsättningar för att bedöma ett visst yrke eller inkomst som sannolikt. Andra schablonvärden än det som avser hela befolkningen bör bara användas i de fall när det finns särskild anledning att hänföra den unge till någon av de grupper som den statistiken avser. Det är enligt arbetsgruppens mening inte lämpligt att föreslå mer detaljerade kriterier än så för när barnschablonen bör användas eller när den ena eller andra medianlönen är att föredra.”

[17] Jfr *Ross,* Om begrebet ”gældende ret” hos Theodor Geiger, TfR 1950 s. 242–272, s. 272: ”Afgørende er, at juristen overalt i sin behandling af retsstoffet har opmærksomheden henledt på den grad af sikkerhed, der kan tillægges hans fremstilling opfattet som en forudsigelse, og at han ikke på noget punkt søger at narre sig selv eller andre ved at tilsløre forskelle med hensyn til sikkerhedsgraden. Der er ofte blevet syndet herimod, og den pædagogisk-videnskabelige værdi af en veludviklet lære om begrebet 'gældende ret' ligger i at bringe den glidende skala af sandsynlighed til bevidsthed og derved indskærpe kravet om påpasselighed og redelighed på dette punkt.”

[18] Jfr *Geiger,* Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, Köpenhamn 1947, som på s. 36 påpekar att det i övergångstillstånd, då en ny norm uppstår eller en hittillsvarande försvagas, har normbundenheten stigande eller fallande tendens. Med avseende på en typisk

pekar dock enligt min mening på att valet kommer att falla på en tillämpning av schabloner som utgångspunkt och endast i fall där starka skäl konkret talar för annat beräkningssätt kommer de högsta dömande instanserna att lägga uppgifter om ett bestämt yrke till grund för ersättningsberäkningen.

Slutligen kvarstår ändå svårigheterna att ersätta den verkliga förlusten precis som tidigare, oavsett hur vi väljer att försöka skatta den. Ser man frågan ur det enskilda barnets synvinkel innebär bytet av principer för beräkning av ersättning bara att en statistisk osanning byts mot en annan, förmodligen lika osann. För djupt under alla dessa försök att ersätta den verkliga skadan ligger den grundläggande ovetskapen om vad det egentligen kunde ha blivit av det barn som skadats.

situation kan till och med två varandra motstridiga normer oupplöst konkurrera sinsemellan, utan att det säkert går att avgöra vilken av dem som kommer att tillämpas av domstolarna framdeles, även om tendensen är klar.

Kampen mot barnäktenskap i Sverige – äkta omsorg om den unges trygghet eller läpparnas bekännelser?

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

Maarit Jänterä-Jareborg

ATT INTE SVIKA *GIFTA BARN* ÄR EN SVÅR BALANSGÅNG

1 BARNÄKTENSKAP OCH JURIDISKA UTMANINGAR

1.1 Ett färskt avgörande från Europadomstolen

I december 2015 avkunnade den Europeiska människorättsdomstolen (nedan: *Europadomstolen*) ett viktigt men komplext avgörande i målet *Z.H. och R.H. mot Schweiz*.[1] Målet ställer på sin spets frågor om äktenskaps giltighet när det ingåtts av ett barn, staters skyldighet att erkänna barnäktenskap samt barnets rätt till familjeliv med sin make om äktenskapet inte erkänns.

Ett ungt afganskt par, som båda var uppvuxna i Iran och var kusiner, hade ansökt om asyl i Schweiz. Eftersom paret redan var registrerat som asylsökande i Italien fann de schweiziska myndigheterna att Italien var den ansvariga staten (enligt Dublinregler) och avslog ansökan. Den fortfarande minderåriga kvinnliga parten kom dock att få stanna kvar i Schweiz. Mannen utvisades till Italien men återvände illegalt till Schweiz redan efter tre dagar. Enligt parets muntliga uppgifter hade de ingått ett religiöst äktenskap i Iran något tidigare, när kvinnan var 14 år gammal och mannen 18 år. Äktenskapet var inte

[1] Case of Z.H. and R.H. v. Switzerland, Application no. 60119/12, judgment (final) 8 December 2015. Migrationsverkets redovisning av denna dom i sin rapport *Är du gift? Utredning av handläggning av barn som är gifta när de söker skydd i Sverige* sker enligt min mening på ett alltför ensidigt och därmed missvisande sätt. Se Rapport, daterad 2016-03-29, s. 3.

lagenligt registrerat i Iran (= vigsellandet) och gällde därför inte där. Det var inte heller giltigt enligt afgansk lag (medborgarlandet) vars minimiålder för äktenskap är 15 år. Den schweiziska internationella privaträttens krav för erkännande av ett i utlandet ingånget äktenskap var därmed inte uppfyllda. Det påstådda äktenskapet bedömdes även strida mot grunderna i den schweiziska rättsordningen (*ordre public)*, eftersom sexuellt umgänge med en person under 16 år är kriminaliserat i Schweiz.

I väsentliga delar handlar målet om huruvida Schweiz hade brutit mot parets rätt till familjeliv enligt Europakonventionens artikel 8. Brottet skulle bestå i de schweiziska myndigheternas *initiala* vägran att betrakta paret som gifta makar och familj, med rätten att inte bli separerade. Den påtvingade separationen uppgavs ha påverkat särskilt den unga kvinnans hälsa mycket negativt. När kvinnan hade fyllt 17 år godtogs parets ansökan om att deras äktenskap skulle erkännas i Schweiz och båda fick asyl där. (Paret ville dock inte återkalla målet vid Europadomstolen, eftersom de ansåg att Schweiz inte hade erkänt eller kompenserat dem för vad de tidigare hade utsatts för.)

Europadomstolen ”friade” Schweiz från anklagelserna. Konventionens artikel 8 kunde inte tolkas förplikta en fördragsslutande stat till att erkänna ett äktenskap som hade ingåtts av en 14-åring. En sådan skyldighet kunde inte heller härledas från konventionens artikel 12 som fastställer att ”giftasvuxna män och kvinnor har rätt att ingå äktenskap och bilda familj i enlighet med de nationella lagar som reglerar utövandet av denna rättighet”. Ett barnäktenskap aktualiserar svåra moraliska avväganden av hänsyn till barns rätt att växa upp i trygga familjemiljöer, påpekade domstolen. Europadomstolen betonade att de ansvariga, nationella myndigheterna är bäst lämpade att bedöma det egna samhällets behov på det aktuella området.[2]

Samtidigt utesluter Europadomstolen inte att rätten till familjeliv enligt artikel 8 skulle kunna uppkomma även i ett fall som detta.[3] Men i och med att mannen återvände till Schweiz bara tre dagar efter utvisningen utan att utvisas på nytt, tilläts han *de facto* att vistas i landet. Paret hade vidare kunnat välja att återförenas i Italien. De schweiziska myndigheterna ansågs ha gjort en god avvägning mellan parets intresse av att stanna tillsammans i Schweiz under utredningen av asylskälen *och* statens intresse av en kontrollerad invandring.

[2] Domen, stycke 44.
[3] Domen, stycke 45.

1.2 Asylsökande gifta barn i Sverige

Den typ av problematik som skymtar bakom målet vid Europadomstolen är påfallande aktuell i Sverige. Under år 2015 – som populärt kallas för året för den europeiska flyktingkrisen – tog Sverige emot drygt 160 000 asylsökande personer. Många av dem var barn som kom tillsammans med sina föräldrar eller som s.k. ensamkommande barn utan ställföreträdare.[4] Barn har fortsatt att komma till Sverige också senare, ensamma eller tillsammans med familjemedlemmar.[5] Även om det i regel saknas dokumenterade uppgifter från ursprungslandet om barnets ålder och familjestatus, uppges många av barnen ha varit gifta vid ankomsten till Sverige och till och med ha egna barn.[6] I en utredning genomförd år 2016 av Migrationsverket identifierades sammanlagt 132 gifta barn i 80 kommuner.[7] Av de gifta barnen var 129 flickor och tre pojkar. I nästan hälften av dessa fall hade barnet placerats med sin make.[8]

Mig veterligen har inget av de barn som socialtjänsten valt att placera separat från maken stämt svenska myndigheter för att inte respektera deras äktenskap eller deras rätt till gemensamt familjeliv. Jag vet inte heller om det har förekommit fall där den vuxne maken utvisats från Sverige medan ”barnmaken” har fått stanna. Däremot har Barnombudsmannen (BO),[9] vissa dagtidningar[10] och politiker funnit anledning att högljutt protestera mot att vissa av landets kommuner har placerat minderåriga flickor hos sina makar i flyktingboenden. Makarna har alltså inte placerats i separata boenden utan tilldelats samma lägenhet eller rum. Därigenom påstods flickorna bli fortsatt utsatta för männens våld, som om de vore vuxna mäns ägodelar och utan de rättigheter som tillkommer andra barn i Sverige. Enligt kriti-

[4] Om definitioner på ensamkommande barn, se *Handbok om socialnämndens ansvar och uppgifter, Ensamkommande barn och unga*, Socialstyrelsen 2016, s. 9.

[5] *Upsala Nya Tidning 17-06-30,* ”Ensamkommande flickor och yngre ökar”.

[6] Uppgiften grundar sig i regel på de muntliga ansökningssamtalen med de asylsökande i Sverige.

[7] Migrationsverket, *Är du gift? Utredning av handläggning av barn som är gifta när de söker skydd i Sverige*. Rapport, daterad 2016-03-29. Enligt BO är dessa siffror troligtvis mycket i underkant i förhållande till det verkliga antalet. BO:s skrivelse av den 8 juli 2016, ställd till justitieministern Morgan Johansson, Dnr 3.5.1:0494/16.

[8] Migrationsverket, Rapport, (ibid.), *Är du gift? Utredning av handläggning av barn som är gifta när de söker skydd i Sverige*.

[9] BO:s skrivelse av den 8 juli 2016, (ibid.).

[10] Särskilt dagstidningen *Dagens Nyheter.* har sett det angeläget att upprepade gånger dra uppmärksamhet till gifta barns utsatthet i Sverige.

kerna skickar handläggningen märkliga signaler om det svenska samhällets värdegrund. Lagen måste skärpas så att inga barnäktenskap kommer att erkännas i Sverige, anser de. Att äktenskapet ingicks lagenligt i utlandet vid en tidpunkt då parterna inte kände till svensk lag ska inte utgöra något undantag.

Regeringens linje var initialt avvaktande med hänvisning till problematikens komplexitet. Barn- och jämställdhetsministern Åsa Regnér försvarade de fattade placeringsbesluten med att omständigheterna kunde variera mycket. När paret hade barn tillsammans placerades de oftast tillsammans, enligt henne.[11] Enligt andra källor har i flertalet kommuner endast gifta barn under 15 år skilts från maken.[12] När kritikerna inte gav sig vika fann Regnér anledning att tillsätta en utredning avseende ”Starkare skydd mot barnäktenskap, tvångsäktenskap och brott med hedersmotiv” (Dir. 2017:25). Vad gäller regleringen av barnäktenskap ska utredaren ”oavsett ställningstagande i sak, lämna förslag till författningsändringar som innebär att utländska barnäktenskap inte ska erkännas om någon av parterna var under 18 år när någon av dem kom till Sverige”. Det resultat som utredningen ska utmynna i är alltså bestämt i förväg, helt i enlighet med kritikernas krav. Förslaget ska presenteras redan i början av december 2017.

1.3 Vad ska utredas och varför?

I utredarens uppdrag ingår att

> ”säkerställa att de förslag som lämnas är förenliga med Europakonventionen och om förslagen har betydelse för något av Sveriges internationella åtaganden om mänskliga rättigheter ska konsekvenserna i detta avseende anges. Även andra internationella åtaganden av relevans för frågor som omfattas av uppdraget ska beaktas. Utredaren ska genomgående ha ett jämställdhetsperspektiv i den analys som görs. Utredaren ska också ha ett barnrättsperspektiv, där barns och ungas egna åsikter och erfarenheter beaktas.”[13]

[11] Se *Dagens Nyheter. 2017-02-18,* ”Ny utredning för att stoppa barnäktenskap”.
[12] BO:s skrivelse av den 8 juli 2016, (ibid.). Femtonårsgränsen i sammanhanget förklaras av att sexuella relationer med en person under 15 år är straffbelagda i Sverige.
[13] *Kommittédirektiv* Dir. 2017:25, ”Starkare skydd mot barnäktenskap, tvångsäktenskap och brott med hedersmotiv”, s. 15–16.

Bland de ”andra internationella åtaganden” som enligt direktiven (citatet ovan) ska beaktas ingår rimligen även förenligheten med en välavvägd internationellt privaträttslig lagreglering. En sådan reglering har till syfte att i en anda av internationellt samförstånd och i internationell samverkan värna om individens rättigheter i landgränsöverskridande situationer. Den internationella privaträtten vilar på idén om rättsordningarnas likvärdighet och att varje internationell situation ska bedömas enligt den närmaste anknytningens lag. Det har funnits en bred internationell samsyn om att ett i vigsellandet lagenligt ingånget äktenskap erkänns av andra stater.[14] Undantag får göras för fall när äktenskapets erkännande skulle strida mot grunderna i den egna rättsordningen, s.k. ordre public. Enligt etablerat synsätt görs en ordre public-bedömning aldrig kategoriskt utan den sker med beaktande av resultatet i det enskilda fallet och med hänsyn till den egna statens intresse av att ”reagera”. Ett äktenskap som vägras erkännande blir ett s.k. haltande äktenskap. Paret betraktas då som ogift i ett land men gift i ett annat.[15] Den medföljande juridiska osäkerheten är sällan i parets eget intresse och frågor om äktenskaps giltighet kan fortsätta att uppkomma i decennier. Av denna anledning är det inte ovanligt att den internationellt privaträttsliga regleringen erbjuder olika grunder för att kunna trygga ett äktenskaps formella giltighet, enligt principen *in favorem validatis*.[16]

En viktig fråga att ställa är hur ett vägrat erkännande av äktenskapet påverkar barnets möjligheter att få stanna i Sverige. Blir det en särskild grund för barnet att få stanna i Sverige, ifall äktenskapet är giltigt i barnets ursprungsland?

[14] Haagkonventionen om ingående av äktenskap och erkännande av äktenskaps giltighet, ingången i Haag den 14 mars 1978, vilar på denna princip (artikel 9). Om huvudprinciperna i konventionen och hur konventionen förhåller sig till svensk och nordisk rätt (bl.a. till barnäktenskap), se Maarit Jänterä-Jareborg, ”Combatting child marriages and forced marriages – the prospects of the Hague Marriage Convention in the Scandinavian 'multicultural' societies”, utgiven i: *Intercontinental Cooperation through Private International Law, Essays in Memory of Peter E. Nygh*, T.M.C. Asser Instituut 2007, s. 163–175.

[15] Särskilt inom den privata sfären handlar problematiken om haltande äktenskap inte bara om rättsordningars olika krav. Vissa religiösa traditioner eller andra kutymer kan också behöva beaktas av parterna för att äktenskapet erkänns av deras religion, trossamfund eller etnisk grupp (e.dyl.).

[16] Det gäller även i Sverige, se lagen (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap (IÄL), 1 kap. 7 § 2 st.

1.4 Fallgropar

Jag ser stora risker med att regeringen i sin iver att skydda gifta asylsökande barn i stället ökar de berörda barnens utsatthet. Grupptillhörigheten ”barn”, definierad utifrån en ålder under 18 år, riskerar att ges företräde framför beaktandet av det individuella barnets bästa och egen vilja. Den kultur där barnet har vuxit upp körs över, utan utrymme att beakta omständigheterna i det enskilda fallet. Jag ser en risk för brott mot både Europakonventionen och barnkonventionen. Direktiven föregicks av en populistisk debatt som enligt min mening har präglats av förutfattade meningar och saknat en för sammanhanget nödvändig helhetssyn.[17]

Jag kommer att utveckla min egen kritik nedan, från och med avsnitt 3. Först vill jag ge en kort blick bakåt angående hur barnäktenskap har bemötts av det svenska rättssystemet.

2 SVERIGE – EN TILLBAKABLICK

2.1 Synen på barnäktenskap fram till millenieskiftet

Sverige såg länge liberalt på äktenskap ingångna av barn, i vart fall om barnet var utländsk medborgare. Barn som var utländska medborgare kunde relativt fritt och utan krav på ”dispens” gifta sig i Sverige, enligt huvudregeln i den styrande internationellt privaträttsliga regleringen i lagen (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap (nedan *IÄL*). Förutsättningen var att äktenskapet var tillåtet enligt lagen i barnets medborgarskapsstat. Enligt det (sedan början av 1900-talet) rådande synsättet hade individen sin närmaste anknytning till det land där hon var medborgare. Principen kallas för den internationellt privaträttsliga *nationalitetsprincipen*. Vid 1973 års reform av giftermålsbalken (numera: äktenskapsbalken, nedan ÄktB) skrevs visserligen några begränsningar in i IÄL vad gäller hindersprövning enligt utländsk rätt. Den som var

[17] Ett försök att allsidigt utifrån lagstiftarens perspektiv identifiera och balansera mellan de olika intressen som ett barnäktenskap aktualiserar görs av Göran Lambertz i uppsatsen ”Child Marriages and the Law – With Special Reference to Swedish Developments”, utgiven i: *The Child's Interests in Conflict, The Intersections between Society, Family, Faith and Culture*, M. Jänterä-Jareborg (red.), Intersentia 2016, s. 85–110. Lambertz var utredaren för det förra uppdraget inom området. Uppdraget resulterade i betänkandet *Stärkt skydd mot tvångsäktenskap och barnäktenskap, SOU 2012:35*. Förslagen i betänkandet låg i huvudsak till grund för 2014 års lagreform.

under femton år fick sålunda inte ingå äktenskap i Sverige utan tillstånd av länsstyrelsen. Femtonårsgräns som den dispensfria äktenskapsåldern motiverades med att äktenskapsåldern för i synnerhet kvinnor var mycket låg i många länder. Denna gräns hade dessutom övervägts (om än inte antagits) vid utarbetandet av den år 1962 antagna FN-konventionen om samtycke till, minimiålder samt registrering av äktenskap. Vad gällde äktenskap ingångna av ett mycket ungt barn i utlandet gav ordre public-bestämmelsen i IÄL en allmänt tillämplig rättslig grund för att vägra erkännande, i händelse av en uppenbar konflikt med grunderna för den svenska rättsordningen.

Den första motionen i syfte att motverka barnäktenskap och att öka i Sverige bosatta utländska barns rättsskydd väcktes i riksdagen år 1980.[18] Vid den tidpunkten uppskattades det finnas drygt 200 gifta barn bosatta i Sverige varav flertalet var flickor med utländskt medborgarskap.[19] Trots en bred enighet om att skärpningar i IÄL var motiverade genomfördes en sådan lagreform först år 2004.[20] Under tiden fann FN:s barnkommitté och FN:s kommitté för mänskliga rättigheter anledning att kritisera Sverige för olikbehandling av barn utifrån barns medborgarskap.

2.2 Stärkt skydd mot barnäktenskap – 2004 års lagreform

I början av 2000-talet lyftes den hedersrelaterade problematiken inom familjen och nära relationer till den politiska dagordningen. Ändringarna i 2004 års reform av IÄL avsåg i första hand att minska utlandsfödda, men i Sverige bosatta barns utsatthet för alla former av äktenskapstvång. Nationalitetsprincipen övergavs som grundval för bestämmande av tillämplig lag. Hindersprövning inför ett äktenskap i Sverige skulle i stället alltid grundas på svensk lag, dvs. bestämmelserna i ÄktB. Kraven enligt ÄktB för minderårigas möjlighet att få

[18] Se Motion 1979/80:155 och LU 1980/81:2, rskr. 141, som beskrivs i slutbetänkandet av Familjelagssakkunniga, *Internationella Familjerättsfrågor, SOU 1987: 18*, s. 180–181. Antalet utländska medborgare i Sverige steg snabbt från och med 1950-talet i och med arbetskraftsinvandring till landet, som en följd av flyktingmigration och familjeåterföreningsfall.

[19] Om statistiken, se Justitiedepartementets promemoria *Svenska och utländska äktenskap, Ds 2002:54*, s. 50–51. Se även statistiken om gifta kvinnor i åldrarna 14–19 år i *SOU 1987:18*, s. 352 (bilaga).

[20] Om skälen för dröjsmålen, se Maarit Jänterä-Jareborg, ”Barn och tvångsäktenskap i Sverige – finns det utrymme för olika kulturer och tolerans?” Utgiven i: *Rett og toleranse, Festskrift til Helge Johan Thue 70 år*, 2007, s. 314.

äktenskapsdispens skärptes. Möjligheter att kringgå svensk lag togs bort. Ett i utlandet i strid mot svensk lag ingånget äktenskap frånsades all verkan i Sverige om *minst en av parterna vid äktenskapets ingående var svensk medborgare eller hade hemvist i Sverige*.[21] Ett i utlandet med tvång ingånget äktenskap skulle alltid vara ogiltigt i Sverige.[22] Den sistnämnda vägransgrunden innebar att en grundläggande svensk värdering om tvångsfria äktenskap upphöjdes till ett slags ”internationellt tvingande regel”. Det innebär att någon annan ordning inte kan godtas av svensk myndighet, oavsett hur rättsläget ser ut i det land där äktenskapet ingicks.

Ett äktenskap som betraktades som ogiltigt enligt IÄL kunde inte medföra några rättsverkningar, såsom en rätt till familjeåterförening i Sverige eller för ett äktenskap typiska civilrättsliga verkningar. Lagstiftaren vågade dock inte ta steget ut fullt. Vid *särskilda skäl* skulle äktenskapet ändå kunna erkännas, när de negativa konsekvenserna (av vägrat erkännande) bedömdes bli alltför långtgående för parterna och deras barn.[23] Förutsättningen var dock att äktenskapet var giltigt ingånget i utlandet.

Denna i lagen öppnade möjlighet till ”validering” av äktenskapet kom direkt att åberopas i ett antal fall där äktenskapet hade ingåtts innan kvinnan hade fyllt 18 år, i första hand i folkbokföringssammanhang. Skatteverket vägrade dock konsekvent att folkbokföra sådana par som gifta. Besluten grundades på förarbetsuttalanden enligt vilka en senare inträffad myndighetsålder inte avses bota den ursprungliga bristen.[24] I annat fall skulle kraven inte ha någon effekt. Denna praxis fastställdes av Högsta förvaltningsdomstolen i prejudikatet *HFD 2012 ref. 17*. Flickans graviditet och att äktenskapet (i Palestina) hade ingåtts endast 10 dagar före hennes 18-årsdag medförde enligt domstolen inte sådana särskilda skäl att äktenskapet ändå ska erkännas i Sverige.

Med undantag för tvångsäktenskap omfattades äktenskap som vara ingångna i utlandet vid en tidpunkt då parterna inte hade anknytning till Sverige (medborgarskap eller hemvist) inte av de införda restriktionerna. I sådana fall hade parterna nämligen ingen anledning att beakta de svenska kraven. Den intagna linjen är fören-

[21] Se IÄL 1 kap. 8 a § 1 1 st. punkten 1.
[22] Se IÄL 1 kap. 8 a § 1 1 st. punkten 2.
[23] Se prop. 2003/04:48, s. 53–54. Det aktuella lagrummet är IÄL 1 kap. 8 a § 2 st.
[24] Se prop. 2003/04:48, s. 32.

lig med den globalt etablerade internationellt privaträttsliga regeln. Ett äktenskap behåller alltså enligt en allmän huvudregel sin giltighet om det är formellt giltigt ingånget i vigsellandet. IÄL föreskriver även att äktenskapet är giltigt till formen också när det är giltigt i den eller de stater där makarna var medborgare eller hade hemvist.[25] Undantagsvis får dock erkännandet vägras av hänsyn till ordre public, om det skulle vara uppenbart oförenligt med grunderna för den svenska rättsordningen. Tillämpningen har varit restriktiv. I målet *MIG 2012:4* ansåg sålunda Migrationsöverdomstolen att ett äktenskap, lagligt ingånget i Irak när en av parterna var 15 år, inte omfattades av ordre public-förbehållet i IÄL. Vid tidpunkten för äktenskapet hade makarna saknat anknytning till något annat land och förekomsten av tvång hade inte gjorts sannolik. När däremot den ena parten varit 14 år finns det fall där förvaltningsdomstolar har underkänt äktenskapet, med hänvisning till ordre public.[26]

2.3 Ytterligare skydd mot barnäktenskap – 2014 års lagreform

Ytterligare lagbud efterlystes för att mer effektivt kunna motverka barnäktenskap och kom att genomföras vid 2014 års reform av ÄktB och IÄL.[27] Borttagandet av möjligheten till äktenskapsdispens enligt ÄktB för den som är under 18 år kan betraktas som den viktigaste ändringen. Lagändringarna i övrigt framstår mest som symboliska från en civilrättslig synpunkt, avsedda att ännu starkare signalera det svenska rättssystemets ogillande av barnäktenskap och tvångsäktenskap. Kravet på ”särskilda skäl” för att undantagsvis kunna erkänna ett utländskt äktenskap, ingånget i strid mot svensk lag, byttes mot det avsett mer krävande rekvisitet ”synnerliga skäl”. Tolkningen i rättspraxis var dock sträng redan före ändringen. Grunderna för att vägra erkännande enligt IÄL utvidgades till att omfatta s.k. ombudsäktenskap (fullmaktsäktenskap). Uttrycket står för äktenskap där inte

[25] Se IÄL 1 kap. 7 § 2 st. Beskrivningen av hur gällande svensk internationell privaträtt ser på giltigheten av i utlandet ingångna äktenskap i Socialstyrelsens *Handbok om socialnämndens ansvar och uppgifter, Ensamkommande barn och unga (ibid.,* s. 25), är inte helt tydlig i denna del. Ett äktenskap som har ingåtts *under resan till Sverige* kan väl uppfylla kriterierna för giltighet enligt IÄL 1 kap. 7 § 1 eller 2 st.

[26] Se *SOU 2012:35*, s. 229 med hänvisningar.

[27] Angående 2014 års lagreform, se Mosa Sayed, ”Tvångsäktenskap och barnäktenskap – en analys av det svenska rättsläget”, *Svensk Juristtidning 2015*, s. 479–495.

båda parterna personligen närvarar vigselceremonin. Denna form av vigsel praktiseras fullt lagenligt världen över. Den nya regeln begränsades därför till fall där åtminstone den ena maken vid vigseln var svensk medborgare eller hade hemvist i Sverige.[28] När den anknytningen är uppfylld kan regeln fylla en handlingsdirigerande funktion.[29]

I 2014 års reform ingick även att villkoren skärptes för Kammarkollegiets tillstånd för trossamfund att få förrätta juridiskt giltiga vigslar.[30] Vidare infördes specifika straffbestämmelser angående äktenskapstvång och vilseledande till tvångsäktenskapsresa.[31] Båda brotten omfattar s.k. informella äktenskap. Dessa definieras som äktenskapsliknande förbindelser som i praktiken upplevs lika bindande eller förpliktande som ett rättsligt giltigt äktenskap.

3 KRITISK ANALYS AV DEN EFTERFRÅGADE REFORMEN

3.1 Nya kriterier för ett svenskt lagstiftningsintresse

Den del av utredarens uppdrag som intresserar mig särskilt är följande:

> ”oavsett ställningstagande i sak, lämna förslag till författningsändringar som innebär att utländska barnäktenskap inte ska erkännas om någon av parterna var under 18 år när någon av dem kom till Sverige.”[32]

Den relevanta tidpunkten för minderårighet hänförs inte till tidpunkten för äktenskapets ingående utan till tidpunkten när någon av parterna i barnäktenskapet kom till Sverige. Den relevanta svenska

[28] IÄL 1 kap. 8 a § 1 st. punkten 3.

[29] Om de olika funktioner som familjerättsliga regler tjänar i det svenska rättssystemet, se Anna Singer, ”Familjerätten – en kulturyttring”, utgiven i: *Familj, Religion, Rätt. En antologi om kulturella spänningar i familjen – med Sverige och Turkiet som exempel*, A. Singer, M. Jänterä-Jareborg, A. Schlytter (red.), Iustus Förlag 2010, s. 245–247.

[30] Nämnden för statligt stöd för trossamfund (SST) fick regeringens uppdrag att föra en dialog med trossamfunden om hur tvångs- och barnäktenskap kan förhindras och att genomföra en vidareutbildning för vigselförrättare med anledning av lagändringarna. Uppdraget föranledde bl.a. den beaktansvärda skriften *Stärkt skydd mot tvångsäktenskap och barnäktenskap, En vägledning för trossamfund och vigselförrättare*, SST 2014.

[31] Senare har även stämpling till äktenskapstvång kriminaliserats.

[32] Dir. 2017:25, s. 8–9.

anknytningen är inte svenskt medborgarskap eller hemvist i Sverige utan att en part har sökt skydd i Sverige från förföljelse i hemlandet.

Nedan görs en kritisk analys av uppdragets förenlighet med Sveriges internationella åtaganden och med etablerade internationellt privaträttsliga grundsatser.

3.2 Rätten till barndom – vad säger internationella konventioner om äktenskapsåldern?

Direktiven utgår från föreställningen att svensk lagstiftning inte tillräckligt effektivt och tydligt motverkar barnäktenskap.

> ”Omsorgen om alla barns bästa, oavsett härkomst, och den senaste utvecklingen i samhället, med ett ökat antal barn – utan tidigare anknytning till Sverige – som redan har ingått ett äktenskap när de kommer hit, medför att det är nödvändigt att säkerställa att lagstiftningen är tydlig i denna fråga.”[33]

Barnäktenskap i Sverige noteras inte ha minskat utan – tvärtom – ökat något, ”bl.a. som en följd av det stora antalet asylsökande”.[34] Till synes är det fråga om att värna om alla barns bästa och att behandla alla barn i Sverige lika. ”Barn ska vara barn, få gå i skolan och leva i frihet från vuxenlivets ansvar.”[35] Barnäktenskap framställs som en form av hedersrelaterat våld och förtryck mot vilket samhället ska markera med kraft.[36] Inledningsvis finns det anledning att kontrastera dessa utgångspunkter med Sveriges internationella åtaganden.

3.2.1 Barnkonventionen

Barnkonventionen är den givna första referensramen. Det går inte att bortse från att något uttryckligt skydd mot barnäktenskap inte finns i konventionen. Dess inledande artikel 1 tvärtom nyanserar definitionen av barn som varje människa under 18 år, *utom när barnet blir myndigt tidigare enligt den lag som gäller för barnet.* Syftningen på den lag som gäller för barnet avser barnets personalstatut. Enligt etablerad internationellt privaträttslig praxis sammanfaller den med lagen i bar-

[33] Dir 2017:25, s. 8.
[34] Dir. 2017:25, s. 5.
[35] Dir. 2017:25, s. 4.
[36] Dir. 2017:25, s. 4.

nets hemland, i bemärkelsen medborgarlandet eller hemvistlandet. Ett lagenligt ingånget äktenskap medför i många länder att barnet i och med äktenskapet blir myndigt utan vårdnadshavare. Att då ”degradera” den därmed myndiga personen till ett barn, när barnet vid den relevanta tidpunkten saknade anknytning till Sverige men senare kommer till Sverige, är inte förenligt med konventionens artikel 1. Det går under alla omständigheter inte att hävda att barnkonventionen *förpliktar* Sverige att frånta en gift minderårig person dennes myndighet. FN:s barnkommittés rekommendation om 18 år avser i första hand att verka preventivt. Den är även en uppmaning till staterna att befästa denna åldersgräns i sin lagstiftning och praxis som en minimiålder för äktenskap som får ingås inom staten.[37]

3.2.2 FN:s andra konventioner

Den tillåtna äktenskapsåldern har medvetet inte preciserats i konventioner antagna inom ramen för FN för att öppna för en så bred anslutning som möjligt. FN:s allmänna deklaration om de mänskliga rättigheterna (1948) gjorde visserligen en viktig markering när rätten att ingå äktenskap begränsades till ”fullvuxna män och kvinnor” (artikel 16). Staterna kunde dock inte enas om någon viss minimiålder, vilket blev tydligt vid antagandet av 1962 års konvention om samtycke till, minimiålder för samt registrering av äktenskap. I stället skulle varje konventionsstat i egen lag stadga om den tillåtna minimiåldern (artikel 2). Sverige ratificerade konventionen år 1964. Den år 1966 antagna konventionen om de medborgerliga och politiska rättigheter talar om ”giftasvuxna mäns och kvinnors” rätt att ingå äktenskap (artikel 23, stycke 2).[38] De valda uttrycken skapar utrymme för en flexibilitet. En lägsta tillåtna gräns tycks gå vid uppnådd pubertet.

Det skulle kunna vara möjligt att hävda att *FN:s konvention om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor* från år 1979 går längre.[39] Sverige ratificerade konventionen år 1981. Enligt den ska barns trolovning och giftermål ”inte ha någon rättslig verkan” (artikel 16 stycke 2). Begreppet ”barn” definieras dock inte. Bestämmelsens fortsatta lydelse för den närmare de övriga konventionernas, genom att ange att ”alla nödvändiga åtgärder, inklusive lagstiftning, ska vid-

[37] Se UNICEF:s *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, Fully revised 3rd edition*, med hänvisning till General Comment No. 4, 2003, av FN:s barnkommitté.

[38] Sverige ratificerade konventionen år 1971.

[39] Konventionen kallas ofta för FN:s kvinnokonvention.

tas för att fastställa en minimiålder för äktenskap och för att göra officiell registrering av äktenskap obligatorisk". I första hand är det fråga om en förpliktelse för varje fördragsslutande stat att förhindra och motverka att barnäktenskap ingås inom dess territorium.

3.2.3 Europakonventionen

Det är att notera att även Europakonventionen (artikel 12) nöjer sig med att avgränsa rätten till att ingå äktenskap till "giftasvuxna män och kvinnor". Uttryckets närmare innebörd har lämnats till varje fördragsslutande stat att själv bestämma. Det gäller även när äktenskapet har ingåtts i utlandet, vilket Europadomstolen gjorde klart i det inledningsvis i denna uppsats beskrivna målet *Z.H. och R.H. mot Schweiz.* Det ställningstagandet synes ge ett viktigt stöd för den nu initierade lagreformen i Sverige. Det finns därför anledning att granska målet och Europadomstolens dom något närmare.

3.3 Närmare om målet Z.H. och R.H. mot Schweiz

3.3.1 Uppgradering till ett juridiskt giltigt äktenskap

Såsom redan har nämnts vägrade de schweiziska myndigheterna inledningsvis att erkänna äktenskapet mellan Z.H. och R.H., eftersom äktenskapet inte uppfyllde kraven för erkännande enligt den schweiziska internationella privaträtten och dessutom stred mot landets ordre public. Denna bedömning låg enligt Europadomstolen helt inom landets konventionsenliga handlingsutrymme. Äktenskapet erkändes dock senare av de schweiziska myndigheterna när den kvinnliga parten hade fyllt 17 år. Detta inte minst från en internationellt privaträttslig synpunkt märkliga beslut[40] – som Schweiz på inget sätt var skyldigt att ta – kommenteras utförligt och enligt min mening träffande av domaren George Nicolaou i dennes i övrigt med majoriteten samstämmiga bedömning. Nicolaous synpunkter återges och kommenteras nedan kortfattat av mig.

Nicolaou lyfter fram det absurda i att ett påstått äktenskap, ingånget kutymenligt i en religiös ordning i närvaro av familjemed-

[40] Det kan jämföras med IÄL 1 kap. 8 a § 1 st. punkten 1 enligt vilken barnets senare myndighet inte läker den ursprungliga bristen (att äktenskapet ingicks av ett barn), utom vid synnerliga skäl. Äktenskapet måste då ändå ha giltigt ingåtts i utlandet. Enligt 1978 års Haagkonvention om ingående av äktenskap och erkännande av äktenskaps giltighet, förutsätter en senare validering av äktenskapet att den sker i *vigsellandet* (artikel 9).

lemmar men som inte hade visats uppfylla de lagenliga kraven enligt något av de berörda rättssystemen (Iran, Afghanistan, Schweiz), uppgraderades genom erkännandet till ett juridiskt giltigt äktenskap. Konstruktionen förefaller unik. Det handlade nämligen inte om ett ogiltigt äktenskap som senare skulle kunna validiseras, utan om att det överhuvudtaget inte fanns något lagenligt äktenskap![41]

3.3.2 Får ett gift barn separeras från sin make?

Det påstådda brottet mot Europakonventionen bestod av att paret hade separerats från varandra genom att maken utvisades till Italien. Schweiz ansågs dock av Europadomstolen inte ha kränkt parets rätt till familjeliv. Domstolens bedömning synes även i denna del ”legitimera” den nu initierade svenska lagändringen. Vid närmare betraktelse är läget dock mer komplicerat. Som framgått fäste domstolen vikt vid att makens utvisning till Italien varat i bara tre dagar, varefter hans vistelse (och parets umgänge) de facto hade tolererats av de schweiziska myndigheterna. Den faktiska separationen blev alltså mycket kortvarig. Återigen är det domaren Nicolaou som väljer att diskutera bedömningen.

Nicolaou uttrycker en besvikelse över att de schweiziska myndigheterna inte försökte tolka rätten till familjeliv som *ett autonomt begrepp* enligt Europakonventionen, frikopplat från den nationella rätten. Enligt hans mening hade familjeliv i konventionens mening uppstått mellan paret. De schweiziska myndigheternas bedömning styrdes i första hand av förbudet mot sexuellt umgänge med en person under 16 år. Familjeliv kan emellertid förekomma även i ett icke-legitimt förhållande, påpekar Nicolaou. Dokumentationen genom läkarintyg i målet visade att den unga kvinnan var mycket fäst vid sin make och mycket ängslig inför en eventuell ny utvisning. Det unga paret hade vidare betraktats som ett ”par” av myndigheter när de hänvisades att bo i samma rum. Inget åtal hade heller väckts mot maken om sexuellt umgänge med en minderårig.

[41] Sådana ”äktenskap” (ingångna exempelvis enligt romska eller religiösa kutymer) kommenteras i det klassiska engelska verket *Cheshire and North's Private International Law* enligt följande. ”Indeed such a marriage is regarded not so much as a void marriage but as no marriage at all.” Se P.P. North & J.J. Fawsett, *Cheshire and North's Private International Law,* 13th Edition, Oxford University Press 2004, s. 707.

3.3.3 Relevansen för den initierade svenska reformen

Nicolaous förtydligande förtjänar att tas på allvar vid den svenska reformen. Den förgicks ju av en stor indignation över att en del svenska kommuner placerar gifta barn tillsammans med maken. Såsom Åsa Regnér först påpekade skedde en gemensam placering ofta av hänsyn till att paret redan hade barn tillsammans. Ett par med barn tillsammans bör väl oftast kvalificera sig för fortsatt skydd för sitt familjeliv. Oavsett om Sverige är skyldigt eller inte att erkänna äktenskapet som ett *äktenskap,* kan Sverige bli skyldigt att respektera ett uppkommet familjeliv. De av kritikerna efterlysta tvångsseparationerna riskerar därmed att bli ett brott mot Europakonventionen.

3.4 Internationellt privaträttsliga grundsatser

3.4.1 Att erkänna utom när svensk lag har kringgåtts

Enligt en allmän internationellt privaträttslig grundsats ska ett lagenligt i vigsellandet ingånget äktenskap erkännas av övriga stater. Den gällande regleringen i IÄL bejakar detta synsätt.[42] Det innebär en acceptans av att äktenskapet kan ha ingåtts under andra villkor än vad som gäller enligt ÄktB, utom vid en uppenbar konflikt med grunderna i den svenska rättsordningen (7 kap. 4 § IÄL). Huruvida villkoren för *ordre public* är uppfyllda ska göras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet, med beaktande av resultatet och situationens anknytning till Sverige. Tillämpningen är av hävd restriktiv, såsom framgick av Migrationsöverdomstolens tidigare nämnda bedömning i målet *MIG 2012:4*.[43]

En bärande tanke vid 2004 och 2014 års reformer av IÄL var att respektera etablerade internationellt privaträttsliga grundsatser samtidigt som det ansågs vara viktigt att tydligt ta avstånd från alla försök att kringgå äktenskapsvillkoren enligt svensk lag. Om äktenskapet inte uppfyllde de svenska kraven fastän åtminstone ena parten hade hemvist i Sverige eller var svensk medborgare, blev det automatiskt (*ex lege*) ogiltigt i Sverige (1 kap. 8 a § 1 st. punkten 1). Något behov att aktualisera regeln om *ordre public* för att kunna vägra erkännande

[42] Såsom framgått av avsnitt 2.2 ovan innehåller IÄL ytterligare alternativ för att ett i utlandet ingånget äktenskap ska kunna betraktas som giltigt till formen.
[43] Se ovan, avsnitt 2.2.

fanns därmed inte.[44] Om det var sannolikt att äktenskapet hade ingåtts under tvång skulle det dock alltid vara ogiltigt i Sverige (1 kap. 8 a § 1 st. punkten 2).

Enligt de nya direktiven är utrymmet för att vägra erkänna utländska barnäktenskap alltför begränsat i situationer som saknar anknytning till Sverige.[45] Med andra ord ska framöver fler ”klandervärda” utländska äktenskap kunna ”fångas in”. På samma sätt som förekomsten av äktenskapstvång alltid är ett hinder för erkännande i Sverige ska också barnets minderårighet hindra erkännande. Den relevanta tidpunkten för minderårighet är dock inte äktenskapets ingående utan en senare händelse, nämligen ankomsten till Sverige. Det är en i internationell jämförelse mycket ovanlig lösning, men kan förklaras med att det är först då som det uppkommer ett svenskt intresse att skydda det utomlands gifta barnet. Jag finner den planerade åtstramningen vara betänklig, också internationellt privaträttsligt sett.

Till stöd för en sådan lagändring har dock bland andra BO hävdat att en motsvarande hantering, dvs. att godta ett barnäktenskap, hade varit otänkbar om barnet hade hemvist i Sverige.[46] Argumentet bortser från de faktiska skillnaderna. I de nu kritiserade fallen har det etablerats något utanför det svenska rättssystemets räckvidd och vid en tidpunkt då det saknade ett svenskt rättsintresse. Det enda vi kan göra är att ta ställning till om äktenskapet ska få fortgå.

3.4.2 Ökat antal haltande äktenskap och ökad rättsosäkerhet

En effekt av den planerade reformen är att antalet s.k. haltande äktenskap kommer att öka. Det äktenskap som framöver (enligt direktiven) inte ska erkännas i Sverige kommer att vara fortsatt giltigt i vigsellandet. Därmed ”haltar” äktenskapet. Hur andra länder väljer att se på äktenskapets existens kan vi inte förutse. Den berörda individen påverkas alltid negativt av en haltande civilstatus, vilket är en viktig omständighet att beakta. För en ung kvinna med stark anknytning till

[44] Ett vidsträckt bruk av ordre public-förbehållet har beskrivits som ett sjudomssymptom som tyder på att de grundläggande internationellt privaträttsliga reglerna är övergeneraliserade. Se Lennart Pålsson, *Svensk rättspraxis i internationell familje- och arvsrätt*, Andra upplagan, Norstedts Förlag 2006, s. 49. Genom de skräddarsydda reglerna för situationer med stark svensk anknytning undviks en sådan situation. Enligt min mening kan dessa regler komma i konflikt med rätten till familjeliv (Europakonventionens artikel 8).

[45] Dir. 2017:25, s. 8.

[46] BO:s skrivelse av den 8 juli 2016 (ibid.).

ett annat land med andra värderingar kan en haltande familjestatus medföra betydande framtida svårigheter. Om hon inleder en ny relation, formaliserad eller informell, riskerar hon att betraktas som bigamist, äktenskapsbryterska, sexuellt lösaktig (e.dyl.) och hon kommer inte att gå fri från konsekvenserna i en miljö där ett sådant synsätt gäller. Oavsett i vilken av relationerna hon har fött eller föder barn, riskerar även dessa barn att påverkas menligt. Dels kan faderskapsfrågan bedömas olika, dels är det enligt många kulturer skamligt att få barn utom äktenskap.

Ett särskilt problem med den planerade lagändringen är att äktenskapet automatiskt avses bli utan verkan. Det behövs alltså inte någon svensk dom som fastställer ogiltigheten. Därmed finns det inget för andra länder att förhålla sig till, vilket ökar rättsosäkerheten i landgränsöverskridande situationer. Om äktenskapet vid synnerliga skäl ändå ska kunna erkännas, såsom enligt gällande rätt vid svensk anknytning, ökar rättsosäkerheten ytterligare. Det kan noteras att den svenska typen av informalism i ett så grundläggande sammanhang som en persons civilstatus är ovanlig i en internationell jämförelse. Den svenska modellen är inte invändningsfri ens vid stark svensk anknytning, alltså såsom modellen utformades vid 2004 års reform av IÄL.[47] Någon tidsgräns att göra ogiltigheten gällande finns inte.[48] Modellen borde därför omprövas i de berörda parternas och i det allmännas intresse.

3.5 Mångkulturella bedömningar i socialtjänstens verksamhet

Som disciplin utgår den internationella privaträtten från en tillämpning av den närmaste anknytningens lag. Vad som lagenligt har ägt rum i ett annat land ska vidare enligt huvudregeln respekteras. Numera är det dock inte ovanligt att parternas handlande har grundats på något annat normsystem, såsom en religion eller en kutym. Äktenskapet bakom målet *Z.H. och R.H. mot Schweiz* är ett sådant exempel. Utan ett rättssystems stöd uppfyller ett renodlat religiöst äktenskap inte kraven för erkännande i en annan stat. Frågan upp-

[47] Se Maarit Jänterä-Jareborg, ”The Child in the Intersections between Society, Family, Faith and Culture”, utgiven i: *The Child's Interests in Conflict, The Intersections between Society, Family, Faith and Culture*, M. Jänterä-Jareborg (red.), Intersentia 2016, s. 24.
[48] Se *SOU 2012:35*, s. 231.

kommer hur mycket juridiskt och annat kunnande som kan krävas av socialnämnden inför ett placeringsbeslut. Hur ska socialnämnden kunna skilja renodlat religiösa eller andra informella äktenskap från äktenskap som uppfyller den internationella privaträttens krav för erkännande?

En grundläggande princip är att all offentlig makt ska utövas enligt lagarna. Det följer av EU:s s.k. Bryssel II-förordning att Sverige har jurisdiktion att fatta beslut om placering av en minderårig som befinner sig i en flyktingliknande situation i Sverige.[49] När den minderåriga uppges vara gift och är här med sin make är socialtjänsten skyldig att försöka bedöma parets familjerättsliga status, enligt de tillämpliga reglerna. Här ingår i första hand i Sverige gällande internationellt privaträttsliga regler i IÄL. Migrationsverkets grundliga landinformation borde göra denna bedömning relativt enkel, också med hänsyn till att de gifta asylsökande barnen huvudsakligen härstammar från ett fåtal länder, nämligen Syrien, Afghanistan och Irak.[50] Socialtjänstens skyldigheter sträcker sig givetvis långt utöver detta ställningstagande, vilket bekräftas av det nedan beskrivna beslutet av Justitieombudsmannen (JO).

3.6 JO:s bedömning

I ett beslut från år 2016, föranlett av anmälningar mot Malmö kommun angående handläggningen av ärenden som rör gifta barn, understryker JO att socialnämnden i sådana ärenden har ett mycket långtgående utredningsansvar.[51] I regel bör det innebära en utredning enligt 11 kap. 1 § socialtjänstlagen. Beslutsunderlaget måste vara grundligt nog för att säkerställa att barnets rättigheter inte kränks och för att barnets behov av skydd och stöd ska kunna bedömas. Ett eller två samtal vid ankomsten till Sverige kan inte anses tillräckligt. Barnet måste få anpassad och relevant information om sina rättigheter och möjligheter till skydd i Sverige. Barnets inställning och möjlighet

[49] Rådets förordning (EG) nr 2201/2003 av den 27 november 2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar, artikel 13 st. 2. EU har däremot inte lagstiftat om ingående och erkännande av äktenskap, varför denna fråga bedöms av varje EU-stat enligt egna internationellt privaträttsliga regler.

[50] Migrationsverket, *Är du gift? Utredning av handläggning av barn som är gifta när de söker skydd i Sverige*. Rapport (ibid.), s. 2.

[51] JO:s beslut 2016-06-15, Dnr 394-2016, 476-2016, 692-2016.

att göra ett eget val måste så långt som möjligt klarläggas. Innan placeringsbeslut tas måste barnet ha haft en reell möjlighet att ta ställning till om hon (undantagsvis han) vill bo med sin make.

I sitt beslut påpekar JO att det inte finns något rättsligt stöd för att generellt förbjuda ett barn som har fyllt 15 år att bo tillsammans med en vuxen person som barnet uppger sig vara gift med. Bedömningen grundas inte bara på huvudregeln i IÄL om giltigheten av i utlandet lagenligt ingångna äktenskap. JO noterar även att svensk lag inte hindrar barn som har fyllt 15 år från att ha en relation och till och med att ha ett samboförhållande med en vuxen.

4 KAN EN LAGÄNDRING RENT AV BLI KONTRAPRODUKTIV?

4.1 Vad står på spel – egentligen?

En konsekvens av den planerade lagändringen kan bli att gifta barn kommer att undvika Sverige som destinationsland, att de väntar till myndighetsdagen innan de reser till Sverige eller att de kommer att ljuga om sin ålder. Det har ett intresse att jämföra sådana konsekvenser med åsikter till stöd för lagändringen. Jag börjar därför med att återge ett antal citat från den debatt som föregick direktiven till utredningen.

> ”Tänk dig att du sitter i ett rum som du aldrig har varit i tidigare, i ett land som du nyss kom till, med en myndighetsperson som du aldrig tidigare har mött. Personen frågar dig om du vill bo med den vuxna mannen som du giftes bort med i hemlandet. Du är ett barn och han sitter på stolen bredvid. Vad gör du?”[52]

> ”Signalen som skickas ut till det barn som söker skydd i Sverige är bekräftande av något som kan vara (men inte behöver vara) ett tvångsäktenskap eller ett barnäktenskap och som kanske aldrig har registrerats ens i hemlandet.”[53]

[52] *Dagens Nyheter, Ledare 16-12-12*: ”Förbjud barnäktenskap”.
[53] Migrationsverkets rapport (ibid.), *Är du gift? Utredning av handläggning av barn som är gifta när de söker skydd i Sverige,* s. 14.

> ”Huvudsaken är att insatserna nu blir av, att myndigheterna lär sig av de misstag som har kostat många barn deras frihet och som har fått unga flickor att behandlas som mäns egendom.”[54]

Citaten ovan andas av förutfattade meningar som dessvärre genomsyrar den initierade lagreformen. Mannen utgör en fara för flickan och flickan är rädd för honom. Flickan vill bli befriad från mannen, men hon vågar inte uttrycka sin vilja i hans närhet. Den intervjuande myndighetspersonen ger henne det (falska?) intrycket att hennes äktenskap respekteras här. Betydligt mer sannolikt är att flickans rädsla i första hand grundar sig på en otrygghet i en helt främmande miljö, allt hon varit med om under resans gång och dessförinnan och oron att bli utvisad. Det förefaller synnerligen verklighetsfrämmande att utgå från att en flicka med sannolikt mycket begränsad skolgång bakom sig, som är uppvuxen i en helt annan kultur med helt andra värderingar rörande familjen och kvinnans roll med automatik – som en följd av ett slags inneboende naturlag – delar den ”svenska” uppfattningen om lämplig äktenskapsålder.

Tydligare än kanske någon annan hos oss har Anna Singer lyft fram hur den familjerättsliga regleringen formar och påverkar människors identitet, familjestatus och släktförhållanden. ”Den säger något om vilka vi är och får därigenom särskild betydelse för den enskilde individen”.[55] Hon påpekar att en tillämpning av svenska regler på personer från ett annat land eller en annan kultur kan många gånger uppfattas som felaktig eller irrelevant av berörda parter.[56] JO:s tidigare berörda beslut antyder en liknande klarsyn, väl förankrad i den gällande men kritiserade regleringen i Sverige.

4.2 Är lagändringen trovärdig från ett barnperspektiv?

Åtgärder har nyligen vidtagits i syfte att förbättra socialtjänstens handläggning i ärenden som rör barn som anlänt till Sverige och som uppges vara gifta. I ett uppdrag till Socialstyrelsen ingår även att ta fram och sprida information till barn och deras närstående om gällande lagar och praxis, såsom förbud mot barn- och tvångsäktenskap,

[54] *Dagens Nyheter, Ledare 17-02-18*: ”Sent har statsråden vaknat”.
[55] Anna Singer, ”Familjerätten – en kulturyttring”, utgiven i: *Familj, Religion, Rätt. En antologi om kulturella spänningar i familjen – med Sverige och Turkiet som exempel*, A. Singer, M. Jänterä-Jareborg, A. Schlytter (red.), Iustus Förlag 2010, s. 243.
[56] Singer, ibid., s. 245 f.

socialtjänstens uppdrag och barns rätt till stöd och skydd.[57] Bättre handläggningsrutiner och ökad information i all ära, vad är det mer konkret som de här barnen har att förvänta sig av det svenska samhället?

Hur trovärdigt är budskapet med hänsyn till att Sverige samtidigt tillåter att en minderårig som har fyllt 15 år får vara sambo med en vuxen under äktenskapsliknande förhållanden? En sådan relation faller till och med in under en svensk skyddslag, kallad lagen om sambors gemensamma hem. Lagen medför långtgående rättigheter, såsom rätten att vid separationen få dela den s.k. ”samboegendomen” och vissa rättigheter till en avliden sambos kvarlåtenskap.

Det finns även anledning att fråga sig hur ett vägrat erkännande av äktenskapet kommer att påverka barnets möjligheter att få stanna i Sverige. Blir det en särskild grund för barnet att få stanna i Sverige? En sådan bedömning vore väl rimlig ifall äktenskapet är giltigt i barnets ursprungsland. I det fallet kan man ju inte räkna med att barnets familj eller hemlandets myndigheter är beredda att skydda barnet *mot* äktenskapet. Skyddsbehoven kan betraktas som jämförbara med en situation där en flicka riskerar tvångsäktenskap vid återvändande till hemlandet. Den risken har setts som ett giltigt asylskäl i Sverige.[58]

5 AVSLUTANDE SYNPUNKTER

En analys av Sveriges internationella åtaganden visar att Sverige inte är förhindrat att reservera det rättsliga institutet äktenskap till bara dem som vid äktenskapets ingående hade fyllt 18 år. Det gäller även när äktenskapet har lagenligt ingåtts i utlandet. Sverige är samtidigt skyldigt att respektera att även ett barnäktenskap kan etablera ett skyddsvärt familjeliv. Ett gift barns inställning till sitt äktenskap måste vidare alltid beaktas innan ett placeringsbeslut tas, också av hänsyn till barnkonventionens krav.

Den planerade lagändringen är ett ytterligare steg i en kamp mot allt slags hedersrelaterad problematik inom familjen och nära relationer. I mångt och mycket framstår den dock som ett slags ”läpparnas bekännelse” eller ”fasadvård”. Vad är exempelvis vunnet med en kate-

[57] Dir. 2017:25, s. 5.

[58] Se MIG, UM 4942-16. Migrationsdomstolen beviljade en 16-årig flicka flyktingstatus, uppehållstillstånd och resedokument med hänsyn till att hon riskerade att utsättas för tvångsäktenskap vid återvändande till Somalia.

gorisk vägran att erkänna i utlandet ingångna barnäktenskap om barnets rätt till familjeliv med maken ändå måste respekteras? Det är svårt att värja sig för misstanken att lagreformen avser att ge ett sken av att asylsökande barns behov av skydd tas på allvar av Sverige. Samtidigt står ett stort antal ensamkommande barn, som har hunnit bli myndiga under vistelsen i Sverige, inför en utvisning från landet. Den nya ”barndom” som de fick i Sverige byts mot en helt annan verklighet. Jag lämnar åt läsaren att avgöra vilken situation och bedömning som vore mest angelägen att bli omprövad.

”Barn ska inte vara gifta, *men*”.[59] Detta enkla och samtidigt komplexa uttalande av barn- och jämställdhetsminister Åsa Regnér ger en ovanligt träffande sammanfattning av den i uppsatsen analyserade problematiken.

[59] Åsa Regnér, enligt *Dagens Nyheter, Ledare 17-01-12*: ”I väntan på en ny Fadime”.

”Bara bron emellan oss …” Var finns hemvist i tvister om föräldraansvar i svensk-danska familjer?

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

Annette Kronborg & Hans Viggo Godsk Pedersen

ET DANSK-SVENSK FORÆLDREPAR I FORÆLDRE-MYNDIGHEDSTVIST

1 INDLEDNING

Broen mellem Danmark og Sverige rykker landene tættere på hinanden, og familier dannes på tværs. Danmark og Sverige er fortsat to suveræne nationalstater med hver deres nationale familieret, og derfor er det i det enkelte land nødvendigt at besvare international privat- og procesretlige spørgsmål (IP), før familieretlige tvister kan afgøres. Vores bidrag har fokus på IP mellem de to nabolande – vores og *Anna Singers* hjemland – som er en del af retsgrundlaget for forældres indbyrdes forældremyndighedstvister.

Formålet er at beskrive kompleksiteten i gældende IP med udgangspunkt i en konkret *case*. Vores *case* bygger på to domme, som vedrører et forældrepar, der ifølge sagsfremstillingerne har været igennem flere længere sagsforløb både i Danmark og Sverige.[1] Vi har udelukkende fokus på IP spørgsmålene i dommene, og vi er ikke optaget af, om de afgørelser, der i øvrigt er truffet, er korrekte, herunder den socialfaglige del af dommene. Vores tilgang er at undersøge dommenes IP spørgsmål således, at retsgrundlaget for disse beskrives bredt, ligesom vi giver vores bud på gældende ret i dommene. Dette har som formål

[1] TFA 2013.583 Østre Landsret afsagt 6. maj 2013 og Göta Hovrätt, Mål nr. HovR Ö 757-12 afsagt den 25. maj 2012.

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

at beskrive gældende ret men i særdeleshed at vise retsgrundlagets kompleksitet frem.

De konkrete omstændigheder er således, at forældrene gifter sig, mens de venter barn. Manden er dansk, Joachim, og hustruen er svensk, Erika. De bor i hvert deres land, men planen er, at Erika skal flytte til Danmark og bo hos Joachim på en gård, hvor der også bor andre. Efter at Erika har afviklet sin frisørsalon i Sverige, flytter hun og det lille spædbarn, Malte, ind hos Joachim. Erika medbringer nogle af sine møbler men beholder sin folkeregisteradresse i Sverige hos sine forældre, hvor hun er dækket af bedre sociale sikringsordninger, end hun ville være i Danmark. Malte fortsætter i det svenske social- og sundhedssystem, hvor han også får sine vaccinationer. Efter ½ år bryder familien sammen, og Erika tager hjem til Sverige. Hun kontakter de svenske myndigheder for at få sin svenske familie til at aflaste hende med pasning af Malte. Joachim overtaler Erika til at komme hjem til ham sammen med sønnen, og mens hun er hos Joachim, tager Joachim Malte med sig bort fra hjemmet uden at fortælle Erika om dette. Erika rejser en børnebortførelsessag ved byretten i Danmark. Samtidigt hermed anlægger hun en skilsmisse- og forældremyndighedssag i Sverige, og den svenske domstol tildeler Erika midlertidig forældremyndighed over Malte. Samtidig hermed tager hun ophold på et dansk kvindekrisecenter og afventer at få Malte tilbage, før hun tager tilbage til Sverige. I mellemtiden har de danske sociale myndigheder på foranledning af de øvrige beboere på gården i Danmark gennemført undersøgelser af Maltes forhold og fjernet Malte fra Joachim uden hans samtykke og anbragt Malte hos en plejefamilie, hvor Joachim og Erika har samvær med ham hver anden dag på skift. Landsretten afviser Joachims kære af børnebortførelsessagen, som byretten afgør til fordel for Erika, da han ikke længere har retlig interesse i sagen. Grundlaget for dette er, at den danske kommune på dette tidspunkt har hjemgivet Malte til Erika, som herefter er rejst hjem til Sverige, hvor hun på grundlag af den svenske midlertidige afgørelse har forældremyndigheden over Malte. Joachim indleder en forældremyndighedssag i Danmark, samtidigt med at Erika indleder en forældremyndighedssag i Sverige.

Det er dette forløb, som danner grundlag for vores danske og svenske domme i 2. instans vedrørende spørgsmålet om international kompetence i relation til forældremyndighedstvisten over Malte. I dommene refereres i sagsfremstillingen både afgørelser i relation til en børnebortførelse, anbringelse, skilsmisse og midlertidig afgørelse om

forældremyndighed. Dommene og sagsfremstillingerne heri udgør vores *case*.

Først beskrives det relevante retsgrundlag i *casen* (afsnit 2), dernæst *barnets bopæl* som tilknytningsfaktor (afsnit 3). Herefter behandles forskellig IP spørgsmål i relation til *casen.* Først spørgsmålet om de danske eller svenske *legale regler* gælder i relation til, hvem af forældrene som er indehaver(e) af forældremyndighed (afsnit 4). Endelig spørgsmålet om *internationale kompetenceregler* i forældremyndighedsager og sociale sager (afsnit 5) og *anerkendelse* af afgørelse om forældremyndighed (afsnit 6). Afslutningen er blot en kommentar til retsområdets kompleksitet (afsnit 7).

2 RETSGRUNDLAG

2.1 IP konventioner

Dansk og svensk ret bygger på samme internationale regelgrundlag med den væsentlige undtagelse, at Sverige er omfattet af det retlige samarbejde i EU, således at Brussel II-forordningen[2] er gældende i Sverige. Desuden samarbejdes der mellem de nordiske ministerier om, hvorledes IP konventioner inkorporeres.[3] De gældende IP konventioner er,

- Den Nordiske Ægteskabskonvention (NÆK) og Den Nordiske Domskonvention (ND)
- Haagerkonventionen om de civilretlige virkning af internationale børnebortførelser (Haag 80) og Haagerkonventionen om kompetence, lovvalg, anerkendelse, fuldbyrdelse og samarbejde vedrørende forældreansvar og foranstaltninger til beskyttelse af børn (Haag 96)
- Europæisk konvention om anerkendelse og fuldbyrdelse af afgørelser om forældremyndighed (ER 80).

[2] Rådets forordning (EF) nr. 2201/2003 om kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser i ægteskabssager og i sager vedrørende forældreansvar og om ophævelse af forordning (EF) nr. 1347/2000.

[3] Samarbejdet nævens eksempelvis i den danske betænkning 1467 (2005) om Haag 96 som en del af udvalgets kommissorium, således at udvalget pålægges en videreførelse af det nordisk samarbejde.

I et folkeretligt perspektiv kan konventionerne karakteriseres som den del af folkeretten, der vedrører sameksistensen mellem de enkelte suveræne stater og har karakter af lovgivning, der rækker ud over den enkelte suveræne stats jurisdiktion.[4] Heri består fordelen ved IP konventioner. Staterne får indflydelse på, hvad der gælder uden for deres egen jurisdiktion, og i et internationalt perspektiv kan princippet om enhedsbedømmelse af en families retsforhold herved fremmes, hvis de enkelte stater indfører og anvender identiske regler korrekt.[5] Konventionerne er gensidige aftaler mellem medlemsstaterne, men der eksisterer ikke en folkeretlig håndhævelse af brud på konventionerne. Deres folkeretlige karakter er derfor begrænset. Flere af konventionerne har ikke blot karakter af lovgivning, men indeholder forpligtelse til at oprette en centralmyndighed, der har diverse funktioner med henblik på at få det internationale samarbejde til at fungere.[6] Konventioner, som retsgrundlag, indebærer, at gældende ret varierer alt efter, hvilken konvention den fremmed stat, sagen vedrører, er medlem af. Herved opstår der for retsanvenderen spørgsmål om de enkelte konventioners anvendelsesområde, herunder hvornår de træder i kraft, for hvilke lande de gælder, og hvilken konvention som har fortrin.

Haag 80 er udformet på grundlag af en antagelse om, at dommere er mere nationalistisk indstillet end lovgivere, som i højere grad har den internationale retsorden for øje. Dette fremhæves her, da det giver et billede af konventionsfædrenes forforståelse af de internationale relationer ved de dømmende myndigheder. Antagelsen er, at dommere har en præference for at lade de involverede børn blive i deres egen jurisdiktion frem for at tildele forældremyndigheden til den af forældrene, som opholder sig uden for dommerens jurisdiktion.[7] Denne fordom er illustrativ for udfordringerne i at skabe en international retsorden om forældremyndighed, da der i relation til den *konkrete* sag ikke forventes at være et stærkt hensyn hertil. Ved

[4] Se om sameksistensens folkeret, Spiermann (2006), kap. 3.4.

[5] Se en hensynsanalyse i IP, eksempelvis Philip (1971), kap. 3.II.

[6] Se Haag 80 kap. II og Haag 96 kap. V samt ER 80, del I.

[7] Se https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2779&dtid=3 Pérez-Veras forklarende rapport pkt. 22: "On the other hand, it must not be forgotten that it is by invoking 'the best interests of the child' that internal jurisdictions have in the past often finally awarded the custody in question to the person who wrongfully removed or retained the child. It can happen that such a decision is the most just, but we cannot ignore the fact that recourse by internal authorities to such a notion involves the risk of their expressing particular cultural, social etc. attitudes which themselves derive

Haag 80 er der skabt en langt stærkere international retsorden end før, hvor retur-mekanismen skal opveje dommerens fordom, således at barnets bedste i stedet for at udgøre retsfaktum er splittet op i dels en almen betragtning i præamblen om *barnets bedste* og dels en undtagelse til retur-mekanismen i form af en vurdering af, om *barnet vil tage skade*.[8]

2.2 EU ret

Det mellemstatslige hensyn fremtræder logisk nok endnu tydeligere i Brussel II-forordningen end i Haag 80, da EU er en langt stærkere institution end Haagkonferencen. Baggrunden for udformningen af Brussel II-forordningen og dens skærpede returmekanisme i forordningens art. 11 var netop mistillid til dommerne og deres nationalistiske indstilling.[9] Desuden understøttes det mellemstatslige hensyn af EU princippet om at fremme et samarbejde om civilretlige spørgsmål med grænseoverskridende virkninger, der bygger på princippet om gensidig anerkendelse af retsafgørelser og udenretslige afgørelser, jf. EUF art. 81.[10] Eksempelvis synes det at være et mellemstatsligt hensyn, der dominerer i EU Domstolens udtalelse i Povse-sagen[11] om, at det ved anvendelse af de nationale fuldbyrdelsesregler udelukkende er de formelle regler, som kan finde anvendelse. Hensynet til at barnet ikke lider overlast under fuldbyrdelsessagen, er et hensyn, der ikke skal varetages af den myndighed, som foretager fuldbyrdelsen, men skal varetages af domstolen i den stat, hvortil barnet skal returneres. Herved bredes det retlige rationale ud og understøtter en EU retsorden, mens barnets bedste anses for indeholdt i denne, og således at barnets bedste ikke er et relevant hensyn for den myndighed, som faktisk skal returnere barnet.

from a given national community and thus basically imposing their own subjective value judgments upon the national community from which the child has recently been snatched."

[8] Se Haag 80 art. 13, stk. 1 pkt. B: " … there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or phychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation." Se præamblen: "Firmly convinced that the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody".

[9] Se eksempelvis Örnsved (2005) og McEleavy (2004), p. 509.

[10] For en analyse af EU Domstolens retspraksis, se Lindquist (2011).

[11] C-211/10 præjudiciel afgørelse.

2.3 Menneskeret

I relation til forældremyndighed er de centrale menneskerettigheder indeholdt i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMK) og FN's Børnekonventionen (BK), hvor det kun er EMK, som er direkte inkorporeret i dansk og svensk ret.[12]

Disse konventioner er udformet inden for den naturretlige tradition, hvilket indebærer, at de er formuleret i brede vendinger og kan i relation til regelsystematikken i IP nærmest betragtes som en international pendant til nationale ufravigelige regler.[13] De kan ved deres retlige-etiske diskurs adressere barnets bedste mere direkte, jf. den centrale bestemmelse i BK art. 3, mens IP konventioner er affattet i en retlig diskurs.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) har flere gange haft anledning til at tage stilling til, om anerkendelse af fremmede domme er omfattet af *fair trial* bestemmelsen i art. 6 og respekt for familieliv i art. 8. *Kiestra* har i sin analyse af retspraksis konkluderet, at EMD argumenterer med udgangspunkt i det synspunkt, at fremmede statusdomme som udgangspunkt skal anerkendes, og at EMD generelt i relation til familieretlige afgørelser har en åben tilgang over for anerkendelse sammenlignet med IP betragtningen i dansk og svensk ret om, at anerkendelse forudsætter lovhjemmel.[14]

Et andet væsentligt område ved EMD er børnebortførelser. EMD har i en lang række afgørelser støttet op om staternes pligt til at efterleve Haag 80 og sikre, at bortførte børn effektivt sendes tilbage til oprindelseslandet. Et andet fokus er kommet til med Neulingersagen.[15] Her er fokus, om retur-mekanismen i tilstrækkelig grad indebærer en undersøgelse af barnets bedste. Da returmekanismen er baseret på hurtig sagsbehandling, går dette nye fokuspunkt til kernen i Haag 80 og har kompliceret forholdet mellem Haag 80 og EMD i retning af et konventionssammenstød.[16]

[12] *Dansk inkorporeringslov* LBK nr. 750 af 19/10/1998, *svensk inkorporeringslov* Lag (1994:1219).

[13] Kiestra (2014) p. 24.

[14] Kiestra (2014), kap. 7, særligt p. 241–244.

[15] Neulinger og Shuruk mod Schweiz, Storkammer den 6. juli 2010.

[16] Se om fortolkning af Neulinger–dommen og om børnebortførelsessager i svensk ret, Jänterä-Jareborg (2014). Neulinger-dommen følges op af en afgørelse fra storkammeret X v. Latvia d. 26. november 2013, som på uklar vis modificerer Neulinger-dommens kritik af returmekanismen. Vedrørende en kritik af forskellige retlige velfærdsstandarder i fogedsager, se Engberg (2009).

2.4 Dansk og svensk IP

I dansk og svensk ret er de to Haagerkonventioner inkorporeret på samme vis. 1980-konventionerne er implementeret i national ret ved transformering, mens Haag 96 er direkte inkorporeret ved lov.[17] I dansk ret er NÆK indført ved ministeriel bestemmelse på grundlag af en kompetencedelegation til ressortministeren,[18] og ND er implementeret ved en omskrivning af konventionen.[19] I svensk ret er begge konventioner implementeret ved en omskrivning.[20] Haag 96 er ikke til hinder for, at medlemslandene indgår andre konventioner, hvilket i dansk ret tolkes som en adgang til at udforme nationale regler uden for et konventionssamarbejde. I retsplejeloven er indført særlige internationale kompetence regler uden for konventionssamarbejdet samtidigt med gennemførelsen af Haag 96.[21] Det fremgår af forarbejderne til den danske inkorporeringslov, at bestemmelserne i retsplejeloven som udgangspunkt er udformet i overensstemmelse med Haag 96, men at der konkret begrundet er foretaget enkelte fravigelser, uden at der i den forbindelse tages stilling til den større kompleksitet, der herved skabes i regelværket.[22]

I svensk ret gælder Brussel II–forordningen også i forhold til lande uden for EU, men forordningen henviser i art. 14 til national ret, således at hvis ingen medlemsstat er kompetent ifølge forordningens regler, afgøres spørgsmålet om international kompetence ifølge egen lovgivning. Det vil sige, at hvis et barn har bopæl i Sverige, barnets bopæl er forordningens afgørende tilknytningsmoment, er den pågældende sag omfattet af forordningen, selvom eksempelvis sagsøger har bopæl i USA.[23] I svensk ret er der ikke andre lovkonciperede

[17] Det gældende lovgrundlag er følgende, i dansk ret; Lov (LBK nr 375 af 06/04/2010) om international fuldbyrdelse af forældremyndighedsafgørelser m.v. (internationale børnebortførelser) og Lov (LBK nr. 1055 af 08/09/2015) om Haagerbørnebortførelseskonventionen, i svensk ret; Lag (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn og Lag (2012:318) om 1996 års Haagkonvention.

[18] Se retsplejeloven § 448 c, stk. 4. Dette indebærer, at der ikke er danske lovforarbejder til NÆK.

[19] Gældende ret følger af Lov (LBK nr. 635 af 15/09/1986) om anerkendelse og fuldbyrdelse af nordiske afgørelser om privatretlige krav og om ændring af retsplejeloven.

[20] Lag (1988:1321) om nordiska rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmynderskap, og Lag (1977:595) om erkännande och verkställighet av nordiska domar på privaträttens område.

[21] Retsplejeloven § 448 c.

[22] Se betænkning nr. 1467/2005 s. 96–98.

[23] Se herom Jäntera-järeborg (2005) p. 826 og Schiratzki (2013) p. 224 f.

internationale kompetenceregler om forældremyndighed end dem, som knytter an til ægteskabssagen i henholdsvis NÆK og i IP loven tilbage fra den traditionsbundne tid, hvor forældremyndighed blev betragtet som en del af ægteskabsretten.[24] Det følger af forordningen, at det nordiske samarbejde respekteres, dog således at fremtidige ændringer skal ske i overensstemmelse med forordningen, og at Haag 96 viger i de sager, hvor barnet har bopæl i et medlemsland, mens det for spørgsmålet om anerkendelse er afgørende, om afgørelsen er truffet i et medlemsland – ikke barnets bopæl.[25]

I den socialretlige lovgivning er reglerne om international kompetence fra før Haag 96 bevaret i dansk ret, således at der også her er regler, der gælder for henholdsvis medlemslande og ikke-medlemslande,[26] mens der i den svenske socialretlige lovgivning henvises til Haag 96 og Brussel II-forordningen.[27]

Vedrørende spørgsmålet om anerkendelse af afgørelser om forældremyndighed er det lovkonciperede udgangspunkt i dansk ret, at disse ikke tillægges bindende virkning uden traktatsgrundlag.[28] Reglen er udformet i nordisk regi i mellemkrigstiden af kommissionen bag ND.[29] En tilsvarende hovedregel gælder i svensk ret, men er ikke lovfæstet.[30]

Det nordiske samarbejde er af flere omgange tilpasset samarbejdet i EU, mens Haagerkonventionerne og ER 80 ikke er revideret. De fleste reformer i national ret er følgeændringer af reformer, som ikke umiddelbart vedrører IP om forældremyndighed. De mest relevante reformer i dansk ret vedrører bedre og mere fleksible retshjælpsordninger.[31] I svensk ret er der foretaget en række ændringer i de to centrale love, som implementerer 1980-konventionerne og Haag 96. De lovændringer, som specifikt vedrører IP, drejer sig om svenske værnetingsregler. Kompetencen er flyttet fra Svea Hovrätt til tingsretterne

[24] Se Lag (1904:26 s. 1) om visse internationelle rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap (IÅL) 3 kap. 6 §. Bestemmelsen handler også om lovvalg, men denne anses for at være uden virkning, efter Haag 96 er inkorporeret i svensk ret, jf. IÄL 7 kap. 6 §.

[25] Se forordningens art. 59 og art. 61. Vedr. Haag 80 følger det af art. 60, at imellem medlemslande viger Haag 80 for forordningen.

[26] Lov om social service § 2.

[27] Socialtjänstlag 6 kap. 11 a §.

[28] Retsplejeloven § 223 a.

[29] Svenne Schmidt (1972) p. 365.

[30] Bogdan (2014) p. 204.

[31] LOV nr. 387 af 28/05/2003 og LOV nr. 378 af 27/04/2016.

og er begrundet i et EU tiltag om hurtigere fuldbyrdelse af domme.[32] Tidligere blev Stockholm tingsrätt enekompetent til børnebortførelsessager i en reform, som i øvrigt vedrørte kompetencefordelingen mellem forvaltningsdomstolene og tingsrätterne.[33]

2.5 Afrunding

Ovenstående gennemgang af regelgrundlaget viser, at der er flere internationale fora, som udarbejder IP regler, hvilket bidrager til at øge regelkompleksiteten. Fra retsanvenderens perspektiv rejser det spørgsmålet om hvilken konvention, som gælder i den enkelte sag. En yderligere komplikation i reglerne er, at IP regulering skal tolkes i samspil med menneskeretten. Endvidere komplicerer den særlige retur-mekanisme regelgrundlaget, da den ikke følger den typiske regelsystematik, men er indskudt som en særlig retlig mekanisme, der komplicerer reglerne om international kompetence.

En sammenligning af dansk og svensk ret peger på Sverige, som den mest internationale stat. I svensk ret er der således tradition for IP lovgivning, Sverige er med i EU samarbejdet, og svensk ret har på denne baggrund ikke parallelt med Haag 96 indført nationale regler som i den danske retsplejelov. Denne forskel synes ikke at indebære, at de svenske regler er mere eller mindre komplekse end de danske. Områdets særlige karakter har i Sverige medført, at sagerne er blevet samlet ved Stockholms tingsrätt. I modsætning hertil står dansk ret, hvor der generelt er en vis skepsis over for en specialisering af domstolene.[34]

[32] Lag 2014:934.

[33] Lag 2006:462. I forarbejderne (Prop 2005/06:99 s. 72) lyder det: ”En särskild grupp av ansökningar är de som avser överflyttning av olovligt bortförda eller kvarhållna barn med stöd av 1980 års Haagkonvention. I de flesta sådana fall har barnet inte hemvist i landet. Inte heller i dessa fall bör handläggningen spridas på ett stort antal tingsrätter. Kommittén pekar på att ärendena är av speciell karaktär, att det finns ett särskilt krav på skyndsam handläggning enligt konventionen och att en koncentration av ärendena i andra konventionsstater har gett betydande fördelar. Regeringens bedömning är att Sveriges åtaganden enligt konventionen bäst säkerställs om handläggningen av samtliga dessa ärenden samlas till en tingsrätt. Sambandet med övriga ärenden där barnet saknar svenskt hemvist gör att de bör föras till Stockholms tingsrätt.”

[34] Hensynet til retsenhed i landet i relation til almene retsprincipper og respekten for generalistdommere taler mod specialdomstole, jf. Waage (2017), p. 198 ff. og p. 224 ff.

3 BARNETS BOPÆL

Barnets bopæl er tilknytningsfaktor i IP om forældremyndighed og anvendes i reglerne om international kompetence og indgår i den retlige afgrænsning af ulovlige børnebortførelser. Det er et begreb, som retligt set er uklart defineret og forbundet med positive konnotationer til barnets bedste, for så vidt som *barnets* bopæl fremfor forældrenes forhold giver indtryk af, at der er et større beskyttelseshensyn over for barnet end forældrene. Medlemslandene af Haag 80 har i deres retspraksis udviklet deres fortolkning i forskellige retninger.[35] Begrebet bidrager til kompleksiteten inden for retsområdet på forskellig vis.

Begrebet er processkabende. Karakteristisk for det skønsprægede element ved begrebet er, at det rummer spændingen mellem forældremyndighedsindehavernes ret til at bestemme barnets bopæl, men at der også anlægges et børneperspektiv i fortolkningen af begrebet. Forældremyndighedsindehaverne er i disse sager typisk ikke enige om, hvor barnet skal bo, hvilket åbner for, at begrebet tolkes på grundlag af mindre ekspliciterede normer, samtidigt med at det materielle spørgsmål om den fremtidige fordeling af forældremyndigheden ikke skal foregribes i fortolkningen. Desuden er begrebet udformet således, at der skal mindre til at ændre bopæl end domicil, og det er muligt i hvert fald i relation til nogle konventioner at have bopæl i flere lande på samme tid,[36] Herved rejses spørgsmålet om bopælsskifte lettere i praksis end skifte af domicil.

I vores *case* bortfører Joachim Malte i de turbulente måneder, hvor bruddet er nært forestående, og Erika er i Danmark med Malte. Joachim er bange for, at Erika vil forlade ham sammen med Malta. Erika rejser en børnebortførelsessag ved Roskilde Byret i Danmark. Retten tager stilling til barnets bopæl på tidspunktet for bortførelsen med henblik på at fastslå, om der er tale om en bortførelse omfattet

[35] Begrebet har givet anledning til utallige publikationer, se eksempelvis i relation Haag 80, Schuz (2013), i dansk ret Kronborg (2014) og generelt i svensk ret Örtenhed (2006) og i relation til Brussel II-forordningen, Lindqvist (2011).

[36] Europarådets resolution om begreberne *domicile* og *habitual residence*. Spørgsmålet om det er muligt at have to bopæl ifølge Haag 80 er omdiskuteret i teorien, se Schuz (2013) p. 178. I relation til vores *case* er det muligt at forestille sig, at Malte kommer til at leve i en mere permanent deleordning mellem sine forældre, og herved retligt får bopæl i både Danmark og Sverige, men på tidspunktet for bruddet er det vanskeligt teoretisk at forestille sig bopæl i to lande, hvor en sådan permanent ordning ikke er etableret.

af Haag 80. Ligesom Wasaskibet, som knap når ud af havn, før det synker, varer forholdet i Danmark ikke længe, før det kuldsejler, og spørgsmålet er, om Erika og Malte, i den periode hvor de opholder sig i Danmark, når at skifte bopæl fra Sverige til Danmark. Der er flere forhold, som kan begrunde, at Erika fortsat har bopæl i Sverige, selvom hun har aftalt med Joachim, at de skal bo sammen som familie i Danmark, herunder bedre vilkår for barsel og Maltes sundhedspleje samt bedre arbejdsløshedsunderstøttelse. Desuden kan Erika og Malte besøge mormor og morfar og deres netværk i Sverige, mens Joachim er på arbejde. Disse omstændigheder indebærer, at der er stor risiko for, at de enkelte myndigheder både i det enkelte land og på tværs af grænserne vil foretage forskellige vurderinger af, hvor Malte har bopæl. I dommene om international kompetence kommer 1. instans i begge lande frem til, at Malte har bopæl i forumlandet, mens ankeinstansen i begge domme kommer frem til, at barnet har bopæl i Danmark. Roskilde Byret kommer i børnebortførelsessagen frem til, at barnet har bopæl i Sverige modsat Statsforvaltningen i forældremyndighedssagen, som mener, at barnet har bopæl i Danmark. *Casen* illustrerer således, at der kan opstå uenighed om barnets bopæl mellem danske og svenske myndigheder samt mellem forskellige danske myndigheder.

I en dom fra Svea Hovrätt,[37] behandles landenes forskellige tilknytning til EU i forhold til fortolkning af begrebet. I en *skiljaktig mening* anføres:

> ”Trots att Danmark inte är bundet av förordning (EG) nr 2201/2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar, kräver bl.a. likabehandlingsprincipen att förordningen beakteas vid tolkningen av begreppet hemvist.”

Ligestillingssynspunktet er ikke nærmere uddybet, men det er sympatisk, at begrebet ikke ændrer betydning med henvisning til kredsen af medlemsstater. Heroverfor står, at Danmark – i modsætning til Sverige – politisk har fravalgt EU retten, og dermed ikke er underlagt EU Domstolens fortolkning af begrebet, hvilket antageligvis vil kunne begrunde en forskelsbehandling. EU Domstolen har udtalt, at begrebets betydning skal fastlægges under hensyntagen til forordningens

[37] HovR OA 11223-16.

formål, som det fremgår af 12. betragtning, hvorefter de kompetenceregler, som fastsættes i forordningen, er udformet under hensyntagen til barnets bedste og navnlig bygger på kriteriet om nærhed, se C/M-dommen (C-376/14PPU).

I EU Domstolens fortolkning af begrebet barnets bopæl er der tale om en inddragelse af velfærdsrationalet (barnets bedste), som ikke er umiddelbart intuitivt, men er følsomt over for det retlige rationale i sagen (eksempelvis må omstændighederne i modtagerlandet efter den tid, hvor der er truffet afgørelse om, at det er forælderen i oprindelseslandet, som har bopælsretten, under ingen omstændigheder indgå i bestemmelsen af barnets bopæl, jf. C/M-dommen afsnit 56). Tilsvarende anvendes nærhedsprincippet i Brussel II-forordningen heller ikke intuitivt. (Modtagerlandets afgørelse om at nægte at returnere et barn skal således ikke umiddelbart respekteres af oprindelseslandet, jf. art. 11). Begrebets kompleksitet skyldes hensynet til barnets bedste, og at nærhed skal være styrende for gældende ret. Med udgangspunkt i disse hensyn følger det intuitivt, at barnets bopæl er et relevant tilknytningsmoment. Heroverfor står, at begrebet skal fortolkes ud fra formålet med regelgrundlaget.

Begrebets retlige kompleksitet står i kontrast til vores *case*, hvor begrebet end ikke som grundlag for alle afgørelserne gøres til genstand for retlige overvejelser, se således hovrättens beskrivelse af tingsrättens dom: "Tingsrätten har inte prövat var Malte ska anses ha hemvist, vilket är avgörande för om svensk domsrätt föreligger i dessa frågor."

4 DE LEGALE REGLER OM FORÆLDREMYNDIGHED

De legale regler, som udpeger indehavere af forældremyndighed, følger lovsystematisk set af familieretten. I dansk ret er forholdet bestemt i *Forældreansvarsloven* (FoL) og i svensk ret i *Föräldrabalken* (FB). I svensk ret har forældrene fælles forældremyndighed, hvis barnet er født i ægteskab, eller forældrene efterfølgende indgår ægteskab, FB 6 kap. 3 §. I andre tilfælde er moderen eneindehaver. I dansk ret følger den legale regel om forældremyndighed af FoL kap. 2. Kapitlet er affattet således, at det korresponderer med børnelovens systematik om forældreskab og er derfor vanskeligt at få et overblik over. Den enkleste måde at beskrive gældende ret på er at beskrive, hvilke mødre der har eneforældremyndighed. Øvrige mødre har fælles forældremyndighed med den anden forælder. Moderen har eneforældremyn-

dighed, hvis hun ikke – med den anden forælder – har eller har haft fælles folkeregisteradresse inden for de sidste 10 måneder før barnets fødsel, og ikke er eller har været gift i den pågældende periode.[38]

Der er således tale om forskellige legale udgangspunkter i dansk og svensk ret. Hvorledes disse legale udgangspunkter står i forhold til hinanden i IP, er bestemt i Haag 96 art. 16, stk. 1 med følgende ordlyd: "Tildeling eller ophør af forældreansvar som en følge af loven uden en retslig eller administrativ myndigheds mellemkomst er undergivet loven i den stat, hvor barnet har sit sædvanlige opholdssted." Reglen suppleres med en regel i bestemmelsens stk. 3, som kumulerer seriel tilknytning til forskellige lande: "Forældreansvar, der følger af loven i den stat, hvor barnet har sit sædvanlige opholdssted, består fortsat efter en flytning af barnets sædvanlige opholdssted til en anden stat." Reglen indebærer, at hvis ugifte forældre med fællesbarn flytter fra Danmark til Sverige, beholder de fælles forældremyndighed. Omvendt, hvis en ugift mor bosat i Sverige med sit barn har eneforældremyndighed, har hun ikke fortsat eneforældremyndighed, men bliver omfattet af dansk rets legale udgangspunkt om fælles forældremyndighed, hvis hun har eller har haft fælles folkeregisteradresse med den anden forælder inden for de sidste 10 måneder før barnets fødsel, og hun flytter til Danmark sammen med barnet, uanset om faderen flytter med. En konsekvens heraf må være, at der er tale om en ulovlig børnebortførelse, hvis moderen – uden samtykke – efterfølgende flytter til et andet land, end dér hvor den anden forælder bor.

De alternative tilknytningsfaktorer er *in favor* en retlig beskyttelse af at være indehaver af forældremyndighed og bidrager hermed til at

[38] I tilfælde af at Erika og Joachim ikke havde været gift, havde Erika både efter dansk og svenske regler forældremyndigheden alene, medmindre hun havde indgået aftale med Joachim om fælles forældremyndighed. Efter dansk ret er dette et resultat af, at Erika aldrig flyttede sin folkeregisteradresse til Danmark. Umiddelbart et simpelt let konstaterbart kriterium, men det er problematisk, at reglen ikke adresserer de faktiske boligforhold, hvis manglende flytning af adressen skyldes socialt bedrageri og ikke dækker over den faktiske bopæl, som retligt er afgørende for Folkeregisteret. Dette er begrundet i forarbejderne 2006/1 LSF 133 afsnit 3.6.2 på følgende vis: "Er der tvist om, hvorvidt forældrene har boet sammen og hvornår, og er der ikke registreret fælles folkeregisteradresse, er situationen ikke omfattet af lovforslaget, da det som nævnt er en grundlæggende betingelse for etablering af fælles forældremyndighed i forbindelse med faderskabets fastslåelse, at der er tale om objektive konstaterbare kriterier." Reglen er udtryk for, at det politisk anses for vigtigt, at "så mange som muligt" af de forældre, der har haft et fast parforhold tildeles fælles forældremyndighed, uden at der samtidig skabes bevisproblemer i relation til faktisk samliv.

øge formel lighed mellem barnets forældre. Gruppen af forældre med fælles forældremyndighed er empirisk set en gruppe af forældre – både i Sverige og Danmark – med meget forskellige relationer, særligt da fællesskabet ikke nødvendigvis er baseret på enighed forældrene imellem. Historisk set kan de alternative tilknytningsfaktorer i Haag 96 ses som en moderne IP udgave af den tidligere *in favor legitimationis* til fordel for fælles forældremyndighed, hvor samfundsnormen er ændret fra at understøtte ægteskabsinstitutionen til forældres individuelle rettigheder. Fælles forældremyndighed, som den stærke hovedregel i familieret, er kritiseret af *Anna Singer* som værende i strid med hensynet til barnets bedste.[39] En tilsvarende kritik er rejst indenfor IP, for så vidt angår anvendelsesområdet for Haag 80.[40]

Den herskende norm om fælles forældremyndighed kommer også til udtryk i relation til indgåelse af aftaler om fælles forældremyndighed. I begge lande er det en pligt for myndighederne at søge forældreskabet fastlagt i forbindelse med fødslen. I den forbindelse er det almindeligt for mødre med eneforældremyndighed at indgå aftale med faderen om fælles forældremyndighed.[41] I dansk ret sammenkobler en omsorgs- og ansvarserklæring anerkendelse af det retlige faderskab og fælles forældremyndighed.[42]

5 INTERNATIONALE KOMPETENCE

Reglerne om international kompetence i Haag 96 har til formål at skabe en international retsorden, hvor muligheden for konkurrerende søgsmål begrænses. Vores *case* illustrerer et forløb fra forældrenes

[39] Singer (2014).
[40] Se henvisninger til kritik, Schuz (2013) p. 439–441.
[41] Se FB 6 kap. 4 § og Schiratzki (2013) p. 95.
[42] Denne sammenkobling af fastsættelse af faderskab og aftaler om forældremyndighed med henblik på at skabe incitament for forældrene til at indgå aftale om fælles forældremyndighed er problematisk, for så vidt som faderskab og forældremyndighed er omfattet af forskellige internationale kompetenceregler. Det er forældremyndighedsspørgsmålet, som i blanketten er koblet på faderskabsspørgsmålet, og det er derfor sidstnævnte, som er styrende for de internationale kompetenceregler. Dette indebærer, at forældre opfordres til at indgå aftaler, der ikke er international kompetence til at indgå i Danmark. Problemet er løst ved at fratage aftalerne om forældremyndighed gyldighed ved FoL § 7, stk. 2: "Dette gælder dog ikke, hvis erklæringen i stk. 1, nr. 1, er afgivet, uden at betingelserne i retsplejelovens § 448 f for her i landet at behandle spørgsmålet om forældremyndighed er opfyldt.

brud, til der træffes en afgørelse om, hvor forældremyndighedssagen skal behandles.

Vi indleder med spørgsmålet om konventionsgrundlaget for vores *case*. I den danske landsretsdom om international kompetence kommer landsretten frem til, at barnet har bopæl i Danmark, som anført i retsplejeloven § 448 f, stk. 1, nr. 1. Hjemlen er korrekt, da Haag 96 ikke træder i kraft i Sverige, før efter sagen i Danmark er anlagt. Det følger af den forklarende rapport til Haag 96, at sager, som er anlagt, før Haag 96 træder i kraft, er omfattet af national ret, og det præciseres i håndbogen,[43] at konventionen først gælder mellem to medlemsstater, når den er trådt i kraft i begge lande. Hvis afgørelsen havde været truffet med hjemmel i Haag 96, ville spørgsmålet om hvilken sag, som er anlagt først ikke være relevant, da den danske kompetence ophører fra det tidspunkt, barnet får bopæl i et andet medlemsland, jf. Haag 96, art. 5, stk. 2. Det vil sige, at fra det øjeblik Malte får bopæl i Sverige, overgår kompetencen fra Danmark til Sverige, selvom der allerede verserer sag i Danmark. Vores *case* følger ikke familien længere end til afgørelse af spørgsmålet om international kompetence, og vi ved ikke, hvordan sagen udvikler sig, men forældremyndighedstvisten skal afgøres i Danmark, selvom Malte bor i Sverige, og der endnu ikke er begyndt en realitetsbehandling af Maltes bedste. Vi ved heller ikke, om domstolen har forholdt sig til spørgsmålet, om sagen kunne være omfattet af Haag 96, eller om retsplejeloven blot anvendes uden videre IP overvejelser.

Retsplejelovens hovedregel om barnets bopæl suppleres af en bestemmelse om børnebortførelser, hvor formålet med reglen er, at barnets oprindelsesland bevarer den internationale kompetence i forældremyndighedssagen, indtil børnebortførelsessagen er afgjort. Dette respekteres af den danske Statsforvaltning, som udsætter sagsbehandlingen og først træffer afgørelse om manglende international kompetence i Danmark d. 26. april 2012, efter at børnebortførelsessagen er blevet afvist af landsretten d. 23. marts 2012. Den svenske tingsrätt har den opfattelse, at Malte har bopæl i Sverige før børnebortførelsen og kan derfor træffe afgørelse om forældremyndighed uden at afvente den danske afgørelse om børnebortførelse. Det fremgår dog, som nævnt ovenfor i afsnit 3, at tingsrätten ikke prøver, hvor Malte har bopæl. Dommen ændres i hovrätten, som behandler sagen

[43] Lagardes forklarende rapport pkt. 53 og Practical handbook on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention pkt. 3.8.

med udgangspunkt i NÆK art. 8. og afviser Erikas skilsmisseansøgning, da hun på ansøgningstidspunktet havde bopæl i Danmark. Spørgsmålet om forældremyndighed er derfor ikke omfattet af NÆK. Der er ifølge dommen på dette tidspunkt ikke andre lovregler om spørgsmålet, og der henvises til retspraksis og udgangspunktet om barnets bopæl. Det vil efter vores forståelse af svensk ret være korrekt at henvise til Brussel II-forordningen som beskrevet oven for i afsnit 2.4, hvor *Jäntera*-Järeborg (2005) tillige henviser til NJA 2011 s. 499 pkt. 6, hvoraf det fremgår, at "Frågan om svensk domstol är behörig ska således i första hand prövas enligt bestämmelserna i Bryssel II-förordningen."

I forældremyndighedssager, der er anlagt i Sverige eller Danmark efter d. 1. januar 2013, er Haag 96 den korrekte hjemmel, da konventionen fra denne dato er i kraft i begge lande.

Under børnebortførelsessagen fjerner den danske kommune Malte fra Joachim. Ifølge Lov om social service § 2 har kommunen kompetence til at træffe afgørelse i sociale sager, der vedrører enhver, der opholder sig lovligt her i landet. Bestemmelsen supplerer Haag 96 i sager, som er omfattet af konventionen. Socialretten har med sin offentligretlige tilgang et mere åbent forhold til behandlingen af barnets bedste (sammenlignet med familierettens udgangspunkt i barnets ret til to forældre) og et socialretligt indgreb kan begrænse forældremyndighedsindehaverens adgang til at udøve sin myndighed i både dansk og svensk ret.[44] Det er denne konsekvens af, at den danske kommune har hjemgivet barnet til sin mor i Sverige, som er det bærende i begrundelsen i landsrettens afgørelse af børnebortførelsessagen, hvor Joachim efter Maltes hjemgivelse ikke længere har en sådan aktuel retlige interesse, at han kan få prøvet sagen i landsretten. En social sag kan således føre til afvisning af en børnebortførelsessag, uden at forholdet mellem børnebortførelsesager og sociale sager i Danmark og Sverige i øvrigt ses at være genstand for behandling i retspraksis eller teori.[45]

I vores *case* er Haag 96 som nævnt ikke gældende, men hvis *casen* havde været af nyere dato ville flere af reglerne i Haag 96 om international kompetence være relevante. For det første hovedreglen om barnets bopæl (art. 5). For det andet bestemmelsen, som skyder en even-

[44] Se om forholdet mellem privat- og offentligretlige børnesager Gyldenløve de Boer et al. (2013).

[45] Spørgsmålet er kort behandlet i norsk ret, se Kvisberg (2009) p. 580 f.

tuel børnebortførelsessag ind foran børnebeskyttelsessagen til afgørelse, før sagen kan behandles, men undtager midlertidige hastende sager (art. 7, 3). For det tredje bestemmelsen som indirekte henviser til NÆK ved at åbne for, at forældremyndighedssager kan behandles i forbindelse med en ægteskabssag, hvis der er hjemmel i national ret (art. 10). Endelig sociale sager der ofte vil være hastesager, og som kan behandles i den stat, hvor barnet befinder sig for at træffe nødvendige beskyttelsesforanstaltninger (art. 11).

De nævnte bestemmelser i Haag 96, adresserer således alle sagerne, der verserer i vores *case*, som illustrerer de komplekse problemstillinger, som knytter sig til spørgsmål om international kompetence, herunder hører kompleksiteten ved *barnets bopæl* som tilknytningsfaktor.[46]

6 ANERKENDELSE AF EN AFGØRELSE OM FORÆLDREMYNDIGHED

Spørgsmålet i dette afsnit er, hvilke betingelser der gælder for at anerkende en afgørelse om forældremyndighed truffet i nabolandet med fokus på spørgsmålet om indirekte international kompetence. Som nævnt i afsnit 2.4. er det udgangspunktet i dansk og svensk ret, at forældremyndighedsafgørelser ikke anerkendes uden udtrykkelig hjemmel. Dette følges ikke i retspraksis, hvor der i Danmark nærmere gælder en hovedregel om anerkendelse af udenlandske afgørelser om forældremyndighed i Danmark, mens anerkendelse i svensk retspraksis er begrænset til afgørelser, der optræder præjudicielt.[47]

Vores case er i relation til anerkendelse omfattet af NÆK og ND. Afgørelser om forældremyndighed er omfattet af NÆK, hvis de – som i vores *case* – er truffet i forbindelse med et spørgsmål om separation eller skilsmisse, jf. NÆK art. 8. Afgørelser efter denne bestemmelse skal ifølge NÆK art. 22 have gyldighed i de andre stater uden særlig stadfæstelse og uden prøvelse af afgørelsens rigtighed eller myndighedens kompetence. Dette indebærer, at uanset myndighederne i Sverige og Danmark har forskellige opfattelser af, hvor barnet har bopæl på tidspunktet for sagens begyndelse, er barnets bopæl som grundlag for at træffe afgørelse om forældremyndighed ikke til prø-

[46] Spørgsmålet om litispendens, som er centralt i hovrättens dom i *casen,* analyseres ikke her, men rejser komplicerede spørgsmål.
[47] Bogdan (2014) p. 204 med henvisning til retspraksis.

velse i forbindelse med spørgsmålet om anerkendelse af afgørelsen. Det er derfor efter reglerne, når landsretten i børnebortførelsessagen i vores *case* uden prøvelse af forholdet lægger den svenske dom om midlertidig forældremyndighed til grund for deres afvisning af sagen, samtidigt med, at det anføres, at det forhold, at den svenske sag om forældremyndighed endnu ikke er endelig afgjort, ikke kan føre til et andet resultat. Dette adresserer betingelsen om retskraftighed i NÆK art. 22. Reglen suppleres af ND § 5, hvoraf følger, at alle afgørelser om udlevering af et barn kan fuldbyrdes i Danmark, hvis den kan fuldbyrdes i det land, hvor den er truffet. Her stilles således ikke krav om, at afgørelsen er retskraftig. Fogedrettens arbejde lettes ved kravet i ND § 9 om, at afgørelser skal ledsages af et bevis for, at afgørelsen kan fuldbyrdes i det land, hvor den er truffet.[48]

Danmark og Sverige er ud over NÆK og ND medlem af ER 80 og Haag 96. Ifølge disse konventioner stilles der strengere krav til at anerkende en afgørelse end i det nordiske samarbejde, og disse konventioner er ikke til hinder for det nordiske samarbejde, jf. ER 80 art. 20 og Haag 96 art. 52.[49] Førstnævnte konvention er en simpel konvention og skal ligesom NÆK også respekteres af Haag 96, jf. Haag 96 art. 52. Reglen om anerkendelse af fremmede afgørelser følger af ER 80 art. 7. Afgørelsen må ikke anerkendes, hvis barnet, da sagen blev anlagt i oprindelsesstaten, havde bopæl dér, og ikke havde nogen sådan tilknytning til oprindelsesstaten, jf. ER 80 art. 10 (1)(c) i, 2. led. Det er således nødvendigt at vurdere, hvor barnet havde bopæl på tidspunktet for sagens anlæg. Hvis barnet har bopæl i begge lande på det relevante tidspunkt, er en sådan tilsvarende tilknytning ikke en begrundelse for at nægte anerkendelse. Ifølge den forklarende rapport er formålet, at åbne for at nægte anerkendelse, hvis tilknytningen til anerkendelseslandet er "substantial", og der ikke er en tilsvarende tilknytning til oprindelseslandet.[50] Dette vil ikke være en nægtelsesgrund i NÆK og ND.

Haag 96 omfatter også regler om international kompetence, og afgørelser, som er truffet med respekt for konventionens regler herom,

[48] Med henvisning til manglende bevis ifølge ND § 9 blev sagen nægtet fremme i TFA 2012.2832 Ø.

[49] Det er derfor i TFA 2010.267 Ø næppe korrekt, at behandle sagen efter ER frem for ND.

[50] Explanatory Report to the European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children, pkt. 50.

skal som hovedregel respekteres, jf. art. 23(1). Ifølge Haag 96 art 5 er hovedreglen, at den internationale kompetence beror på barnets bopæl. Ifølge art. 27 kan afgørelsen efterprøves i det omfang, det er nødvendigt for at sikre, at de internationale kompetenceregler er respekteret. Efter art. 25 er myndighederne i en stat, der anmodes om at anerkende en foranstaltning, bundet af de faktuelle forhold, som den myndighed, der traf foranstaltningerne, havde baseret sin kompetence på. Hvis oprindelseslandet har truffet afgørelsen i egenskab af myndighed i den stat, hvor barnet havde sit sædvanlige opholdssted, så har den myndighed, der behandler anmodningen om anerkendelse, ikke adgang til at vurdere de faktiske forhold, der lå til grund for den anden myndigheds vurdering af barnets sædvanlige opholdssted. Dette udelukker ikke en efterprøvelse af den retlige afvejning af faktum i forhold til at bestemme barnets bopæl. Anses barnet for at have haft bopæl i begge lande på samme tid, er dette ikke et argument for at undlade at anerkende, men hvis bedømmelsen indebærer, at barnet på grundlag af dommens oplysninger om barnets faktiske forhold fører til den opfattelse, at barnet havde bopæl i anerkendelseslandet fremfor i det oprindelige land, er det muligt at undlade at anerkende afgørelsen. Dette vil ikke være en nægtelsesgrund ifølge NÆK og ND, men i lighed med ER finder der en prøvelse sted af den fremmede vurdering af barnets bopæl, men reglen om efterprøvelse er mere restriktivt udformet.

Konventionerne er således ikke ens i relation til efterprøvelse af fremmede myndigheders bedømmelse af barnets bopæl. Der er tale om gradsforskelle i efterprøvelsen, og korrekt retsanvendelse er derfor ikke blot af formel betydning i form af korrekt hjemmelshenvisning. Det er således for retsanvenderen nødvendigt at kende anvendelsesområdet for de enkelte konventioner. En menneskeretlig tilgang til spørgsmålet om anerkendelse indebærer, at det ikke er nødvendigt med flere forskellige IP konventioner. Det universelle menneskeretlige udgangspunkt vil derfor ud fra en retspolitisk betragtning være egnet til i fremtiden at reducere en del af retsområdets kompleksitet.

7 AFSLUTNING

Erika og Joachim har fælles forældremyndighed både efter svensk og dansk ret, da de har indgået ægteskab. Dette er det traditionelle retsgrundlag for fælles forældremyndighed, men med den samfundsmæssige individualisering er forestillingen om den ideelle familie flyttet

fra ægteskab til forældreskab, og kompleksiteten er samtidig hermed taget til inden for retsområdet.[51]

Fælles forældremyndighed som spejling af den samfundsmæssige normalitet indebærer, at der ved denne konstruktion skabes flere tvister mellem forældre, end hvis dette udgangspunkt var mindre klart, og beslutningskompetencen i højere grad var placeret hos en enkel forælder. Samtidigt med denne idealisering af fælles forældremyndighed finder der en differentiering sted af forældremyndighedsindehavernes saglige kompetence, således at de retlige konsekvenser af fælles forældremyndighed bøjes af og tilpasses en mindre idealiserede virkelighed. Således er der i de seneste år gennemført en regulering af kompetenceforholdene forældremyndighedsindehavere imellem.

Det følger af FB 6 kap. 11 § 1 pkt., at "Vårdnadshavaren har rätt och skyldighett att bestämma i frågor som rör barnets personliga angelägenheter." Videre følger det af FB 6 kap. 13 §, at " Står barnet under vårdnad av två vårdnadshavare, skall vad som sägs i 11 eller 12 § gälla dem tillsammans." Hvis indehaverne er uenige om, hvorledes de skal udøve forældremyndigheden sammen, er der som udgangspunkt ikke hjemmel til at få afgjort konflikten. Der kan dog træffes afgørelse om barnets bopæl og samvær, jf. FB 6 kap. 14 a § 1 stk. og 15 a §. Enighedskravet er i FB 6 kap. 13 a § modificeret i relation til diverse sundheds- og socialfaglige tiltag over for barnet, hvor det er tilstrækkeligt, at én af forældremyndighedsindehaverne samtykker. Det retlige udgangspunkt er således klart, at fælles forældremyndighed kræver enighed, når der disponeres over barnets personlige forhold. Dette er et ganske upraktisk udgangspunkt, og det antages i litteraturen, at forældrene i en vis udstrækning kan træffe afgørelse alene, men adgangen her til er i svensk litteratur skildret som *svårgreppbar*.[52]

I dansk ret er der indsat en lovbestemmelse om kompetencefordelingen mellem forældre med fælles forældremyndighed i FoL § 3, stk. 1. Det følger heraf, at *væsentlige beslutninger vedrørende barnets forhold* kræver enighed, mens bopælsforælderen kan træffe afgørelser om *overordnede forhold i barnets daglige liv, herunder hvor i landet bopælen skal være*. Kompetencefordelingen, hvor det kan være vanskeligt at se forskel på "væsentlige beslutninger" og "overordnede for-

[51] Om kompleksitet i relation til børneret, se Leth Svendsen (2016), part 2.
[52] Schiratzki (2013) p. 98.

hold" er præciseret i en vejledning om forældremyndighed og bopæl.[53] Vanskelighederne og det urealistiske ved, at begge forældre skal samtykke til forældremyndighedsdispositioner, er beskrevet i litteraturen.[54] Forældre med fælles forældremyndighed har som udgangspunkt ikke adgang til at få afgjort konflikter. Dog kan der træffes afgørelse om bopæl og samvær, jf. FoL § 17 og § 21. Der er desuden i forbindelse med bopælsafgørelser hjemmel til at træffe afgørelse om, at barnet kan bosætte sig sammen med den af forældrene, som har eller ønsker at få bopæl i udlandet, jf. FoL § 17, stk. 1, 2. pkt. Desuden kan der træffes afgørelse om, at den ene af forældremyndighedsindehaverne kan tage barnet med til udlandet i en kortere periode, jf. FoL § 25. Over for den stærke hovedregel om fælles forældremyndighed står praksis indenfor social faglighed, hvor begge forældremyndighedsindehaveres lige ret til at blive inddraget i en social sag ikke nødvendigvis respekteres i praksis.[55]

Sammenfattende kan reglerne om kompetencefordelingen mellem forældremyndighedsindehaverne både i Sverige og Danmark beskrives som svære at forstå, og i Danmark er det i et enkelt projekt undersøgt, hvorledes kompleksiteten blandt andet i relation til forældremyndighed inden for socialretten reduceres i praksis.[56]

Vores *case* viser, hvorledes den retlige kompleksitet kan tage sig ud i en konkret forældremyndighedstvist. På tidspunktet for Erika og Joachims brud anlægger begge parter en forældremyndighedssag i deres respektive hjemland. Inden den kompetente domstol kan tage stilling til spørgsmål om forældremyndighed, forløber der i *casen* cirka 1½ år med det internationale aspekt af forholdet, og hvor IP spørgsmål ikke altid adresseres eller adresseres mindre fyldestgørende. Det har vi for så vidt fuld forståelse for, men det er måske i lovarbejde værd at have et større fokus på konsekvenserne af reglernes kompleksitet?

[53] Vejledning nr. 9047 af 24/01/2017 om forældremyndighed og bopæl: https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=186475.
[54] Se Adolphsen (2014).
[55] Se Leth Svendsen (2016), part 4.
[56] Se Leth Svendsen (2016), som anlægger et beslutningsteoretisk perspektiv.

LITTERATURLISTE

Adolphsen, C. (2014) ”Retlige spørgsmål knyttet til enighedskravet i forældreansvarslovens § 3” i *Ugeskrift for Retsvæsnet* 2014B p. 377–384.

Bogdan, M. (2014) *Internationell privat- och processrätt*, 8. udg. Norstedts Juridik.

Engberg, H. (2009) ”Sagkyndig medvirken i børnefogedsager” *Fuldmægtigen* 2009, p. 20–23.

Gyldenløve Jeppesen de Boer et al (2013) ”The private – public law divide; Does this legal design create an abyss to children's welfare?” *Nordisk Socialrättslig Tidskrift* nr. 7–8.2013 Santérus Academic Press.

Jänterä-Jareborg, M. (2005) ”Harmonisering, samordning och ömsesidigt förtroende inom Europeiska unionen” i *Svensk Juristtidning* p. 804–844.

Jänterä-Jareborg, M. (2014) ”Barnets bästa och Sveriges ansvar för överflyttning av olovligen bortförda barn” i *Svensk Juristtidning* 2014 p. 387–414.

Kiestra, L.R. (2014) *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law* Springer, open access: https://link.springer.com/book/10.1007%2F978-94-6265-032-9

Kronborg, A. (2014) ”Det bortførte barn – Oliver” i *Jubilæumsskrift for Dommerfuldmægtigforeningen.* Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Kvisberg, T. E. (2009) *Internasjonale barnefordelingssaker. Internasjonal barnebortføring.* Gyldendal.

Leth Svendsen, I. (2016) ”Managing complex child law – social workers' decision making under Danish legal regulation” i *Social Work and Society International Online Journal* Vol 14, No 2.

Lindqvist, M. (2011) ”Olovligt bortförande av barn inom EU” p. 17–125 i Jänterä-Jareborg (red.) *Tre aspekter av EU-IP.* Iustus Förlag.

McEleavy, P. (2004). Current developments: I. Brussels II bis: Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition. International and Comparative Law Quarterly, 53(2), 503–512. doi:10.1093/iclq/53.2.503.

Philip, A. (1971) *Dansk international privat- og procesret*, 2. udg. Juristforbundets Forlag.

Schiratzki, J. (2013) *Föräldraansvar i välfärdsrätten; Om vårdnad, vårdnadstvister och barnskydd.* Norstedts Juridik.
Schuz, R. (2013) *The Hague Child Abduction Convention; A Critical Analysis.* Hart Publishing.
Singer, A. (2014) ”Gemensam vårdnad för alla föräldrar – Barnets bästa eller social ingenjörskonst?” i *Svensk Juristtidning* p. 348–356.
Spiermann, O. (2006) *Moderne Folkeret*, 3. omarbejdede udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
Svenné Schmidt, T. (1972) *International skilsmisse- og separationsret*, Juristforbundets Forlag.
Waage, F. (2017) *Det offentlige som procespart – Forvaltningsrettens virkning i civilprocessen.* Karnov Group.
Örnsved, P. (2005) ”Problemen på det internationellt familjerättsliga området” i *Svensk Juristtidning* p. 845–850.
Örtenhed, K. (2006) *Bosättningsanknytningar i gränsöverskridande familjerättsförhållanden.* Iustus Förlag.

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

Synen på synden vid abort. Från de gamla grekerna till dagens troende européer

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

Mats Kumlien

TANKAR KRING BEGREPPET BARN OCH FÖRBUDET MOT ABORT I 1734 ÅRS LAG

1 OM LIVETS BÖRJAN

Frågan om när det mänskliga livet börjar har diskuterats i flera tusen år. När blir ett foster människa? Grovt förenklat kan man säga att svaren har fördelat sig efter två huvudlinjer: konceptionsteorin och stadieteorin. Konceptionsteorin utgår från att livet börjar vid befruktningen, stadieteorin från att fostrets utveckling till människa sker successivt.

Den än idag (2017) gällande svenska lagen från 1975 skulle kunna anses spegla ett slags stadieteori då den ger kvinnor rätt att få abort till och med vecka 18 av graviditeten. Men vilken bild visar sig vid en återblick på den svenska rättens historia? Är den fria abort som infördes 1975 en sen och radikal förändring från en huvudregel som gällt i hundratals år, nämligen att den som gör abort ska straffas? Svaret är nej. Utvecklingen är mer komplicerad än så; det var först med 1734 års lag som ett totalt förbud mot abort infördes i Sverige. Under tiden dessförinnan hade den rättsliga regleringen i Sverige varierat i ett samspel mellan medicin, etik, politik och juridik.

Inte sällan möter man uppfattningen att det finns en tydlig förbindelse mellan religion och abortmotstånd. Det har tolkats som att kristendomen, inte minst den katolska, alltid, kategoriskt och med hänvisning till Bibeln har motsatt sig fosterfördrivning, och att det har

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

gällt under alla omständigheter och under alla stadier av graviditeten. Men, som sagt, historien är mer sammansatt än så. Den kristna kyrkans hållning har varken varit entydig eller konsekvent.[1]

Långt före kristendomen hade man tvistat om fostret var en människa redan från befruktningen eller under något senare skede under graviditeten eller rentav först när det kunde andas efter födelsen. Under 400-talet f. Kr studerade den tidens läkare, med *Hippokrates* som mest kända namn, graviditetens olika skeden. De banade väg för uppfattningen att människolivet inte börjar först vid födelsen, utan att det uppkommer vid någon tidigare punkt medan embryot växer i kvinnans kropp.

Den grekiske filosofen *Platon* (ca 427–347 f. Kr) hävdade att fostret är ett levande väsen som får näring och rör sig i kvinnans livmoder. Samtidigt menade han att nyfödda barn kunde få undanröjas för att undvika överbefolkning. Hans elev *Aristoteles* (384–322 f. Kr) uttryckte liknande tankar och talade om att fosterfördrivning kunde tillgripas för att begränsa familjen eller förhindra att missbildade barn föddes.

Aristoteles gav dessutom diskussionen ett viktigt tillskott genom att knyta ihop medicinska observationer av fostrets gradvisa utveckling med abstrakta begrepp. Han menade att i ett visst skede av graviditeten flyter själen in i fostrets kropp. En levande varelse uppstår först när ”medvetandet” är utvecklat, och fostret övergår från att vara ”oformat” till ”format”. Själen ansågs komma utifrån, och inte vara ett resultat av befruktningen. Enligt Aristoteles var den avgörande tidpunkten för pojkar 40 dagar efter konceptionen och för flickor 80–90 dagar.[2]

Platon och Aristoteles såg alltså abort som en familjeangelägenhet, ett medel för födelsekontroll, som inte hotade staten men möjligtvis kunde passa för filosofiska diskussioner. En senare filosof, *Plutarkos* (ca 46–120 e. Kr), var inne på samma linje och beskrev fostret som *foetus pars viscerum matris*, det vill säga som en del av kvinnans kropp, som en frukt innan den skiljs från trädet. Även det resonemanget talade för att fosterfördrivning var tillåten.

Plutarkos’ idéer påverkade den romerska rättens jurister under seklerna kring Kristi födelse. De betraktade inte abort som mord utan jämställde det med naturlig barnadöd, eller födelse. I båda fallen

[1] Kapparis 2002; Moseley 1985; Knodel 1979.
[2] Aristoteles, *Politiken*, 7:16, 1335b.

krävdes viss tid av rening för kvinnan. Att fördriva ett foster bedömdes som problematiskt endast om det kränkte mannens rätt att få behålla sin avkomma, och bara om han ingrep skulle kvinnan straffas. I den mån det fanns ett offer, så var det alltså inte barnet utan fadern.[3]

Diskussionen om livets början ärvdes av den katolska kyrka som växte fram från 300-talet efter Kristus.

2 KATOLSKA KYRKAN

2.1 Delade meningar. Från kyrkofäderna till Thomas av Aquino

Många av den kristna kyrkans tidiga ledare, de så kallade kyrkofäderna, accepterade inte någon skillnad mellan ”formade” och ”oformade” foster utan räknade med att det fanns en enhet mellan kropp och själ alltifrån konceptionen. Varje framkallad abort var därför att likställa med mord på en född människa.[4]

Andra utgick däremot från stadieteorier, även om de föredrog att tala om ”besjälat” foster (”*foetus animatus*”) i stället för format. Att avbryta en graviditet var alltid en synd, men en viktig fråga var hur pass allvarlig synden var och vilken sanktion den kunde motivera. Man kunde hålla med om att livet började vid befruktningen, men ändå anse att abort skulle anses som mord först efter det att själen hade anslutit till kroppen. Ofta sattes en gräns vid den 40:e dagen efter konceptionen, och de kristna tänkarna drog alltså samma slutsats som sina hedniska föregångare, det vill säga att tidiga aborter kunde vara mindre förkastliga än sena.

Kristendomens centrala källa var givetvis Bibeln, men den gav knappast klar ledning eftersom den inte uttryckligen yttrar sig i frågan. I Gamla testamentets andra Mosebok förekommer visserligen ett avsnitt som talar om straff för den som slår en havande kvinna så hårt att hon förlorar sitt foster. Det har emellertid ända in i vår egen tid varit omstritt hur avsnittet ska tolkas och vilken betydelse det har för bedömningen av aborter.[5]

Men Bibeln kunde vara kunskapskälla på flera sätt. De heliga texterna har ansetts förmedla Guds visdom utöver vad som ligger i deras

[3] Antell 1895; Hedrén 1901.
[4] Uppgifterna om den katolska kyrkan är främst hämtade från Noonan 1970.
[5] Dahlström 1989; Eriksson 1989.

bokstavliga innebörd och man har sökt ledning på många ställen i Bibeln genom olika metoder för tolkning.[6] Bland annat har man utgått från olika avsnitt där foster beskrivs som personer.

I Psaltaren heter det *”Du sammanvävde mig i moderlivet… jag formades i det fördolda… Dina ögon såg mig när jag ännu var ett outvecklat foster”*, i Jesaja ”*Herren kallade mig, när jag ännu var i moderlivet, han nämnde mitt namn, medan jag låg i min mors sköte*”. Jobs bok säger ”*Med hud och kött beklädde du mig, av ben och senor vävde du mig samman. Liv och nåd beskärde du mig, och genom din vård bevarades min ande*” och Jeremia ”*Herrens ord kom till mig; han sade: ’Förrän jag danade dig i moderlivet, utvalde jag dig, och förrän du utgick ur modersskötet, helgade jag dig’ ”*.[7]

I Nya testamentets Lukasevangelium står *”När Elisabeth hörde Marias hälsning, sparkade barnet till i henne, och hon fylldes av helig ande”* och i Matteusevangeliet säger Jesus *”Se till att ni inte föraktar någon enda av dess små. Jag säger er att deras änglar i himlen alltid ser min himmelske faders ansikte”*.[8] Det budskapet har ansetts spegla en gammal judisk tro om att varje barn har sin egen skyddsängel, som ser till att allt som sker med barnet kommer till Guds kännedom.

Många avsnitt handlar alltså om foster, men det har inte rått samförstånd om vilket budskap som de är avsedda att förmedla. Under 1200-talet kom två av den katolska kyrkans mest ansedda tänkare fram till olika slutsatser. Den tyske dominikanmunken *Albertus Magnus* ansåg att embryot besjälades redan vid befruktningen medan hans elev den italienska teologen *Thomas av Aquino* hävdade att fostret utvecklas i tre faser, en vegetativ, en sensitiv och en rationell. Först i den sista, som inträffar under graviditetens tredje månad, blir det växande livet en person enligt Thomas.

Dessa kristna profiler, insatta i judiskt och arabiskt tankegods, försökte anpassa förkristna ideal till katolsk lära. Båda menade att det mänskliga livet grundläggs vid befruktningen, men de tyckte olika om embryots värde som mänsklig varelse. Albertus Magnus hävdade att vid konceptionen uppstår ett skyddsvärt liv. Thomas av Aquino skiljde mellan besjälat och obesjälat liv, som ett eko från Aristoteles. Den uppfattningen, som också delades av samtida islamiska filosofer,

[6] Block 1990.
[7] Ps. 139:13–16.; Jes. 49:1; Job 10:11–12; Jeremia 1:4–5.
[8] Lukas 1:41; Matteus 18:10.

innebar att en tidig abort visserligen var synd, men inte lika allvarlig som om det hade gällt ett besjälat foster.[9]

2.2 Hårdare tag och konceptionsteori

I 1500-talets Europa infördes många sekulära lagar som förbjöd sena aborter. Ofta föreskrevs att en gravid kvinna som försökte åstadkomma en för tidig födsel skulle avrättas, till exempel genom att dränkas. Men om det framfödda fostret inte kunde anses ”levande” skulle handlingen bestraffas betydligt mildare, i vissa fall inte alls.

Men hur skulle man kunna veta om fostret var ”levande”? En del lagar och författare utgick från att fostret skulle vara åtminstone halvgånget för att en abort skulle medföra fullt straffansvar. Andra höll sig till samma typ av stadieteorier som man möter hos bland andra Aristoteles, Gratianus och Thomas av Aquino, och drog en tidsgräns för manliga foster vid 40 dagar och kvinnliga vid 80 dagar efter befruktningen. Men här återstod problemet att fastställa tidpunkten för befruktningen. Enligt en tredje uppfattning var den avgörande tidpunkten när den gravida kvinnan hade känt fostret röra sig. På så sätt ansågs en bestämd tidpunkt kunna fixeras, och efter den var fosterfördrivning belagd med högre straff. Men i samtliga fall byggde bevisningen i någon grad på kvinnans egna uppgifter.[10]

Det är tydligt att Thomas av Aquino inte var ensam om sin stadieteori. Oenigheten om livets början nådde ända upp i Vatikanens högsta ledning. År 1588 slog påven *Sixtus V* fast att varje fosterfördrivning skulle anses som ett dråp, men bara tre år senare upphävde *Gregorius XIV* alla straffbestämmelser mot abort utom för de fall då fostret hade blivit ”besjälat”.[11]

Det är inte svårt att hitta flera belägg för att meningarna var delade under lång tid, och att det fanns talrika förespråkare för konceptionsteorin, även inom den protestantiska kyrkan. Exempelvis hävdade både Martin Luther och Jean Calvin under 1500-talet att själen skapades redan vid befruktningen. Det var den uppfattningen som gradvis skulle vinna terräng, i en utveckling som sammanföll med att den

[9] Bischofberger 2009; Thomas av Aquino, *Summa theologica,* 2.2.64. 2,6, 7; 2.2.154.11–12. i Ahlzén 1991; Noonan 1970, s. 23–26; Sayed 2014.
[10] Antell 1895, s. 10–15; Noonan 1970, s. 46–50.
[11] Noonan 1970, s. 33–34. Även Deiniger m.fl. 1938, s. 53.

världsliga rättvisan började tillgripa allt strängare straff för abort oavsett när under graviditeten den utfördes. Flera faktorer spelade då in.

För det första var trenden mot brutalare straff del av en allmän politisk förändring, där samhällen befann sig i en tidig uppbyggnad av statsapparaten och makteliten genom hårdare tag försökte disciplinera undersåtarna.

För det andra strävade både katolska och protestantiska kyrkor efter att forma människors moral i enlighet med uppfattningen att sexuellt umgänge endast var tillåtet inom äktenskapet. Med hänvisning till religionen definierades vissa sociala mönster som sedlighetsbrott och bekämpades kraftigt med världsliga straff, följda av uppfostrande kyrkotukt. Samtidigt diskriminerades utomäktenskapliga barn hårt.[12]

På 1600-talet tillkom, för det tredje, en tankeström som skulle få stor betydelse för kyrkans syn på abort. Den utgick från läkare med kunskaper i filosofi som ifrågasatte tolkningen av Aristoteles teori om att fostret utvecklas från vegetativ till rationell varelse. Denna ”själarnas metamorfos” ansågs sakna vetenskaplig evidens och var därför bara inbillning. Fostret hade en själ och var ett levande väsen redan från befruktningen. Den juridiska konsekvensen av det synsättet var att abort under alla omständigheter skulle vara juridiskt straffbar på samma sätt som mord.[13]

En annan strömning som talade för totalförbud mot abort, för det fjärde, var läran om den obefläckade avlelsen. När jungfru Maria blev havande genom den Helige Andes försorg, skapades ett levande väsen och inget annat. Påven *Clemens XI* gjorde 1701 läran till ”ett obligatoriskt inslag i kyrkan”, och därmed ett indirekt stöd för konceptionsteorin.

För det femte fanns alltid den praktiska svårigheten att i varje fall bevisa på vilken tidpunkt av havandeskapet fördrivningen skett.[14]

Många omständigheter kunde alltså anföras till stöd för konceptionsteorin. Likafullt återfanns bland teologer, jurister och inom lagstiftning den seglivade uppfattningen att straffet skulle graderas beroende på om fördrivningen skett före eller efter viss tid från befruktningen. Mot slutet av 1800-talet skärpte emellertid katolska kyrkan

[12] Anners 1965.
[13] Antell 1895, s. 12–13; Hedrén 1901, s. 35–36; Noonan 1970, s. 34.
[14] Noonan 1970, s. 36.

tonen och det var då som den officiella läran ska ha förskjutits till ett närmast totalt förbud mot abort.

Förändringen skedde i flera steg. År 1854 kungjorde *Pius IX* att Maria var syndfri alltifrån det första ögonblicket av hennes befruktning. Femton år senare avlägsnade han hänvisningen till ”besjälade foster” och föreskrev att katoliker som gjorde abort skulle bannlysas, oavsett tidpunkt i graviditeten. 1917 preciserades bestämmelsen till att också uttryckligen gälla den gravida kvinnan. I en encyklika 1930 upprepades totalförbudet med motiveringen att abort innebär dödande av ett oskyldigt liv. Skrivelsen är också känd för sitt veto mot preventivmedel.

Efter andra världskriget justerades den katolska kyrkans officiella linje marginellt. Nu märktes en svag tendens att behandla preventivmedel skilt från abort. 1951 antydde *Pius XII* att graviditet kunde få undvikas genom användning av ”säkra perioder”. Samtidigt inskärpte han att varje foster är en människa med samma skyddsvärde som den gravida kvinnan.[15]

I sin encyklika ”Livets evangelium” från 1995 (svensk utgåva 1999) uttalade Johannes Paulus II att preventivmedel och abort var frukter av samma träd med rötter i en mentalitet som hänger sig åt njutning och företräder ett egoistiskt frihetsbegrepp. Under sin tvåtusenåriga historia hade den katolska kyrkan lärt att det mänskliga livet börjar vid befruktningen och då måste garanteras all den ovillkorliga respekt som moraliskt tillkommer människan i hennes enhet som kropp och själ.

Lärda diskussioner om vid vilken tidpunkt som själen ingjuts hade, skrev påven, inte skapat det minsta tvivel om att abort är moraliskt förkastligt. Den individ som gjorde abort skulle därför automatiskt och omedelbart uteslutas från den kyrkliga gemenskapen. Straffet syftade till ”att göra människorna fullt medvetna om allvaret i vissa synder och så medverka till bot och omvändelse”.[16]

Livets evangelium uttalade också att på grund av olika svåra omständigheter kunde gravida kvinnor drivas till att göra abort, likaväl som obotliga patienter kunde begära dödshjälp. Sådana omständigheter kunde kraftigt minska det subjektiva ansvaret och den medföljande skulden hos den som gjorde ”dessa i sig onda val”.[17]

[15] Noonan 1970, s. 38–45.
[16] Om exkommunikation (bannlysning), se *Livets evangelium*, s. 57–63, 77–84.
[17] *Livets evangelium*, s. 18, 31.

Arvet från Johannes Paulus II kan tyckas levande och den katolska kyrkans officiella position vara oförändrad. 2007 gratulerades Nicaragua av påven *Benedictus XVI* till att landet inte bara behållit kriminaliseringen av abort utan dessutom skärpt lagstiftningen så att den föreskrev straff även vid abort efter våldtäkt eller när kvinnans liv är i fara. Enligt katolska kyrkans lära är abort fortfarande (2017) en så grov synd att den leder till automatisk uteslutning ur kyrkogemenskapen. I november 2016 gav emellertid påven *Franciskus* alla katolska präster makten att förlåta abort, något som tidigare bara kunde göras av biskopar eller särskilda biktfäder.

Här kan det vara på sin plats att påminna om skillnaden mellan officiella normer och praxis, mellan ideal och verklighet, om risken med att övertolka offentliga fördömanden när livet för den vanliga människan löper i helt andra banor. I relativt rika katolska länder finns stora gap mellan lära och tillämpning; Italien och Spanien har bland de lägsta födelsetalen i Europa, och man kan fråga sig varför.

Låt oss göra en delsammanfattning. Konceptionsteorin har inte alltid varit allenarådande inom den katolska kyrkan, utan det har funnits utrymme för olika uppfattningar om när livet börjar. Det totala fördömandet av alla former av abort fick en klarare och entydigare form än det tidigare haft först från slutet av 1800-talet.[18]

3 EN SVENSK MODELL?

3.1 Medeltidsrätten. Inte totalförbud

I det förkristna Norden, liksom i antikens Medelhavsländer, var det socialt accepterat att ”sätta ut” ett barn innan det hade definierats som människa och familjemedlem. Om barnet var sjukt eller missbildat ökade sannolikheten för utsättning. Även sedan bruket hade förbjudits under tidig medeltid fick barn med funktionshinder undantagsvis sättas ut.

De historiska kvarlevorna och källorna antyder att det ansågs viktigt att dra en gräns mellan ett liv i vardande och ett fullvärdigt, okränkbart liv. Forskare har diskuterat om den första brösttagningen var ett avgörande ögonblick, då barnet upptogs i familjen och inte längre kunde dödas eller sättas ut. Sannolikt hade ritualen betydelse för hushållets, familjens egen möjlighet att reglera sin storlek.

[18] Görman 2000, s. 68.

Frågan om när ett barn – liksom ett foster – blev människa hade dessutom ekonomiska aspekter för hushållen, eftersom den påverkade arvsordningen, till exempel om ett barn föddes och dog kort därpå. Då kunde jorden gå ur släkten genom att den andre föräldern ärvde barnet. Men frågan hade också stort symbolvärde för att markera kyrkans ökade inflytande i samhället.

Parallellt med Sveriges kristnande från 1000-talet övergick successivt rätten att definiera en potentiell arvinge från familjen till den katolska kyrkan, som framgångsrikt bidrog till att utsättande av barn blev kriminaliserat. Kristnandet innebar bland annat att det infördes nya begravningsritualer för späda barn. Medan gravmaterial från förkristen tid innehåller mycket få spädbarnsgravar förekommer sådana ofta under tidig medeltid, därtill placerade på kyrkogårdarnas mest eftertraktade gravplatser, i takdroppet närmast kyrkobyggnaden.[19]

1200- och 1300-talen i Sverige var en period då landet långsamt förändrades mot central organisation samtidigt som muntligt traderad rätt och sedvänjor tecknades ner till texter. I ett första skede kodifierades rättsreglerna i landskapslagarna. Vid mitten av 1300-talet tillkom en landslag som gällde för landsbygden i hela riket (kallad Magnus Erikssons Landslag) och en stadslag för de få och små städerna (Magnus Erikssons Stadslag). Med några modifikationer gällde de två lagarna fram till det att riksdagen 1734 antog en ny lag för både land och stad.

Men lagtexter hade en delvis annan funktion än i dag. Metoderna för att i det enskilda fallet finna tillämpliga rättsregler var mer flexibla och pluralistiska. Så kunde domarna vid sidan av landslagen från 1350 åberopa inte bara olika landskapslagar utan också Bibeln, kanonisk och ”världslig” romersk rätt liksom lagar och litteratur från andra länder. Att bara se till de skrivna svenska lagtexterna ger oss alltså inte hela bilden av vad som var ”gällande rätt”. I praktiken konsulterades även andra texter. Det var ett mönster gemensamt för hela Västeuropa.[20]

Även om rättsläget kan förefalla oklart, vet vi ändå att vid behov kunde den katolska kyrkans lagstiftning tillämpas. I de områden som med tiden skulle bli “Sverige” fanns, liksom i övriga Europa, kyrkliga domstolar som utövade domsrätt över ett mycket stort fält av livets

[19] Mejsholm 2009; Ekholst 2009.

[20] Berman 1983, s. 530; Strömholm 1991, s. 99–105; Helmholz 2001, s. 25; Benton 2002, s. 36; Coing, 1973, s. 508; Kumlien 1997, s. 165–173.

områden. Men, som vi sett, inte heller den katolska rätten gav tydliga riktlinjer beträffande abort förrän mot slutet av 1800-talet.

Hur som helst är det ofrånkomligt att de första skrivna svenska lagarna från 1200- och 1300-talen inte innehöll några förbud mot barnutsättning.[21] Däremot belyser de hur viktigt det var att fastställa om ett barn fötts levande, inte minst med tanke på arvstvister. I Dalalagen (typiskt nog Kyrkobalken) hette det

> ”Nu är ett barn fött i bästa lycka, det har både naglar och hår. Drager andan in och ut; ett sådant barn skall få dopet.”[22]

I vissa lagar fanns även brösttagningen kvar:

> ”barnet var fött levande och det tog mjölk av sin moders bröst, det hade både naglar och hår.”[23]

En del medeltidslagar behandlade också något som kan uppfattas som abort. Äldre Västgötalagen (ca 1220) föreskrev straff för den som förolämpade en kvinna genom att beskylla henne för ”hon har fördrivit sitt foster eller att hon har mördat sitt barn…”.[24] Bestämmelsen avspeglar att abort ansåg som något skamligt. Två andra landskapslagar från det tidiga 1300-talet, Dalalagen och Västmannalagen, förbjöd ”bälgmord”, vilket i forskningen har ansetts avse både fosterfördrivning och mord på nyfödda spädbarn.[25]

En kvinna som anklagades för bälgmord hade två alternativ för att slippa straff: antingen erkände hon att hon varit havande, men att barnet var dödfött, och då behövde hon stöd av två andra kvinnors vittnesmål. Eller så kunde kvinnan säga att hon aldrig varit gravid och då skulle hon värja sig med två vittnen och tolv män med gott anseende som gick ed på att hon var oskyldig. Klarade hon inte det skulle

[21] Ett undantag var den lag som gällde på Gotland, *Gutalagen*, 2, Holmbäck-Wessén IV, s. 205, 245.
[22] *Dalalagen,* Kyrkobalken 6, Holmbäck-Wessén, II, s. 5–6, 14–15.
[23] *Västmannalagen*, Ärvdabalken 12:4, Holmbäck-Wessén II, s. 51, 62; *Upplandslagen*, Ärvdabalken 11:1, Holmbäck-Wessén I, s. 70, 84.
[24] *Äldre Västgötalagen*, Rättslösabalken 5:5, Holmbäck-Wessén V, s. 110.
[25] ”*bælgmorþ*”, av bälg, buk. *Dalalagen*, Kyrkobalken 12, Holmbäck-Wessén II, s. 9, 19–20; *Västmannalagen*, Kyrkobalken 25, Holmbäck-Wessén II, s. 19, 33.

hon böta tre marker.[26] Det straffet var avsevärt lägre än för mord eller dråp, där böterna var omkring 40 marker.

Intressant är dessutom att i fråga om barnamord gjorde lagarna skillnad mellan odöpt barn och döpt barn, där straffet var lägre i det första fallet. Östgötalagen stadgade att den som uppsåtligen dödade sitt döpta barn skulle, om förövaren var en man, steglas, och om det var en kvinna, stenas till döds. Om någon dödade ett odöpt barn var straffet 40 marker.[27] Dopet var med andra ord viktigt som en rit för upptagning i den sociala gemenskapen. Sammantaget visar texterna från den svenska medeltidsrätten att rättsläget från vår egen tids perspektiv kan förefalla oklart, men samtidigt att abort inte bedömdes lika allvarligt som mord eller dråp på en född människa. Men sakernas tillstånd skulle förändras.

3.2 Hårdare tag även i Sverige

Som nämndes skärptes ute i Europa de straffrättsliga sanktionerna, med särskild accent från 1500-talet. När nationalstater började konsolideras tog centralmakten ett hårdare grepp och det gällde också inställningen till abort.

Här fanns ett samband till att barnamord, som under medeltiden hade varit ett brott av underordnad betydelse, vid 1700-talets mitt kom att utgöra det dominerande kriminalpolitiska problemet. Det bidrog till en oförsonligare straffrätt.

I likhet med många andra länder i Europa införde Sverige en presumtion, en omvänd bevisbörda, för de fall då en ogift kvinna misstänktes ha dödat sitt barn omedelbart efter födseln. Villkoren var fyra. Om kvinnan blivit gravid genom *utomäktenskaplig* förbindelse, varit *ensam* vid födseln, *dolt* barnet och det sedan anträffades dött, så skulle kvinnan dömas för barnamord och till avrättning om inte *hon* kunde bevisa att barnet varit dödfött eller dött en naturlig död.

Det historiska källmaterialet visar tydligt att barnamord var ett brott som inte bara hade genusaspekter utan även sociala dimensioner. De dömda och avrättade tillhörde i regel samhällets lägsta och fattigaste skikt, inte sällan tjänstehjon, det vill säga pigor. För en kvinna som födde barn utom äktenskapet och inte tillhörde en familj

[26] Schlyter 1877. Även Hemmer 1928, s. 310 och Holmbäck-Wessén II, s. 19–20.
[27] *Östgötalagen*, Edsöresbalken 21, Kyrkobalken 26, Holmbäck-Wessén I, s. 41, 50, 17–18.

med goda ekonomiska resurser var ofta enda utsikten till försörjning att prostituera sig. Kunder fanns för det mesta. Sociala faktorer gjorde frestelsen stark att göra sig av med barnet.

Tendensen gick mot strängare bestämmelser. År 1688 förbjöd en medicinalordning apotekare eller ”kryddkrämare” att sälja abortiva medel utom till läkare. Likaså skulle barnmorskor med ed förplikta sig att aldrig bidra till ”missfödsel”, vare sig med medikamenter, råd eller egen handräckning.[28]

De hårdare rättsreglerna samspelade med att de sociala mönstren förändrades. På 1720-talet beskrev läkaren Johan Nordenheim olika metoder som kvinnor använde för att göra abort. Nordenheim var lärare för barnmorskor, men han yttrade sig här också som en obducent med erfarenhet av verkligheten i 1700-talets Sverige.

> ”Argheten har stigit så högt, att nästan oräkneliga manér äro upptänkte och utövade, att förgöra sine levande foster inom moderlivet, uti födseln eller ock efter förlossningen. De bekantaste vill jag räkna upp, som kunna även tjäna till frågor, att få därom någon kunskap och visshet, nämligen: 1) bruka de misstänkte drivande, skadelige medikamenter, varav fostret lider i moderlivet och måste omsider dö, taga de kvicksilver in med kallt källevatten, många dagar efter varandra, varav fostret ofta satt livet till och blivit avdrivet. 2) De binda sig hårt om livet över kveden[29] med ett band eller annat, varav hindras livmodren, samt barnet att utvidga sig och taga till, utan måste genom denna klämningen och tryckningen dö. 3) De stöta sig och slå sig med något träd eller sten på buken, eller ock med knytnäven, de falla med vilja på kveden, spänna ut benen, stupa kråka etc., varav det späda fostret lider men ock måste ofta sätta livet till. 4) När huvudet är framme klämma de låren ihop och förkväva barnet, då det i själva födselen lämnar livet, förrän det får börjas, som noga kan märkas därav, att huvudskålen är sönder och dess ben intryckte, hjässan insjunken och laederad, hjärnan ihoptryckt och rubbad, underlupit med stockade blodlever, lungorna befinnes svartblå, hjärtat med levrat blod uppfyllt, munnen och näsan platta, blå och slemmige…”[30]

[28] Medicinalordning, den 27 januari 1688, §§ 24 och 32.

[29] ”kved” – livmoder; jfr utomkvedshavandeskap.

[30] 1726, Assessorn i Collegium Medicum, Johan Nordenheim (1681–1740), från 1724 lärare för barnmorskorna och 1731 kungens livmedikus. Anners 1965, s. 129, 113, 138 ff, 141 not 89.

Nordenheims yttrande från 1720-talet vittnar om ett grymmare samhälle för fattiga kvinnor och om att det fanns underlag för att förespråka hårdare tag. Den allmänna tendensen var som sagt att skärpa straffen. Flera lagförslag presenterades som föreskrev dödsstraff för den som gjorde abort. Förslagen visade beröringspunkter med utländsk rätt genom att göra skillnad på om fostret antingen ”haft liv”, var ”qwickt” etc. eller om det inte kunde anses ”levande”.[31] Ofta bestämdes gränsen för livets uppkomst vid den tidpunkt då fostret rörde sig för första gången i moderlivet. Om fostret varit levande skulle kvinnan avrättas, i annat fall skulle hon piskas eller sättas i fängelse på vatten och bröd. Här möter vi åter uttryck för ett slags stadieteori.

Även de svenska domstolarnas rättspraxis gick länge på den linjen. I ett uttalande från Svea Hovrätt 1701 hette det att en kvinna som gjorde abort skulle dömas till döden om fostret hade rört sig i moderlivet, annars till ett mildare straff.[32] Men tendensen gick tydligt mot strängare straff för abort.

Också synen på barn som föddes utan att föräldrarna var gifta skärptes. Den kristna kyrkan höll strängt på äktenskapet som ett heligt sakrament, alla utomäktenskapliga förbindelser var synd och de syndande parterna skulle bestraffas. Men det gällde också deras barn och prästerskapet åberopade då gärna Gamla testamentets nitälskande Gud, som ingalunda låter någon bli ostraffad utan

> ”hemsöker fädernas missgärning på barn och efterkommande i tredje och fjärde led.”[33]

Det var en lång historia där de utomäktenskapliga barnens rättsliga ställning från 1300-talet successivt försämrades i takt med att den

[31] ”*Belgmordh, thet är Kånu förgiör foster i moderlijfwet sino; pröfwas thet hafwa varit qwickt, straffes till lifwet, elliest straffes medh twå månader Hächti och stånde skrifft*”, i Åtgärder för lagförbättring, 1633–1665, urkunder samlade af C. J. Wahlberg, Uppsala 1878, 1. c. II, p. 34.

[32] ”*der fostret pröfwas hafwa det lif, at det sig i moderlifwet rört, och det hon ettdera intagit, eller det hon på sig sielf föröfwat, warit af den wärckan, at fostret der af döden tagit; Så belägges den sådant giör, med lifs straff…. Men har fostret ey haft det lif, at det förmådt sig i moderlifwet röra… så belägges Modren i afseende på dess elaka uppsåt med Extraordinarie straff, det HofRätten underställes.*” Resolution av Svea Hovrätt från den 6 september 1701 i Abrahamsson 1726, s. 725.

[33] 2 Mosebok 20:5.

kristna kyrkan skaffade sig ökat inflytande. I ett kungligt privilegiebrev för Stockholms stad 1636 hette det att

> ”de personer, som bastarder och af en oächta sängh födde äre, dem kan ingen arfvedel tillåtin varda, utan komme effter som lagh säger, en half del af detsamma oss, och den andre halfve staden till”.[34]

Låt oss här stanna upp inför två iakttagelser. Vid början av 1700-talet löpte den kvinna som gjorde abort stor risk att dömas till döden, samtidigt som stadieteorier dominerade och tidiga aborter bedömdes mildare än sena. Men den rättsliga ordningen skulle snart bli avsevärt hårdare.

3.3 1734 års lag. En tydlig huvudregel – dödsstraff för alla aborter

År 1686 tillsattes en lagkommission med uppgift att revidera medeltidens lands- och stadslagar. Arbetet pågick under närmare femtio år innan riksdagen år 1734 kunde fastställa den lag som ännu formellt är i kraft.

Kommissionen skulle bland annat utarbeta en ny strafflag och fick då ta ställning till abort. Protokollen från kommissionens möten visar att ledamöterna länge pendlade mellan stadie- och konceptionsteorier, t.ex. när man samlades den 29 oktober 1695.

> ”Upplästes caput om belgmord.
>
> Ass. Bromeen: Här kommer att ansees, om någon skillnad skall göras emellan foster, som fördärfwas, sedan det finnes qwickt, eller förr; de förre præjudicata straffa den förgerning mindre, då fostret är eij än qwickt funnit, ehuru man kan eij neka lijf wara eller warit uti eller med fostren af begynnelsen.
>
> Borgm. Holmstr[öm]: Wist är der emellan en stoor skillnad, om det lijf hafft eller eij.
>
> Ass. Hylten: Hon släcker dock uth det lius, som Gud uptändt.
>
> Secret. Leijonm[arck]: Den, som af upsåt förgör fostren, är samme straff, antingen där warit lijf eller ej; men där någon af bråde kommer till at skada ens foster, är annat.

[34] Citerat i Inger 1997, s. 94.

Ass. Hyltén: Man kan eij annat än observera den skillnaden, om det haft lijf eller eij.

Ass. Ehren[berg]: Jag är i samme mening, som Secret. Leijonmarck: antingen det hafft lijf eller eij, är samma straff, helst som i Placatet om barnemord är lijka så.

Lagman Renst[ierna]: Orden i Placatet lyda annorlunda, så at där fostret eij pröfwas fullkomnat, är eij lifsstraff.

Rådman Nyman: Bardberare hafwa sitt wissa grep at pröfwa, om fostret hafft lijf, ty då lungan utskäres och i wattn lägges, flyter den, om fostret warit qwickt och lefwande.

Corrigerades detta wijdare: Förgör moder eller fördrifwer någon moder sitt foster, sedan som det pröfwas qwickt warit, hafwe förwärkat lifwet; samma lag ware om den, som med råd, dåd och tillhielp det samma befordrar."[35]

Diskussionen fortsatte vid flera följande möten. Den 12 december 1695 antecknades

"Cap om belgmord.

Till § 1 påmintes, om icke samma straff må wara för den, som fördrifwer sitt foster, fast det eij qwikt är.

Hans Excelle:ce: Synes rätt, emedan man uti så grovfwa missgerningar moste wara warsam och eij gifwa tillfälle till twister och owissheet, doch må detta lemnas, som det är infördt, till fleres påminnelser."[36]

Saken var inte avgjord med det. Protokollet från den 23 oktober 1699 vittnar ännu om en spänning mellan stadie- respektive konceptionsteorin, såväl inom kommissionen som i kommentarerna från svenska och baltiska instanser.

"Oplästes cap [22]: om bälgemord.

§ 1. Förgiör moder sitt barn, [som] qwickt warit, miste lifwet etc.

Ass. Bromen: Medici göra en skillnat emelan foster, som fått lif och eij; men här synes betänkeligit att attendera sådan skilnat, om partus hafft lif eller eij.

[35] Protokoll från lagkommissionens möte den 29 oktober 1695, Sjögren II, s. 44–45.
[36] Protokoll från lagkommissionens möte den 12 december 1695, Sjögren II, s. 52.

Secret. Lilliestedt: Det synes eij böra attenderas, och förmenas alla foster hafwa lif eller dispositionem vitæ, och må man ej gifwa tillfälle till disputer i sielfwa lagen.

Consentiunt alii, Lagm. Ehrnsteen, Ass. Ehrnberg etc.

Ass. Brom[en]: När partus är en månad eller twå gammalt, är säkert nog lijf.

Ass. Ehrnb[erg] et alii: Synes betänkeligit at gifwa arge menniskior tillfälle till sådane undflyckter, och är här en stoor arghet och intention at förekomma, det et foster eij må födas lefwandes.

Borgm. Holmstr[öm]: Är dock eij så stoort crimen att förekomma, det et foster eij må få lif, som at förgöra et optändt lijf.

Secret. Lilliest[edt]: Där man är säker, at conceptio är skedd, synes straffet wara lijka, men där en kåna strax effter concubitum söker abortum, af räddhoga at hon hafwer conciperat, men är owiss, om conceptio är eller eij, där synes straffet mindre.

Uplästes påminnelserna.

Dorptz Hoffrätt: att någon wiss tid uthsättes, som då modern är halfgången etc.

Gefle: att alla slijke må straffas med döden utan anseende.

Slötz, at detta blifwer stående till Kongl. Maij:tz allernådigste godtfinnande."[37]

Vissa ledamöterna hävdade alltså att straffet skulle mätas efter om fostret varit "kvickt" eller inte, medan andra menade att straffet skulle vara lika för alla aborter med motiveringen bland annat att fostret hade liv från konceptionen och att det var "betänkeligit at gifwa arge menniskior tillfälle till sådane undflyckter". Några år senare, den 24 oktober 1707, märks emellertid en förskjutning mot konceptionsteorin:

"Sedan continuerades med upläsandet af Högm[åls]balken, blifwandes wid den första paragraphen funnit gått uthlemna orden som qwickt warit, efftersom fostret har lijf a primo conceptionis momento, ty elliest skulle det intet kunna wäxa eller tilltaga, och fast än det intet wisar någon rörelse, förr än det är mycket avancerat, som sker hos sombliga förr och sombliga senare, så är det lika brått taga ett mindre

[37] Protokoll från lagkommissionens möte den 23 oktober 1699, Sjögren II, s. 153–154. Med "Dorptz" avses den estniska orten Dorpat (nuvarande Tartu), som 1625–1704 var en del av det svenska "stormaktsväldet".

> embryonem af daga som ett större, föruthan det att thet skulle wara ett meddel ursächta sig med, när en qwinsperson kunde förebära, [att] fostret ännu intet warit qwickt, derföre tiena desse ord ingaledes.
>
> [Cap 22], § 2. Som den omständigheten i föregående paragrapho, om barnet warit qwickt eller intet, gås förbij, så fant Kongl:e Commissionen, att denna § 2 går aldeles uth, ty detta är ett mitigans hos dommaren, som intet bör inflyta uti sielfwa lagen.
>
> Hr Herdhielm berättade den casum offta sig tilldraga, att fostret måste genom doctorer dödas, på det modren må få behålla lifwet."[38]

Till sist, mer än 20 år senare, vid lagkommissionens möte den 2 november 1728, inkallades kungens livmedikus Archiatern Magnus von Bromell, som på direkt fråga

> "utlät sig, att som barnet straxt effter conception wärkeligen har lijf, fastän rörelsen kännes först i 5:te och 6:te månaden, altså höll han för lijka stor synd, om barnet fördrifwes på 5[:te] eller 6:[te] dagen eller på 5:[te] eller 6:te månaden, kunnandes icke finna, att uti lagen bör någon åtskilnad giöras af tijden, hwilket ock fördenskuld blef observ[erat]."[39]

Livmedikusens entydiga utlåtande betydde att även om fosterrörelserna kändes först i femte eller sjätte månaden, så hade fostret liv omedelbart efter konceptionen. Det var därför lika stor synd att fördriva det när helst det skedde och lagen skulle därför inte göra någon skillnad avseende tidpunkten.

Och så blev det. Huvudregeln i 1734 års lag innebar en total anslutning till konceptionsteorin. Abort var straffbar under alla skeden av graviditeten och en kvinna som dömdes för brottet skulle halshuggas eller hängas. Det spelade ingen roll om hon hade varit gravid i flera månader eller bara några veckor, inte heller om fostret visat tecken på liv. I fall hon hade försökt fördriva fostret men inte lyckats skulle hon straffas med böter eller piskning. Bestämmelserna fanns i ett kapitel med rubriken "Om barnamord", vilket visar att man såg beröringspunkterna mellan de två handlingarna.

[38] Protokoll från lagkommissionens möte den 24 oktober 1707, Sjögren II, s. 315–316.
[39] Protokoll från lagkommissionens möte den 2 november 1728, Sjögren III, s. 306–307.

3.4 Ideal och verklighet

Genom 1734 års lag anslöt sig alltså det protestantiska Sverige till konceptionsteorin och det skedde mer än hundra år innan den katolska kyrkan definitivt tog samma steg. Det tycks som om läkarvetenskapens åsikt spelade en viktig roll. Av vad som ansågs vara biologiska fakta drog lagkommissionen etiska, och därmed juridiska, slutsatser. Huvudregeln från 1734 års lag om fullt straff för abort oavsett tidpunkt kom formellt att gälla fram till att vår nuvarande abortlag infördes 1975.

Men praxis var inte lika sträng som den skrivna lagen utan domstolar och myndigheter utvecklade olika tekniker för att benåda kvinnor eller döma till lägre straff. Dessutom mildrades också den skrivna straffrätten i Sverige från slutet av 1700-talet. Det gällde även för abort och barnamord. I debatten talades då om behovet av ”allmänna anstalter” för att underlätta ensamstående mödrars situation, till exempel offentliga barnhem.[40]

Förebilder fanns i utlandet. Kung Gustav III, som vistats flera år på den europeiska kontinenten, tog många initiativ för att avhålla ogifta mödrar från att döda sina nyfödda barn. Framför allt avskaffades den omvända bevisbördan vid barnamord. Det innebar en radikal förändring, men den genomfördes under stort motstånd från jurister och den svenska kyrkans män. Riksdagens prästestånd krävde att dödsstraffet måste behållas eftersom det var grundat i Guds lag samtidigt som det injagade skräck och avsky.[41]

Liknande protester från kyrkan hördes sedan Gustav dessutom drivit igenom att ogifta kvinnor skulle få föda barn i hemlighet och överlämna det till kommunala myndigheter utan att uppge sitt eller faderns namn (”okänd moder”). Prästerna kallade kungens förordning ”horeplakatet”, eftersom den ansågs gynna prostituerade och de anförde att ”halva människosläktet under lagens skydd trodde sig ha fått ett fribrev att utöva den skamliga otuktslasten”.[42]

Prästernas uttalande var uttryck för en lång kamp mellan liberalisering och krav på hårdare tag. Men från 1800-talet skulle tendensen otvetydigt gå mot en mer human – i betydelsen mindre blodig – straffrätt. För många brott ersattes dödsstraffet av långvariga anstaltsvistelser, cellfängelser och straffarbete. I diskussionen om abort bör-

[40] Anners 1965, s. 167–206; Kumlien 1997, s. 173–180 med där anförd litteratur.
[41] Prästeståndets lagutskott 1778. Anners 1965, s. 279, 286, 289, 293–294, 300.
[42] Odhner 1896, s. 455; Anners 1965, s. 305.

jade man dra en tydligare skiljelinje mot barnamord. Man tog också större hänsyn till att en gravid kvinna kunde vara i en så pressad social situation, att hon såg dödsstraff som en sista utväg att bli kvitt både skam och bekymmer, något som talade för en mildare bedömning.

3.5 Liberalisering. Från dödsstraff till legaliserad abort

Liberaliseringen från 1734 års nolltolerans till dagens fria abort skedde i flera etapper.[43]

1861 ersattes dödsstraffet från 1734 års lag med att domstolen kunde döma till straffarbete från två till och med sex år om en kvinna gjorde abort. Försök skulle leda till straffarbete eller fängelse i två till sex månader.[44] Bestämmelserna överfördes till den nya strafflag som trädde i kraft 1864.

Straffet mildrades sedan ytterligare i olika omgångar. 1890 sänktes minimistraffet för kvinnan till straffarbete i ett år, och 1921 till böter eller fängelse i högst sex månader. Det innebar att den hårda sanktionen straffarbete helt föll bort 1921.[45] Successivt hade alltså på sextio år, 1861–1921, straffen satts ner från dödsstraff till böter.

1917 avskaffades institutet ”okänd moder” med hänvisning till att ett barn hade rätt att få veta sin mors namn. Omsorgen om barn ledde också 1918 till att fattigvårdslagen inte längre tillät kommuner att auktionera ut barn till den som krävde lägst ersättning.

Samtidigt hade det blivit allt vanligare att diskutera den så kallade medicinska indikationen för abort, d.v.s. om liv stod mot liv skulle man kunna värdera kvinnans liv högre än barnets. Svenska läkare hade länge i praxis gjort undantag från abortförbudet om det förelåg fara för kvinnans liv. Men även om straffhotet började betraktas som meningslöst var ingreppet alltså fortfarande formellt straffbelagt. Antalet illegala aborter som utfördes av personer utan medicinsk kompetens ökade konstant, vilket ofta ledde till svåra komplikationer, och det gällde långt in på 1930-talet.[46]

Då kom emellertid en radikal vändning. 1938 upphävdes det straffrättsliga totalförbud mot abort som gällt sedan 1734 och åtgärden tilläts i fyra fall: vid risk för kvinnans liv (vad som tidigare varit

[43] För en närmare redogörelse, se t.ex. för 1800-talet Antell 1895 och för 1900-talet Lennerhed 2008.
[44] SFS 1861:1.
[45] SFS 1890:33; SFS 1921:298.
[46] Lennerhed 2008.

tolererat blev lagligt), barnet var avlat vid våldtäkt eller incest, kvinnan var under 15 år, risk för att den gravida kvinnans eller faderns arvsanlag kunde medföra sinnessjukdom, sinnesslöhet eller svår kroppslig sjukdom hos barnet. I det sista – rashygieniska – fallet måste kvinnan steriliseras och Medicinalstyrelsen ge sitt godkännande. I övriga fall avgjorde två läkare.[47]

År 1946 infördes en socialmedicinsk indikation, enligt vilken kvinnan kunde få abort om hennes ”kroppsliga och själsliga” krafter antogs kunna bli nedsatta av en förlossning och vården av ett barn. En annan nyhet 1946 var att kvinna som gjort illegal abort skulle slippa straff om det fanns förmildrande omständigheter.[48] Knappt 20 år senare, 1963, beslutade riksdagen att införa ytterligare en indikation för laglig abort, nämligen när det kunde antas att det väntade barnet riskerade att få lida av svårartad sjukdom eller svårt lyte. Bakgrunden var att missbildade barn föddes på grund av att den gravida kvinnan använt läkemedlet neurosedyn. Lagstiftningen 1963 fick viss kritik för synsättet att fostrets liv får tas för fostrets egen skull, vilket rör frågan om det generella människovärdet för redan födda individer.[49]

1965 tillsatte regeringen en parlamentarisk kommitté med uppdrag att ändra abortlagen. Utredningen blev klar 1971 och den 1 januari 1975 trädde den lag i kraft som fortfarande gäller.[50] Lagen innebar en anpassning till vad som redan skedde i verkligheten; under den föregående tioårsperioden 1965–1974 förändrades praxis radikalt. Antalet legala aborter uppgick år 1963 till cirka 3 500, 1970 till cirka 17 000 och 1974 till närmare 30 000.[51] Det var ännu en gång läkarnas bedömningar som spelade en avgörande roll för rättsläget. 2008 utvidgades aborträtten, så att kvinnor som inte är svenska medborgare eller bosatta i Sverige kan få abort utförd i landet utan särskilt tillstånd.[52]

Inom svenska kyrkan hade meningarna länge varit delade, redan från 1920-talet hävdade många präster att svenska medborgare skulle ha rätt att lämna statskyrkan och att Bibelns kärleksbudskap hela

[47] SFS 1938:318–319, 571–572; SFS 1938:566–567.
[48] SFS 1946:210; Elgán 1994, s. 107, 133–135, 171–175; SOU 2005:90, s. 40–41.
[49] SFS 1963:213. Beträffande fosterdiagnostik och abort, se SOU 1989:51 och Habermas 2001.
[50] SOU 1971:58, SFS 1974:595.
[51] SOU 2005:90, s. 47.
[52] SFS 2007:998.

tiden måste omtolkas efter samhällets förändring. Det var dags för kyrkan att byta strategi, från vedertagna anspråk på att vara överordnad auktoritet som föreskriver handlingsmönster till en institution som ger underlag för individens egna ställningstaganden.[53] Med tiden uttalades officiellt stöd för 1975 års abortlag: ”*Det finns inte /…/ något alternativ till kvinnans självbestämmande*”.[54]

4 INTE EN SVENSK MODELL

Vi har noterat att Missgärningsbalken i 1734 års lag föreskrev dödsstraff för den kvinna som gjorde abort. I praxis medgavs undantag om det förelåg fara för kvinnans liv. Huvudregelns bestämmelse om dödsstraff ersattes 1864 av straffarbete. Drygt hundra år senare, 1975, infördes fri abort för kvinnan till och med 18:e graviditetsveckan. Undantaget blev huvudregel.

Ser man ut över världen i dag är det uppenbart att fri abort är långt ifrån en självklarhet. Snarare är det tvärtom. På många håll är abort förbjuden, och i länder där den är tillåten inskränks möjligheterna på olika sätt.[55] Även bland EU:s liberala och sekulära stater finns skilda regler. Det toleranta Skandinavien kan ställas mot de restriktiva Polen, Irland och Malta. Även sättet att formulera abortlagar och ”policies” har skilt sig mellan olika länder och rättskulturer. I västliga demokratier ser man i regel en lång och komplex debatt som involverar lagstiftande församlingar, politiska partier, myndigheter, domstolar, likaväl som intressegrupper. I Storbritannien, Frankrike och Sverige har parlamentet varit viktigaste forum, medan folkomröstningar spelat central roll i Italien och Irland, med liberaliserande respektive restriktiv tendens. I USA, Kanada och Tyskland har domstolsavgöranden varit den viktigaste faktorn och har hamnat i fokus för efterföljande ifrågasättanden.[56] I USA har det verkliga abortmotståndet förts i domstolar och varit så framgångsrikt att en kvinna i dag har sämre möjligheter till abort än vad hon hade 1973, då Supreme Court gav sitt berömda utslag i *Roe v. Wade*.[57]

[53] Bäckström m. fl. 2004.
[54] Uttalande av *Svenska ekumeniska nämnden* den 20 augusti 1990. Se även Kyrkomötet 2009, Kyrkolivsutskottets betänkande 2009:10, som var ett svar på motion 2009:66 av Margareta Sandstedt m.fl. från ”Sverigedemokraterna – Fädernas kyrka”.
[55] Kulczycki 1999, s. 3.
[56] Kulczycki 1999, s. 3, 16.
[57] Hull m fl 2001; Ericson, Sven Eric 2000, s. 135.

Kriminalisering av abort har uppenbarligen inte någon effekt på aborttalen. Tvärtom har länder med liberal lagstiftning och god tillgänglighet relativt sett låga aborttal. Forskning om EU:s medlemsstater visar att länder med välutbildade förvärvsarbetande kvinnor och utbyggd offentlig barnomsorg har högst födelsetal. Det finns ett tydligt samband mellan dåliga sociala-ekonomiska förhållanden och höga aborttal.[58]

Den svenska rättens historia har inte varit en linjär förändring från nolltolerans till frigörelse, utan snarare inneburit vågrörelser. Att regleringen varit strängare och straffen generellt mer brutala ju längre bakåt man går i tiden är alltså inte riktigt. I ett långt historiskt perspektiv framträder i stället en bågformad rörelse, från mildare straff över brutalisering, och (hittills) åter till humanisering.[59] Det belyser hur rättens historia inte skriver sig själv, eller obönhörligt förändras i en riktning. Det är alltid fråga om dynamik mellan olika intressen, där ideologiska och rättsliga positioner kan förändras.[60]

REFERENSER

Otryckt material

Svenska ekumeniska nämndens arkiv, Uppsala universitetsbibliotek, K2, Pärm 630a.

Offentliga utredningar

SOU 1971:58, Rätten till abort.
SOU 1989:51, Den gravida kvinnan och fostret – två individer. Om fosterdiagnostik. Om sena aborter.
SOU 2005:90, Abort i Sverige.

Lagstiftning, lagsamlingar

Abrahamson 1726, Sverikes Landz-Lagh, effter som hon aff … Carl then IX … är öfversedd, confirmerat och åhr 1608 publicerat

[58] Oláh 2007; Oláh 2010; Lindmark 2009, s. 84; Sedgh 2012.
[59] Wallenberg Bondesson 2011; Spitzer 1979; Otterbein 1986.
[60] Se diskussionen vid Kyrkomötet 2015: motion 2015:97 av Nasrin Sjögren från ”Frimodig kyrka”, Läronämndens yttrande Ln 2015:19y och Kyrkolivsutskottets betänkande 2015:19.

vorden. Nu ånyo å andra gången med anmärkningar uplagd. Utg af Peter Abrahamson, Sthlm 1726.
Medicinalordning, den 27 januari 1688.
Åtgärder för lagförbättring, 1633–1665, urkunder samlade af C. J. Wahlberg, Uppsala 1878.
Sveriges rikes lag gillad och antagen på riksdagen år 1734.
SFS 1861:1, Kunglig förordning den 29 januari 1861 ang. mord, dråp och annan misshandel. Om barnamord och fosterfördrifvande, så ock om utsättande af barn eller annan, som wärnlös är.
SFS 1890:33, lag om ändring i vissa delar af strafflagen.
SFS 1921:298, lag om ändring i vissa delar av 14 kap. strafflagen.
SFS 1938:318–319, 571–572, lag om avbrytande av havandeskap.
SFS 1938:566–567, lag om ändringar av strafflagen.
SFS 1946:210, lag angående ändring i lagen den 17 juni 1938 (nr 318) om avbrytande av havandeskap.
SFS 1963:213, lag angående ändrad lydelse av 1 och 4 §§ lagen den 17 juni 1938 (nr 318) om avbrytande av havandeskap.
SFS 1974:595, Abortlag.
SFS 2007:998, lag om ändring i abortlagen (1974:595).

Övriga referenser

Ahlzén, Rolf, ”Aborten och barnamordets historia” i Ahlzén, Rolf, m.fl. (red.), *Abort, fosterdiagnostik och människovärde. Tro & tanke*, Svenska kyrkans forskningsråd 1991:7, 1991, s. 27–33.
Anners, Erik, *Humanitet och rationalism. Studier i upplysningstidens strafflagsreformer – särskilt med hänsyn till Gustav III:s reformlagstiftning,* Lund 1965.
Antell, Herman, *Om dråpbrotten III. Fosterfördrivningsbrottet*, Lund 1895.
Aristoteles, *The Politics*. Engelsk övers. Cambridge – Massachusetts – London 1990.
Benton, Lauren, *Law and Colonial Culture. Legal Regimes in World History, 1400–1900,* Cambridge 2002.
Berman, Harold, *Law and revolution,* Cambridge 1983.
Bishofberger, Erwin, ”Att vara och att bli till. Ett filosofiskt perspektiv” i Dunér, Anna m.fl. (red.), *Den svårlösta konflikten – om den ofödda människan,* Stockholm 2009, s. 169–186.
Block, Per, ”Bibelvetenskap”, i *Nationalencyklopedin,* Höganäs 1990, Bd 2, sp. 518.

Bäckström, Anders, Edgardh Beckman, Ninna, Pettersson, Per, *Religious Change in Northern Europe. The Case of Sweden. From State Church to Free Folk Church. Final report.* Stockholm 2004.

Coing, Helmut, *The Roman Law as Ius Commune on the Continent,* 1973.

Dahlström, Gunnar, ”Det mänskliga embryots status i idéhistorien – felöversättning i bibeln påverkar abortdebatten” i *Läkartidningen* 1989 nr 8, s. 635–636.

Deiniger, Francis & Joannes Sinnich, *Der Kampf der Loeuvener Universität gegen den Laxismus*, Düsseldorf 1938.

Ekholst, Christine, *För varje brottsling ett straff. Föreställningar om kön i de svenska medeltidslagarna*, Stockholms universitet 2009.

Elgán, Elisabeth, *Genus och politik. En jämförelse mellan svensk och fransk abort- och preventivmedelspolitik från sekelskiftet till andra världskriget*, Uppsala 1994.

Ericson, Sven Eric, ”Hinder och motstånd”, i Gustafsson, Barbro, Helmius, Gisela, Lennerhed, Lena, Persson, Elisabeth (red.), *Erfarenheter och egna val. En bok om abort*, Stockholm 2000, s. 129–139.

Eriksson, Gösta, ”Abort och den gammaltestamentliga lagen – det är den nya översättningen som är fel!” i *Läkartidningen* 1989 nr 86, s. 1885.

Görman, Ulf, ”Religion, sexualitet och abort”, i Gustafsson, Barbro m.fl. (red.), *Erfarenheter och egna val. En bok om abort*, Stockholm 2000, s. 52–70.

Habermas, Jürgen, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt am Main 2001.

Hedrén, Gunnar, *Om fosterfördrifning ur rättsmedicinsk synpunkt, särskilt med hänsyn till svenska förhållanden och svensk lagstiftning*, Stockholm 1901.

Helmholz, Richard. H., *The Ius Commune in England: Four studies,* Oxford 2001.

Hemmer, Ragnar, *Studier rörande straffutmätningen i medeltida svensk rätt*, Helsingfors 1928.

Holmbäck, Åke & Wessén, Elias, *Svenska landskapslagar tolkade och förklarade för nutidens svenskar av Åke Holmbäck och Elias Wessén.* Del I–V. Sthlm 1933, 1936, 1940, 1943, 1946.

Hull, N. E. & Hoffer, Peter Charles, *Roe v. Wade. The Abortion Rights Controversy in American History*. Landmark Law Cases & American Society. University Press of Kansas 2001.

Inger, Göran, *Svensk rättshistoria,* Malmö 1997.
Kapparis, Konstantin, *Abortion in the ancient world,* London 2002.
Knodel, John, *Lessons from the past: Policy implications of historical fertility studies. Population and Development Review*, 1979.
Kulczycki, Andrzej, *The abortion debate in the world arena*, New York 1999.
Kumlien, Mats, *Uppfostran och straff,* Lund 1997.
Kyrkomötet 2009, Protokoll, Kyrkolivsutskottets betänkande 2009:10.
Kyrkomötet 2015, Protokoll, Kyrkolivsutskottets betänkande 2015:19.
Lennerhed, Lena, *Historier om ett brott. Illegala aborter i Sverige på 1900-talet*, Stockholm 2008.
Lindmark, Gunilla ”Orsaker, metoder och risker. Abort ur ett medicinskt perspektiv” i Dunér m.fl., *Den svårlösta konflikten – om den ofödda människan*, 2009, s. 77–92.
Livets evangelium, Katolska bokförlaget, Uppsala 1999.
Mejsholm, Lotta, *Gränsland. Konstruktion av tidig barndom och begravningsritual vid tiden för kristnandet i Skandinavien*, Uppsala 2009.
Moseley, Katherine, ”The History of Infanticide in Western Society”. *Issues in Law* & *Medicine*, 1985, s. 345–361.
Noonan, John, ”An almost absolute value in history”, i Noonan m.fl. *The morality of abortion. Legal and historical perspectives*, Cambridge 1970, s. 1–59.
Odhner, Claes Theodor, *Sveriges politiska historia under konung Gustaf III:s regering*, Stockholm 1896.
Oláh, Livia Sz, *The evaluation and challenges of European countries' counter measures against declining birth rates: Changes of life styles and social security systems*. Working Paper 2010:7. Stockholm University Linnaeus Center on Social Policy and Family Dynamics in Europe, SPaDE.
Oláh, Livia Sz, *The demographic challenge.* Rapport 1957–2007: the European Union and the Advancement of Women. Women Building the Future of Europe. Seminar on the occasion of the International Women's Day 2007.
Otterbein, Keith F. *The ultimate coercive sanction: a cross-cultural study of capital punishment*. New Haven, Connecticut 1986.
Sayed, Mosa, ”Abort inom den islamska rättstraditionen”, *Svensk Juristtidning* 2014, s. 812–834.

Schlyter, Carl Johan, *Ordbok till samlingen av Sweriges gamla lagar*, Stockholm 1877.
Sedgh, Gilda, Singh, Susheela, Shah Iqbal H, Åhman Elisabeth, Henshaw, Stanley, Bankole Akinrinola, ”Induced abortion: incidence and trends worldwide from 1995 to 2008”, i *Lancet* Vol. 379, February 2012, s. 625–632. www.thelancet.com.
Sjögren, Wilhelm, *Förarbeten till Sveriges rikes lag 1686–1736*, I–VIII, Uppsala 1900–1909.
Spitzer, Stephen, ”Notes toward a theory of punishment” i *Research in Law and Sociology,* 2, 1979.
Strömholm, Stig, *Europa och rätten,* Stockholm 1991.
Thomas (ab Aquino), *Summa theologica*.
Wallenberg Bondesson, Maria, ”Sådan tid sådan lag” i *Tvärsnitt* 3–4:2011, s. 8–11.

Rättssociologi ♥ Rätts-dogmatik = Kvalitet? Vetenskapens möjligheter att kartlägga barnets bästa

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

Annika Rejmer

FORSKNING SOM VERKTYG FÖR ATT FÖRVERKLIGA BARNS RÄTTIGHETER

Särskilt om kombinationen rättsdogmatik och rättssociologi

1 INLEDNING

Forskning definieras som en systematisk arbetsprocess som i bästa fall bidrar till ny kunskap och ett ökat vetande. Forskningsprocessen utgörs vanligtvis av en dekonstruktion av verkligheten i syfte att utforska avgränsade delar närmare. Undersökningarna genomförs med hjälp av en uppsättning, av vetenskapssamhället accepterade, metoder. De olika metoderna som står till buds ger svar på skilda frågor såsom; vem, vad, när, hur, var och varför? I denna artikel kommer jag inledningsvis att redogöra för forskningens förutsättningar, för att därefter närma mig rättsvetenskapliga metoder och särskilt belysa rättsdogmatik och rättssociologisk metod. Jag avslutar artikeln med en reflektion över om en kombination av de två metoderna kan vara ett fruktbart tillvägagångssätt för att öka kunskapen och vetandet i syfte att förverkliga barns rättigheter.

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

2 FORSKNINGENS FÖRUTSÄTTNINGAR – EN FRI VERKSAMHET?

Forskning är omgärdad av handlingsanvisningar av skiftande valör. Lagstiftaren har fastslagit att forskning ska genomföras i enlighet med de etiska principer som accepteras av samhället avseende val av forskningsobjekt, metoder och användning av resultat.[1] Lagstiftaren har samtidigt grundlagsskyddat forskningens frihet, i regeringsformen kap. 2 § 18 st. 2. Ramarna för forskningens frihet preciseras i lag. Av exempelvis högskolelagen (SFS 1992:1434) framgår att forskare har frihet att fritt välja forskningsproblem, utveckla forskningsmetoder och att publicera resultat. Det finns emellertid anledning att diskutera stadgandenas betydelse. Detta mot bakgrund av att forskares möjlighet att bedriva forskning inom tjänsten i bästa fall medger tid till att utveckla ett projekt och skriva en forskningsansökan, alternativt att författa i genomsnitt en artikel per år. För att genomföra forskningsprojekt krävs extern finansiering, vilket innebär att projektet ska nagelfaras i en konkurrensutsatt urvals- och bedömningsprocess som styrs av olika typer av direktiv och ett kollegialt granskningsförfarande. Av samma anledning finns skäl att diskutera friheten att fritt publicera forskningsresultat, eftersom den är styrd av förlag och också är vetenskapligt konkurrensutsatt genom ett kollegialt granskningsförfarande. En slutsats som kan dras av ovanstående resonemang är att en forskares faktiska frihet utgörs av rätten att utveckla forskningsprojekt och att skriva forskningsansökningar.[2]

Om lagen (2003:460) om etikprövning av forskning som avser människor beaktas framstår forskningens frihet än mer beskuren. Lagen föreskriver att forskning på levande och avlidna personer, biologiskt material från människor och hantering av känsliga personuppgifter ska genomgå en etisk prövning. Lagstiftarens målsättning med lagen är att skapa en rimlig balans mellan olika legitima intressen. Ett sådant intresse är behovet av kunskap som kan bidra till individens och samhällets utveckling. Kunskapsbehovet kan i sin tur ställas mot andra lika legitima intressen såsom människors rätt till integritet samt rätt till skydd mot riskexponering och skada. Vilka risker och skador som forskning tillåts åsamka människor varierar mellan olika vetenskapsområden och aktualiserar därigenom olika typer av överväg-

[1] Prop. 2009/10:80 s. 191–192.
[2] Rejmer 2016 s. 38–48.

den.[3] Inom samhällsvetenskaplig forskning, rättsvetenskapen inräknad, rör etiska överväganden främst balansen mellan behovet av ny kunskap och ökat vetande och hanteringen av känsliga personuppgifter. Av § 3 i lag om etikprövning av forskning som avser människor framgår att forskningsprojekt som rör känsliga personuppgifter, enligt definitionen i 13 § personuppgiftslagen (SFS 1998:204, PUL), ska genomgå en etisk prövning. Av 13 § PUL kan utläsas att det är förbjudet att behandla personuppgifter som *avslöjar* hälsa, sexualliv, ras, etniskt ursprung, politiska åsikter, religiös eller filosofisk övertygelse och medlemskap i fackförening. Av § 3 st. 2 i lag om etikprövning av forskning som avser människor framgår att forskning om personuppgifter som *avslöjar* lagöverträdelser som rör brott, domar i brottmål, straffprocessuella tvångsmedel eller administrativa frihetsberövanden, enligt definitionen i § 21 PUL, också ska genomgå etisk prövning. Genom kravet på etikprövning är ett fullt möjligt scenario att ett externt finansierat forskningsprojekt inte kan genomföras eftersom etikprövningsnämnden avslår ansökan om etikprövning. Det är således inte bara lagstiftaren utan också forskningsfinansiärer och etikprövningsnämnderna som utövar inflytande över vilken ny kunskap och vilket ökat vetande som samhället är i behov av. Forskares frihet verkar i praktiken vara reducerad till en rätt att orientera sig i forskningsfinansiärernas styrdokument och samhällets etiska riktlinjer samt att utifrån dessa utveckla projekt och skriva forskningsansökningar.

Det är inte bara rättigheterna att fritt välja forskningsproblem och att publicera forskningsresultat som kan diskuteras, utan också rätten att fritt utveckla forskningsmetoder. I detta fall är det inte enbart lagstiftaren som har begränsat friheten utan också vetenskapssamhället genom en intern uppförandekod, som fungerar som en måttstock för kvaliteten på forskning. Koden föreskriver exempelvis att forskning ska vara kumulativ vilket innebär att forskare förutsätts skaffa sig en överblick av tidigare forskning och att vidareutveckla föregångarnas arbete.[4] Det inträffar visserligen paradigmskiften då och då men de är snarare undantag än regel.[5] Vidare anger koden att forskning ska vara teoretisk i betydelsen att ett preciserat vetenskapligt språk ska användas. Inte sällan inbegriper forskning dessutom begreppsutveck-

[3] Hermerén 2011 s. 10 f.
[4] Esaiasson m.fl., 2012 s. 19–21.
[5] Brante 1980 s. 22 f.

ling. Koden anmodar också att forskning ska genomföras intersubjektivt, forskaroberoende, transparent och värderingsfritt. Det innebär att forskning ska vara oberoende av person och att den ska kunna upprepas. Av kravet på upprepning följer att forskning dessutom måste dokumenteras och arkiveras. Därutöver förutsätts forskning vara empirisk, det vill säga utgöras av systematiska och hederliga undersökningar av verkligheten. Avslutningsvis anmodar uppförandekoden att forskning ska ha förklarande ambitioner för att anses nå upp till vetenskaplig kvalitet.[6] En deskriptiv studie av verkligheten ger svar på frågorna vem, vad, när, hur och var. Resultatet av en sådan studie kan stå självständigt, som en beskrivning av ett fenomen, men anses vanligtvis inte hålla någon högre vetenskaplig kvalitet. En explanativ studie anses vara av högre vetenskaplig kvalitet men kan däremot inte stå för sig själv utan kräver ett deskriptivt underlag att utgå från för att kunna ge en förklaring till varför verkligheten ser ut som den gör.

3 RÄTTSVETENSKAP – EN MÅNGMETODOLOGISK VETENSKAP?

Forskare i rättsvetenskap har en verktygslåda fylld med metoder att tillgå för att undersöka rättsordningen i vid bemärkelse.[7] De kan exempelvis använda komparativ, rättsekonomisk, genusrättsvetenskaplig, rättsfilosofisk, rättssociologisk, rättshistorisk, rättsdogmatisk eller EU-rättslig metod. Vilken metod som används beror på vilka frågor forskaren söker svar på. Rättsvetenskapliga studier kan vara såväl normativa för att besvara frågan om hur ett rättsligt problem ska lösas, deskriptiva för att besvara frågorna vem som ska agera, vad, var, hur och när handling ska vidtas som explanativa för att besvara frågan varför. Deskriptiva undersökningar men även explanativa är empirisk forskning men jag vill argumentera för att även normativ forskning är empirisk eftersom den, i likhet med all annan forskning, initieras av en observation eller ett uttalande om hur verkligheten är beskaffad.[8] Därigenom gäller samma krav på normativ forskning som för övrig empirisk forskning avseende dessa observationer och uttalanden. Det innebär att en källkritisk granskning ska företas med hjälp av sam-

[6] Esaiasson m.fl., 2012 s. 21–28.
[7] Se Korling och Zamboni 2013 för en presentation av juridisk metodlära.
[8] Esaiasson m.fl., 2012 s. 29.

hällsvetenskaplig källkritisk metod och redovisas. Den källkritiska metoden, som anses vara forskares främsta verktyg mot felaktigheter och desinformation, har en kvalitetssäkrande funktion som inbegriper en systematisk kontroll av sanningshalten och trovärdigheten i såväl beskrivningar av historiska förlopp som uttalanden om nutiden. En källkritisk studie kan genomföras med stöd av hjälpregeln: ÄdelOST, det vill säga genom en kontroll av *äkthet, oberoende, samtidighet* och *tendens*. Då den källkritiska metoden tillämpas indelas källor i *lämningar* av mänsklig aktivitet och *berättelser*. Exempelvis kategoriseras teknisk bevisning som lämningar och vittnesuppgifter som berättelser. En dom kan betraktas som en *berättelse* om det är själva innehållet som är föremål för forskning men också som en *lämning* om det är kunskap om hur rättssystemet fungerade vid en viss tidpunkt som är av intresse.[9]

Ett grundläggande krav på källmaterial är *äkthet*. Forskaren måste försäkra sig om att såväl lämningar som berättelser har producerats vid den tidpunkt, i det sammanhang av den eller de personer som anges.[10] Ett annat krav är *oberoende*. En berättelses oberoende kan fastställas genom att den bekräftas av andra källor av ett annat ursprung.[11] Har exempelvis Barnombudsmannens (BO) rapport om diskriminering av ensamkommande barn stöd i andra källor? Ett annat kriterium för oberoende är om det rör sig om en primär- eller sekundärkälla.[12] Är det exempelvis Stadsmissionen som berättar om hemlösas problem eller är det hemlösa som har fått komma till tals och beskriva sina egna problem? Vem som har fått möjlighet att berätta är avgörande för vilken relevans källan kan tillskrivas. Ytterligare ett krav för att kriteriet oberoende ska anses vara uppfyllt är att berättaren är oberoende.[13] Att berättaren kan vara uppriktig. Hur uppriktig kan exempelvis en klient hos socialtjänsten vara i en utvärdering av verksamheten om den utförs av socialsekreterare som arbetar på klientens socialkontor? Påverkas resultatet av att klienten, som befinner sig i ekonomiskt trångmål, får en trisslott som tack för medverkan i utvärderingen? Av vikt är också kriteriet *samtidighet* som avser tiden mellan när en händelse inträffade, nedtecknades eller berättades. Ju längre tid som har passerat desto större risk för min-

[9] Esaiasson m.fl., 2012 s. 278–281.
[10] Esaiasson m.fl., 2012 s. 282–283.
[11] Esaiasson m.fl., 2012 s. 283–284.
[12] Esaiasson m.fl., 2012 s. 283–284.
[13] Esaiasson m.fl., 2012 s. 283–284.

nesfel men också för feltolkning på grund av okunskap.[14] Är det exempelvis möjligt att tolka femtio år gamla förarbeten på ett vederhäftigt sätt om forskaren saknar kunskap om vilka ideologier och informella normer som då var dominerande i samhället eller för den delen ett tjugofem år gammalt rättsfall? Kriteriet *tendens* avser i vilken utsträckning ett påstående är att betrakta som tendentiöst, det vill säga färgat av avsändarens syfte. Är lämningen eller berättelsen att betrakta som vinklad, partisk eller ensidig? En fråga som forskaren bör fundera över i samband med en kontroll av kriteriet *tendens* är varför och när berättelsen har spridits. Vad vill exempelvis regeringspartier respektive oppositionspartier uppnå när de sprider problematiserande bilder av en lag eller dess tillämpning i mitten av en mandatperiod respektive under en valkampanj?[15] En slutsats som kan dras av här förda resonemang är att samhällsvetenskaplig källkritisk metod har en funktion att fylla även i normativ forskning.

4 RÄTTSDOGMATIK OCH RÄTTSSOCIOLOGI – VAD ÄR SKILLNADEN?

Roscoe Pound myntade i början av 1900-talet uttrycket ”law in books and law in action”, där ”law in books” syftar på skriven lag och ”law in action” på den levande rätten.[16] Uttrycket har med tiden kommit att användas för att klargöra skillnaden mellan rättsdogmatik och rättssociologisk metod. Om rättsdogmatik kan användas för att utforska ”law in books” så kan rättssociologisk metod användas för att utforska ”law in action”, det vill säga till att undersöka rättsordningens förhållande till samhället, hur lagar tillämpas och vilka effekter rättstillämpningen får på samhället och för individen.

Ett annat sätt att klargöra skillnaden mellan rättsdogmatik och rättssociologisk metod är att definiera respektive metods forskningsfält. Med hjälp av rättsdogmatik anläggs ett inomrättsligt perspektiv på rättsordningen. Rättsdogmatik är således ett verktyg för att generera ny kunskap och ökat vetande *i rätten*. Rättssociologisk metod tillhandahåller däremot verktyg för att anlägga ett utomrättsligt perspektiv på rätten. Därigenom kan externa faktorers påverkan på lagstiftningsprocessen, rättstillämpningen och dess effekter på såväl sam-

[14] Esaiasson m.fl., 2012 s. 284–285.
[15] Esaiasson m.fl., 2012 s. 285–287.
[16] Pound 1910 s. 12–36.

hälls- som individnivå undersökas. Rättssociologin syftar således till att generera ny kunskap och ett ökat vetande *om rätten*.[17]

4.1 Rättsdogmatik

Rättsdogmatikens inomrättsliga perspektiv ger svar på frågan *hur* ett givet problem bör lösas rättsligt. Det är således en metod som framförallt juridiskt praktiserande professioner har nytta av. Metoden har inte någon otvetydig definition men kan sägas vara en flerstegsmetod som inbegriper komplexa analyser i flera led. Arbetsprocessen utifrån den rättsdogmatiska metoden inleds med att det juridiska problemet identifieras.[18] Därefter undersöks vilka lagar som kan användas för att lösa problemet.[19] Sedan genomförs en analys av valda lagar och dess förarbeten och praxis. En analys av rättskällorna är nödvändig, eftersom rättsreglerna vanligen är generellt och abstrakt formulerade för att vara tillämpliga i många olika situationer. Det är således meningen att de ska tolkas utifrån den kontext som de ska appliceras på. I analysen används såväl dokumenterade som odokumenterade principer och hjälpregler för att tolka rättsregler och rättsfall.[20] Resultatet av analysen redovisas sedan genom en argumentation för den slutsats som har dragits om *hur problemet bör lösas*.[21] Analysen kan utöver ett förslag till lösning även utmynna i en kritik av rättsläget och generera förslag till *de lege ferenda*. Metodens vetenskaplighet har ifrågasatts på grund av dess nära knytning till praktiskt juridiskt arbete. Vetenskaplig forskning som genomförs med hjälp av rättsdogmatisk metod skiljer sig emellertid från praktikernas användning av metoden. Den vetenskapliga forskningen syftar inte enbart till att fastställa gällande rätt utan också till att utifrån ett kritiskt perspektiv problematisera samt syntetisera, systematisera och strukturera rättssystemet och därigenom även ge svar på frågan *varför ett problem bör lösas på det föreslagna sättet*. Vetenskapligt inriktad rättsdogmatisk forskning utmynnar i bästa fall i en rekonstruktion av rättssystemet som bidrar till att nya verklighetsbilder av rättsordningen utvecklas.[22]

[17] Hydén 2013 s. 207–237.
[18] Lehrberg 2006 s. 67–75.
[19] Lehrberg 2006 s. 77–87.
[20] Lehrberg 2006 s. 89–173.
[21] Lehrberg 2006 s. 227–239.
[22] Jareborg 2004 s. 1–10.

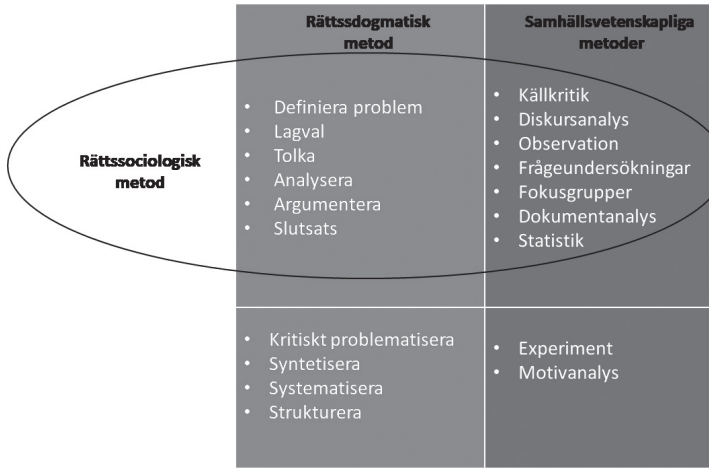
4.2 Rättssociologisk metod

Rättssociologisk metod utgörs av en kombination av rättsdogmatik och samhällsvetenskaplig metod. Att två metoder kombineras kan förklaras av att den nordiska rättssociologin utgår från tre övergripande frågeställningar som förutsätter kunskap om både rättsordningen och samhället.[23] Frågeställningarna lyder:

1. I vilken utsträckning, och i så fall hur, påverkar samhällsförhållandena rättsregler, rättsliga avgöranden och rättens institutioner?
2. I vilken utsträckning, och i så fall hur, påverkar rättsregler, rättsliga avgöranden och rättens institutioner samhällsförhållandena?
3. I vilken utsträckning existerar en växelverkan mellan samhällsförhållanden och rättsregler, rättsliga avgöranden och rättens institutioner?

I rättssociologiska studier syftar rättsdogmatiska undersökningar till att fastställa gällande rätt, *de lege de lata.* Det innebär att den rättsdogmatiska metoden används i ungefär samma utsträckning som av praktiserande jurister. Rättssociologiska studier kan, men behöver således inte inbegripa en normkritisk problematisering av gällande rätt i syfte att syntetisera, systematisera och omstrukturera rättssystemet. I rättssociologiska studier undersöks och problematiseras rättsordningen och rättstillämpningen istället utifrån resultaten av empiriska undersökningar som genomförs med hjälp av samhällsvetenskaplig metod. Rättssociologins metodologiska verktygslåda kan illustreras genom nedanstående figur.

[23] Mathiesen 2005 s. 23 f.



Kombinationen av rättsdogmatisk och samhällsvetenskaplig metod medger att rättssociologiska studier undersöker och problematiserar rättsordningen utifrån tre nivåer;

– På makronivå utforskas rättens innehåll med hjälp av *rättsdogmatisk metod* i syfte att fastställa gällande rätt. Rättens innehåll kan också utforskas med hjälp av *samhällsvetenskaplig metod* för att utröna samhällets påverkan på rättens materiella innehåll.
– På mesonivå utforskas myndigheters och organisationers implementering av gällande rätt med hjälp av *samhällsvetenskaplig metod* för att utröna rättens påverkan på samhället.
– På mikronivå utforskas rättens påverkan på individnivå med hjälp av *samhällsvetenskaplig metod* för att utröna rättstillämpningens effekter för enskilda individer eller grupper av befolkningen samt lagars måluppfyllelse.

I rättssociologiska studier får den vetenskapliga frågan *varför* i bästa fall ett svar genom att erhållna empiriska resultat kan förklaras utifrån samhällsteori. Det är emellertid inte alltid som samhällsteori räcker till för att ge rimliga svar på frågan varför. Det kan förklaras av att såväl problem som förklaringar kan vara av normativ karaktär. Wanna Svedberg försvarade sin doktorsavhandling år 2013, i vilken hon utvecklade en modell för att undersöka lagstiftarens styrning av

implementeringen av rättsliga principer.[24] Modellen utgörs av en kombination av rättsdogmatik och samhällsvetenskaplig metod och inbegriper en analys av lagar som ska bidra till att implementera en rättslig princip.[25] I Svedbergs avhandling undersöktes förutsättningarna för att implementera den rättsliga principen om jämställdhet och lagstiftarens målsättning om ett jämställt transportsystem. Det empiriska arbetet inleddes med en diskursanalys av den rättsliga principen *jämställhet*. Därefter identifierades vilka rättskällor som ska bidra till implementeringen. I Svedbergs avhandling undersöks de trafikpolitiska propositionerna, lagen (2010:1065) om kollektivtrafik, plan- och bygglagen (2010:900) och sektorslagarna: väglagen (1971:948) och lagen (1995:1649) om byggande av järnväg. I analysen kategoriserades respektive lags bestämmelser utifrån tre typer; kompetensregler (vem), procedurregler (hur) och handlingsregler (vad). Därefter undersökte Svedberg effektiviteten hos lagarna. Varje kategori av regler undersöktes genom att frågorna; vem, vad och hur ställdes till respektive lag i hierarkisk ordning. Genom modellen kunde Svedberg påvisa att lagstiftarens målsättning om ett jämställt transportsystem inte avspeglades i undersökta rättskällor och att deras skilda konstruktioner bidrog till kontraproduktivitet utifrån ett jämställdhetsperspektiv. Rättskällorna utgjorde, annorlunda uttryckt, inte ett sammanhängande regelkomplex och kunde därför inte bidra till att uppnå lagstiftarens målsättning om ett jämställt transportsystem. Det nedanstående exemplet på resultatet av Svedbergs analyser av lagen om kollektivtrafik och plan- och bygglagen illustrerar detta.[26]

[24] Svedberg 2013, Ett (o)jämställt transportsystem i gränslandet mellan politik och rätt: en genusrättsvetenskaplig studie av rättslig styrning för jämställdhet inom vissa samhällsområden.
[25] Svedberg 2013 s. 77 f.
[26] Svedberg 2013 s. 218.

Regler som anger vad, vem och hur i Kollektivtrafiklagen och i Plan- och bygglagen

	(Vad-regler) Regler som anger vad som ska utföras i form av konkreta handlingsdirektiv.	(Vem-regler) Regler som synliggör vem som antingen med stöd av lagen eller genom anvisningar i lagen ska agera.	Hur-regler Regler som anger hur ärendet och processer ska beredas eller hanteras innan beslut fattas
Lag (2010:1065) om kollektivtrafik	...	2:8 § Regional kollektivtrafikmyndighet	...
Plan-och bygglag (2010:900)	...	3:19 §, Kf antar översiktsplan 3:27 §, Kf, ansvarar för planens aktualitet 13:1-2 §§, allmän medborgarkontroll 11:3 §, tillsynsorgan 3:10, 16 §§, 3:28 § LSt 3:9 § kom. transport-infrastrukturorgan	3:9 § krav på samråd 3:10 § krav på LSt under samråd 3:16 § krav på LSt under utställning av ÖP 3:28 § krav på LSt att avge en sammanfattande redogörelse till kommunen, minst en gång under mandatperioden

Kf=Kommunfullmäktige
LSt=Länsstyrelsen
ÖP=Översiktsplan

Wanna Svedberg påvisade att kombinationen av samhällsvetenskaplig metod och rättsdogmatik i studier på makronivå ger en ny möjlighet till att kritiskt granska, problematisera och systematisera flera komplex av rättskällor. Modellen medger dessutom att frågan *varför* kan besvaras utifrån såväl samhällsteori (yttre förklaringsfaktorer) som en normativ förklaringsmodell (systeminterna förklaringsfaktorer).

5 KAN EN KOMBINATION AV RÄTTSDOGMATIK OCH RÄTTSSOCIOLOGI BIDRA TILL ATT FÖRVERKLIGA BARNS RÄTTIGHETER?

Vid en jämförelse mellan metoderna vetenskaplig rättsdogmatik och rättssociologisk metod kan dogmatiken sägas bidra till en fördjupad kunskap i rättssystemet medan rättssociologisk metod bidrar till bredd i kunskapen om rättssystemet. Redovisningen ovan visar att rättssociologisk metod kan bidra med underlag som beskriver verkligheten på ett inom vetenskapssamhället godtagbart sätt och att den därmed kan bidra till att underlätta och förbättra identifieringen av normativa problem som behöver utforskas vetenskapligt med hjälp av rättsdogmatik. Vetenskaplig rättsdogmatik kan i sin tur bidra till att

förbättra fastställandet av gällande rätt och till en ökad kunskap om och förståelse för rättssystemet i rättssociologiska studier.

Utöver dessa uppenbara möjligheter som metoderna har för att förstärka varandra, visar Wanna Svedberg genom sin nydanande modell dels att forskarens frihet att utveckla metoder kan utnyttjas framgångsrikt och dels att vetenskaplig rättsdogmatik och samhällsvetenskaplig metod med fördel kan kombineras i studier på makronivå, i syfte att kritiskt granska, problematisera, systematisera och strukturera rättssystemet.

Svedbergs modell är tillämpbar inom samtliga rättsområden och regelkomplex då kunskap om implementeringen av rättsliga principer är av intresse. Lagstiftaren har av tradition överlåtit implementeringen av lagreformer till myndigheterna, med varierande utfall som följd.[27] Ett högaktuellt exempel är barnkonventionen som hittills har transformerats in i svensk lag men som enligt ett förslag från regeringen ska inkorporeras i svensk lagstiftning och gälla som direkt tillämplig svensk lag från och med år 2020. Därigenom förväntas barns rättigheter få en starkare formell ställning, exempelvis genom att den fortsatta transformeringen av barnkonventionen till svensk rätt kommer att stå i fokus. Samtidigt förväntas luckor och brister i den hittills genomförda transformeringen att uppdagas, vilket sannolikt kommer att leda både till svårigheter med att implementera barnkonventionen till svensk lag och dess fortsatta transformering till det svenska rättssystemet.[28] Genom att kritiskt granska, problematisera, systematisera och strukturera lagar som föreskriver barns bästa, med utgångspunkt i barnkonventionen och med hjälp av Svedbergs modell, skulle ny kunskap och ett ökat vetande om förutsättningar för att förverkliga barns rättigheter kunna genereras. Sådan kunskap skulle kunna förstärka och påskynda såväl implementeringen som den fortsatta transformeringen av barnkonventionen. Det är ett spännande, gränsöverskridande och nydanade projekt som borde vara av intresse för såväl samhället som externa finansiärer och efterfrågas av tidskrifter för publicering. Dessutom borde ett sådant projekt falla helt utanför etikprövningsnämndens intressesfär!

[27] Lundqvist 1987 s. 9 f.
[28] SOU 2016:19 s. 349 f.

REFERENSER

Brante, Thomas (1980), *Vetenskapens struktur och förändring*. Diss. Lund: Univ.

Esaiasson, Peter, Gilljam, Mikael, Oscarsson, Henrik & Wängnerud, Lena (red.) (2012), *Metodpraktikan: konsten att studera samhälle, individ och marknad*. 4., [rev.] uppl. Stockholm: Norstedts Juridik.

Hermerén, Göran (2011). ”God forskningssed”. Stockholm: Vetenskapsrådet. Tillgänglig på Internet: https://publikationer.vr.se/produkt/god-forskningssed

Hydén, Håkan, ”Rättssociologi: om att undersöka relationen mellan rätt och samhälle”. Ingår i: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.) (2013), *Juridisk metodlära*. 1. uppl. Lund: Studentlitteratur.

Jareborg, Nils (2004), ”Rättsdogmatik som vetenskap”, *Svensk Juristtidning 2004*, s. 1–10.

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.) (2013). *Juridisk metodlära*. 1. uppl. Lund: Studentlitteratur.

Lehrberg, Bert (2006), *Praktisk juridisk metod*. 5. [uppdaterade och omarb.] uppl. Uppsala: I.B.A.

Lundquist, Lennart, 1987. Implementation steering – an actor structure approach. Lund: Studentlitteratur.

Mathiesen, Thomas (2005), *Rätten i samhället: [en introduktion till rättssociologin]*. Lund: Studentlitteratur.

Pound, Roscoe (1910), ”Law in Books and Law in Action”, *American Law Review 44* (1910): s. 12–36.

Rejmer, Annika (2016), ”Värdegrunden för statsanställda och den akademiska friheten”. *Ingår i: Värdegrundsarbete i akademin: med erfarenheter från Lunds universitet,* Tomas Brage och Inger Lövkrona (red.), Lund: Media-Tryck, 2016, 1, s. 33–66.

Svedberg, Wanna (2013), *Ett (o)jämställt transportsystem i gränslandet mellan politik och rätt: en genusrättsvetenskaplig studie av rättslig styrning för jämställdhet inom vissa samhällsområden*. Diss. Göteborg: Göteborgs universitet, 2014.

OFFENTLIGA KÄLLOR

Propositioner

Prop. 2009/10:80 En reformerad grundlag

Svensk författningssamling

SFS 1974:152 Regeringsformen
SFS 1992:1434 Högskolelagen
SFS 1998:204 Personuppgiftslagen
SFS 2003:460 Lag om etikprövning av forskning som avser människor

Statens offentliga utredningar

SOU 2016:19 Barnkonventionen som svensk lag

Vårdnadsregler som verktyg för jämställda föräldrar och barn. En exposé i muslimsk familjerätt

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

Mosa Sayed

VÅRDNAD AV BARN ENLIGT ISLAM

En jämförelse mellan klassisk shariarätt och 2004 års marockanska familjerättslag

1 INLEDNING

1.1 Mot ökad jämställdhet genom moderna vårdnadsregler

Vårdnad av barn enligt de islamiska rättstraditionerna kan ge upphov till spänningar på flera juridiska plan i islamiskt präglade länder, såväl nationellt som internationellt, både i mötet mellan rättsordningar inom den internationella privaträtten och på det folkrättsliga planet vid implementeringen av konventionsåtaganden. Många av dessa spänningar illustreras av situationen i Marocko där den familjerättsliga regleringen är utformad i enlighet med islamiska rättstraditioner samtidigt som landet är part till flera viktiga internationella konventioner, såsom FN:s konvention om barnets rättigheter av den 20 november 1989 (barnkonventionen), FN:s konvention om avskaffande av allt slags diskriminering av kvinnor av den 18 december 1979 (kvinnorättskonventionen) och konventionen av den 19 oktober 1996 om behörighet, tillämplig lag, erkännande och samarbete i

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

frågor om föräldraansvar och åtgärder till skydd för barn (1996 års Haagkonvention). Marocko exemplifierar, genom landets nya familjelagstiftning från år 2004, också sådana komplexa utmaningar som är sammankopplade med familjerättsreformer i många islamiskt dominerade samhällen.

Den marockanska familjerättslagen, *Modawanat al-usra* (*Modawana*),[1] har ibland beskrivits som revolutionerande, genom att den frångått eller modifierat sådana centrala delar av shariarätten som många betraktar som heliga och därför oföränderliga.[2] Tillkomsten av lagen år 2004 markerar en ny era i den marockanska processen mot lika rättigheter för män och kvinnor. Genom lagstiftningen har marockanska kvinnor vunnit stora framgångar i kampen för lika rättigheter. Kvinnor har nu möjlighet att resa inom- och utomlands, utbilda sig, arbeta utanför hemmet, själva förhandla om äktenskapsrättsliga villkor och uppnått större likställdhet i hemmet.[3] Den marockanska staten verkar också vilja leva upp till sina folkrättsliga åtaganden. År 2011 återkallade Marocko samtliga reservationer som landet gjort mot kvinnorättskonventionen. Det handlar bland annat om artikel 16 i konventionen om lika rättigheter i äktenskap och familjeliv som enligt den tidigare reservationen inte skulle ha tillämpats i de fall den stred mot islamisk rätt. Redan år 2006, det vill säga två år efter antagandet av Modawana, återkallade Marocko även den reservation som landet hade gjort gentemot artikel 14 i barnkonventionen (om barnets religionsfrihet).

Modawana är också intressant därför att den, trots de nya lösningarna, hör hemma inom den sfär av rättsordningar som klassificeras som islamiska. I likhet med många andra länder med en muslimsk majoritetsbefolkning är det i Marocko mer eller mindre omöjligt att diskutera familjerätt utanför islam.[4] Med lagen har den marockanska lagstiftaren lyckats förbättra de rättsliga villkoren för barn och kvin-

[1] Kungörelse nr 1.04.22 av den 3 februari 2004, implementering av lag nr 70.03 om familjerättslag. För engelsk översättning (ej officiellt avgiven av marockanska myndigheter) se The Moroccan Family Code (Moudawana) of February 4, 2004, Human Rights Education Associates (HREA).

[2] Eisenberg, Ann M., Law on the Books vs. Law in Action: Under-Enforcement of Morocco's Reformed 2004 Family Law, the Moudawana, Cornell International Law Journal, 2011 s. 695.

[3] Sadiqi, Fatima, Five Years After the New Moroccan Family Law, University of Fez, 2009 s. 2.

[4] Buskens, Léon, Recent Debates on Family Law Reform in Morocco: Islamic Law as Politics in an Emerging Public Sphere, Islamic Law and Society, 2003 s. 71.

nor genom att reformera och ersätta äldre islamiska principer med nya tolkningar av sharian.[5] Man kan emellertid inte nog poängtera att trots de många reformer som genomfördes genom Modawana är det fortfarande en lång väg kvar innan marockanska kvinnor når full likställdhet med män i såväl kultur-, religions- och traditionsutövning som i lagstiftning och rättstillämpning. Sociala realiteter och rättsliga komplexiteter i Marocko gör flera av Modawanas regleringar till ingenting annat än papperstigrar.

1.2 Uppsatsens syfte

Denna artikel avser att ge en jämförelse mellan de islamiska vårdnadsreglerna, såsom de tolkats i den historiskt konstruerade shariarätten, och vårdnadsreglerna i den nya marockanska lagen, Modawana. Reglerna om vårdnad ger upphov till en mängd spänningar, på olika rättsliga nivåer. Ett grundproblem med den islamiska familjerätten, inklusive vårdnadsreglerna, är att reglerna är könsbaserade.[6] Män och kvinnor har olika roller och rättigheter samtidigt som olika vårdnadsregler gäller för flickor och pojkar. Det rättsliga läget är och har i ett historiskt perspektiv alltid varit komplext. Historiskt sett har vårdnadstvister vid domstol inte sällan gått emot det som lagen föreskriver. Efter skapandet av nationsstaterna i den islamiska världen på 1800- och 1900-talen inleddes en lagstiftningsprocess som skulle kunna jämföras med ett modernt ingenjörsprojekt. Processen ökade den redan existerande komplexiteten genom att utmana den historiskt konstruerade shariarätten. Väst hade en nyckelroll i denna process och influerade den materiella inriktningen av lagstiftningen. En intressant aspekt är att många vid den tiden antagna lagkodifikationer implementerade i Europa då rådande rättsfilosofiska strömningar och den könsrollsordning som gällde i Europa på 1800-talet. Medan lagstiftningar i Västeuropa successivt blev allt mer jämställda, kom den muslimska världen att konservera dessa värderingar i lagstiftningen, med den förevändning som åberopas än idag att reglerna är en del av den gudomliga och oföränderliga sharialagen.

[5] Hursh, John, Advancing Women's Rights Through Islamic Law: The Example of Morocco, Berkley Journal of Gender, Law & Justice, 2012 s. 252–306.

[6] Möller, Lena-Maria, Improving Women's Rights through Children's Rights? The Reform of Custody Laws in Contemporary Muslim Jurisdictions, Women's Human Rights and the Elimination of Discrimination (red. M. Jänterä-Jareborg och H. Tigroudja), Brill, Leiden, 2016 s. 465–489.

Men islams gudomliga lag har, som jag kommer att förfäkta i denna artikel, aldrig bestått av fasta och oföränderliga regler som statiskt tillämpats på samma sätt över geografiska gränser och tidsepoker. Modawanas vårdnadsregler, som är islamiska genom att de vilar på tolkningar av de religiösa islamiska urkunderna, demonstrerar exempelvis sharians flexibilitet och förändringsmöjligheternas gränser, sett mot bakgrund av det marockanska samhället i början av 2000-talet.

2 DEN MAROCKANSKA FAMILJERÄTTENS JURIDISKA SAMMANHANG

2.1 Ett islamiskt rättssystem

Marockansk familjerätt är en självdefinierad islamisk rättsordning.[7] Islamisk rätt är nära förbunden med religionen islam och dess uppenbarade urkunder varför den definieras som ett religiöst rättssystem. Den muslimska religionsutövningen regleras noggrant i detta system som även innehåller rättsliga föreskrifter i strikt juridisk mening. Den islamiska lagen, också benämnd som sharia, kan på grund av sin allomfattande karaktär bäst definieras som en moralisk kompass bestående av etiska principer och ställningstaganden med anspråk på att täcka alla aspekter av relationen mellan Gud och människan samt relationen mellan människor. Föreställningen om lagens religiösa natur och som en av Gud angiven ordning gör att reformer av systemet ofta möter motstånd och ger upphov till infekterade debatter i islamiska samhällen.

Samtidigt är sharian ett historiskt konstruerat rättssystem. Rättsvetenskapen (*fiqh*) bakom rättssystemet är i själva verket resultatet av en intellektuell rörelse som pågick från 700-talet till omkring 1000-talet (den islamiska lagens så kallade *formativa period*). Den islamiska lagen låg i händerna på juristerna (*fuqaha*) i de så kallade rättsskolorna (*madhab/madahib*). Juristerna var lärda juris doktorer, en akademisk profession som var självständig i förhållande till de politiska

[7] Den marockanska konstitutionen från år 2011 nämner på flera ställen islam och den muslimska trons centrala roll i landet. Enligt konstitutionens preambel är Marocko en suverän muslimsk stat. Islam är statsreligion enligt artikel 3 (som också tillförsäkrar var och en religionsfrihet) och kungen, som i konstitutionen benämns som *amir al-mominen* (de troendes befälhavare), har ansvaret för att islam respekteras i olika sammanhang (artikel 41).

makthavarna. Den islamiska lagen är en extrem form av ”juristernas lag”.[8] Den skapades, utvecklades och vidmakthölls av experter inom denna yrkeskår. Det var denna yrkeskår som var den lagstiftande instansen i det islamiska samhället och inte staten eller de politiska makthavarna. Den framträdande roll som enskilda jurister inom ramen för rättsskolorna har fått medför att handböcker, korankommentarer och uttalanden från enskilda rättslärda har stor auktoritet inom den islamiska rättstraditionen.[9] Om en muslim vill veta innehållet i den islamiska lagen vänder han eller hon sig till en rättslärd som behärskar metoderna för hur sharian fastställs.[10] Inom sunniislam existerar idag fyra rättsskolor som heter de hanafitiska, malikitiska, shafiitiska och hanbalitiska rättsskolorna. Inom shiaislam, som är den andra stora islamiska inriktningen, finns tre stora rättsskolor benämnda som jafaritiska, ismaelitiska och zaydiska rättsskolorna.

Shiaislam kommer inte att behandlas i denna artikel. Marockos familjerättsliga lagstiftning bygger historiskt sett på tolkningar från den sunnimuslimska malikitiska rättsskolan. I Modawana har den marockanska lagstiftaren emellertid inte ansett sig bunden till enbart den malikitiska rättsskolans tolkningar, utan har valt lösningar från samtliga islamska rättsskolor. Det viktiga var inte lösningarnas ursprung utan deras förenlighet med diverse politiska målsättningar bakom lagstiftningsinitiativet. Om det exempelvis saknades tolkningar till stöd för de värderingar som man genom lagstiftningen ville förmedla konstruerade den marockanska lagstiftaren helt enkelt nya regler genom självständiga tolkningar (*ijtihad*).

2.2 Om det europeiska inflytandet under kolonialtiden

Den islamiska rättstraditionen kännetecknas inte av att reglerna är abstrakta utan av det individualiserade angreppssättet. Varje situation är unik och kan lösas först efter en kontextbunden individualiserande tolkning (ijtihad). Sharian är, i Hallaqs ord, inte det som står i juristernas böcker utan det resultat vi får av att tillämpa normerna i ett komplext sammanhang som beaktar sociala, moraliska, traditionella,

[8] Schacht, Joseph, An Introduction to Islamic Law, Oxford University Press, New York, 1982 s. 5.

[9] Sayed, Mosa, Abort inom den islamiska rättstraditionen, SvJT 2015 s. 819.

[10] Melchert, Christopher, The Formation of the Sunni Schools of Law. 9th–10th Centuries C.E. s. XII. Brill, Leiden, 1997.

materiella och andra mänskliga aktiviteter och intressen.[11] Denna rättstradition har styrt över tillämpningen av den islamiska lagen. Dramatiska förändringar kom dock att äga rum i samband med nationsstatsbygget i den islamiska delen av världen.

Under nationsbyggena på 1800- och 1900-talen kom gällande rätt att bestämmas genom kodifierad lagstiftning, alltså en lagskapande process som inte ingick i den islamiska rättstraditionen. Tidsmässigt rör vi oss således under den imperialistiska eran när den muslimska världen var koloniserad av ett antal europeiska länder. I lagstiftningsprocessen slopades shariaregler på de flesta rättsområden och ersattes, beroende på vilket land det var fråga om, av motsvarande regleringar från det europeiska moderlandet. Förmögenhetsrätt, processrätt, konstitutionell rätt, straffrätt m.m. utformades efter fransk modell i Marocko, för att ta ett exempel. De självfinansierade högskolorna och universiteten krossades med följden att den självständiga juristkåren förlorade de institutionella förutsättningarna för sin verksamhet. Lärocentrena där de juridiska experterna verkade finansierades nämligen genom så kallade *waqf* (*awqaf* i plural). Det är en form av självständiga stiftelseliknande juridiska personer, bildade genom donationer för religiöst ändamål av förmögna individer.[12] Utbildningen, boendet och uppehället för studenter och lärare finansierades ofta av universiteten genom waqf, vilket säkerställde deras oberoende.[13] När waqf-tillgångar förstatligades under den koloniala eran upphörde även sharians institutionella strukturer att existera. Den juridiska yrkeskår som tidigare förvaltat lagen förlorade sitt kunskapsmonopol och blev marginaliserad som aktör.

Islamisk gällande rätt omfattar idag i de flesta s.k. muslimska länder enbart det område som kallas för personliga rättsförhållanden (familje- och arvsrätt). Det är statligt kodifierade regler med ursprung i den lagstiftning som antogs i den moderna tidseran, i många länder med början på 1800-talet. Den europeiska kolonisationen av den muslimska världen hade långtgående konsekvenser för sharian, i både

[11] Hallaq, Wael, An Introduction to Islamic Law, Cambridge University Press, New York, 2009 s. 167.

[12] Hallaq, An Introduction to Islamic Law s. 38. För studier om det tidiga islamiska lärosystemet och hur detta system togs över av Europa genom den medeltida skolastiken, se Makdisi, George, The Rise of Colleges: Institutions of Learning in Islam and the West, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1981.

[13] Sayed, Mosa, Arvsrätt enligt shiaislam, Iustus förlag AB, Uppsala, 2016 s. 84–89 med vidare hänvisningar.

form, genom att rättsreglerna därefter kom att presenteras i lagstiftningsform, och till innehåll. Lagstiftningen blev selektiv genom att man valde vissa tolkningar och uteslöt andra. När det lämpade sig passade man även på att välja lösningar som stöddes av minoriteter inom rättsskolan eller till och med hämtade dem från andra rättsskolor än den som eljest dominerade lagen.[14] Men utöver detta slags selektion kom det europeiska herraväldet att även lämna efter sig grundläggande värderingar som signifikant inverkade på det innehåll som den islamiska familjerätten kom att få. Krafterna bakom lagstiftningen var ofta utbildade i västerländsk rättslära vid europeiska lärosäten. Vid hemkomsten, överväldigade av den europeiska modellen, imiterade de lösningarna från Europa.[15] På detta sätt filtrerades islamiska rättsprinciper genom europeisk rättsfilosofi och dåtidens europeiska värderingar om bland annat (konservativa) könsroller. Amira El-Azhary Sonbol uttrycker det på följande sätt:

> ”While the content of the law is said to be derived from the Shariah, in fact and spirit, the methodology for selection and execution of the law are all based on European models and the prevailing European philosophy of law and gender of those times.”[16]

Dåtidens europeiska värderingar fick även ett mer påtagligt inflytande. Inom vissa områden av relevans för individers inbördes rättigheter och skyldigheter transplanterades europeiska lagar som direkt tillämpliga lagstiftningar i de nya muslimska länderna. Egypten, som ofta fungerar som ett föregångarland för andra länder med muslimsk majoritetsbefolkning, är ett exempel på detta. I slutet av 1800-talet implementerades den franska Code Napoléon som lag i landet. Code Napoléon styrde på flera sätt inriktningen på lokala regleringar i kolonierna. Dess medborgarskapsregler föreskrev, för att ta ett exempel, att hustrun genom äktenskapet förvärvade mannens medborgarskap (och så gjorde även barnen). Hustrun kunde däremot inte överföra

[14] An-Na’im, Abdullahi Ahmed, Sharia and Islamic Family Law: Transition and Transformation, Islamic Family Law In a Changing World, A Global Resource Book (red. An-Na’im), Zed Books Ltd, New York, 1988 s. 14.
[15] El-Azhary Sonbol, Amira, The Genesis of Family Law: How Shariah, Custom and Colonial Laws Influenced the Development of Personal Status Codes, Wanted: Equality and Justice in the Muslim Family (red. Anwar), Selangor, Musawah, 2009 s. 182.
[16] Sonbol, The Genesis of Family Law: How Shariah, Custom and Colonial Laws Influenced the Development of Personal Status Codes s. 182.

sitt medborgarskap till barnen eller till sin make. Genom äktenskapet förvärvade mannen kontrollen över hustrun samtidigt som hon förlorade sin självständighet.[17] Implementeringen av dessa principer har ingenting att göra med hur sharia tillämpades vid den aktuella tidpunkten utan verkar ha influerats av den i anglosaxisk och kontinentaleuropeisk tradition förhärskande principen om *converture*. Principen innebar att mannen och kvinnan sågs som en person genom äktenskapet.[18] Kvinnans självständiga juridiska existens upphörde i och med äktenskapet och istället inkorporerades hon i mannens rättsställning och kom att omfattas av hans rättshandlingsförmåga. Även om motsvarande principer förespråkades av vissa jurister i islamiska rättsskolor fanns det också tolkningar som inte stödde dessa värderingar. Därutöver fanns det en domstolspraxis som inte upprätthöll principen om mannens överlägsenhet. Lena-Maria Möller har träffande beskrivit situationen på följande sätt:

> "This "Victorian morality" and perception of the family chiefly influenced the selection of rules from among the vast body of Islamic jurisprudence. While such rules and the idea of men's superiority over women and children existed in Islamic jurisprudence too, they only represented one legal concept among many. Once these rules were codified, however, they were State-enforced and thus "frozen in time", legal flexibility and judicial discretion became limited."[19]

Medan principer om den gifta kvinnans och barnens underordning hör till det förgångna i Europa lever de alltså kvar i den islamiska världen och upprätthålls många gånger med hänvisning till att de är shariarättsliga principer. De lagstiftningar som skapades under den moderna eran i islamiska länder kom att konservera 1800-talets föreställningar om könsroller, äktenskapsrättsliga relationer, barns rättsställning, osv. Eftersom lagstiftningen sades upprätthålla den oföränderliga islamiska sharialagen blev det mer eller mindre omöjligt med genomgripande förändringar, något vi även ser i våra dagar.

[17] Sonbol, The Genesis of Family Law: How Shariah, Custom and Colonial Laws Influenced the Development of Personal Status Codes s. 190.
[18] Zaher, Claudia, When a Woman's Marital Status Determined Her Legal Status: A Research Guide on the Common Law Doctrine of Converture, Law Library Journal, 2002 s. 459–486.
[19] Möller, Lena-Maria, Improving Women's Rights through Children's Rights? The Reform of Custody Laws in Contemporary Muslim Jurisdictions s. 475.

2.3 Diskrepanser till förmån för kvinnan

En del av den forskning som analyserat och jämfört rättsfall från tiden före den koloniala eran med den lagstiftning som kom på 1800-1900-talen visar att den nya lagstiftningen kunde markant avvika från hur sharia tillämpades i domstolspraxis.[20] Det empiriska underlaget för Sonbols forskning från såväl egyptiska som palestinska domstolar ger en bild av domstolarna som en folklig institution som spelade en central roll i människors vardagliga liv. Rättsystemet var flexibelt och var i första hand ett medel för samhället att administrera tvister och skipa rättvisa snarare än att förverkliga sociala värderingar eller politiska projekt. Mycket talar för att det inte var besvärligt, märkvärdigt eller ovanligt för kvinnor att självständigt ta i bruk domstolssystemet för att registrera förvärv av fast egendom, köp, hyra, penninglån eller för att lösa kontroverser inom äktenskapet. Omfattande praxis visar också att kvinnor slöt sina egna äktenskapskontrakt vid domstol, förhandlade om skilsmässor, tvistade om vårdnad, underhåll och anmälde övergrepp. Systemets flexibla natur gjorde det möjligt för kvinnor att själva bestämma utformningen av sina äktenskapskontrakt och i förlängningen sina livsvillkor. De förmoderna domstolarna i islamiska samhällen var kopplade till samhället och människors vardag, medan de moderna domstolarna kom att kopplas till staten, i syfte att tjäna dess ideologi och vilja.[21]

Även praxis som rör vårdnadstvister från den förmoderna eran visar på en diskrepans mellan lagen i böckerna och lagen i praktiken vid domstolarna. När det kommer till den shariarättsliga regleringen rörande vårdnad gör lagen skillnad mellan *hadana* och *wilaya* (utvecklas närmare nedan i avsnitt 4). Hadana motsvarar begreppet omvårdnad av barn i svenskan och som avser den dagliga omsorgen av barnet. Wilaya rör däremot rättigheter och skyldigheter som enligt svenskt språkbruk ryms i både den legala vårdnadsrätten och förmynderskapsrätten. Enligt traditionell shariarätt ska den faktiska omvårdnaden av ett barn i första hand tillkomma modern eller släktningar på hennes sida medan den legala vårdnadsrätten/förmynderskapet över barnet är förbehållet fadern och släktingarna på fädernesidan. Trots dessa relativt klara tolkningar, som med varierande styrka delas av de

[20] Sonbol, The Genesis of Family Law: How Shariah, Custom and Colonial Laws Influenced the Development of Personal Status Codes s. 179–207.
[21] Sonbol, The Genesis of Family Law: How Shariah, Custom and Colonial Laws Influenced the Development of Personal Status Codes s. 186.

islamiska rättsskolorna, visar empiriskt domstolsmaterial att kvinnor i vårdnadstvister inte bara anförtroddes omvårdnaden över barnen utan, lika ofta som män, även den legala vårdnadsrätten och förmynderskapet över barnen.[22] Det som synes har varit avgörande för prövningarna var relationen mellan barnet och vårdnadshavaren snarare än vårdnadshavarens kön. De kvinnor som utsågs som barnets wali var i regel aktiva när det kom till skötseln och förvaltningen av barnets tillgångar. På så sätt var de att betrakta som mer lämpade än barnens fäder att anförtros den legala vårdnadsrätten.[23]

3 MAROCKO

3.1 Från självständighet till 1990-talet

Marocko vann sin självständighet från Frankrike först år 1956. Året efter självständigheten antogs den första marockanska familjerättslagen.[24] Det var en islamisk familjerättsordning som upprätthöll tolkningarna i den malikitiska rättsskolan. Den familjerättsliga lagstiftningen var ett sätt för Marocko att bevara sin unika nationella identitet, genom att återvända till de islamiska traditionerna och på så sätt frigöra sig från arvet efter den franska kolonialmakten.[25] Redan i mitten av 1940-talet och således före självständigheten kom frågor om jämställdhet mellan män och kvinnor att bli ett centralt tema i den allmänna marockanska samhällsdebatten. Kvinnorörelsen, som drevs av framför allt kvinnor i överklassen med starka släktskapskopplingar till personer som mobiliserade den marockanska partipolitiken, hade från början stöd av den intellektuella och politiska eliten samt kunga-

[22] Meriwether har i sin studie utgått från 492 fall som avkunnats mellan åren 1770–1840 från en domstol i staden Aleppo i Syrien. I 268 av dessa fall utsågs en kvinna till wali över barnen (totalt i 54 % av fallen), Meriwether, Margaret L, The Rights of Children and the Responsibilities of Women – Women as Wasis in Ottoman Aleppo, 1770–1840, Women, the Family, and Divorce Laws in Islamic History (red. Sonbol), Syracuse University Press, Syracuse, 1996 s. 228.

[23] Meriwether, The Rights of Children and the Responsibilities of Women s. 232 och 234 f.

[24] För närmare redogörelser om familjerättsliga utvecklingen i Marocko se Buskens, Recent Debates on Family Law Reform in Morocco: Islamic Law as Politics in an Emerging Public Sphere.

[25] Booley, Ashraf, The Rights and Freedoms of Moroccan Women – Has the 2004 Reform Benefited Moroccan Women?, PER/PELJ, 2016 s. 7.

huset.[26] År 1957 lät kung Mohammed V i ett offentligt sammahang ta av sin dotters slöja och menade att det var nödvändigt att frigöra kvinnor om samhället skulle utvecklas. Denna symboliska gest ledde till att tusentals kvinnor avtäckte sig samtidigt som moskéerna i positiva termer predikade om att avtäckning och kvinnors deltagande på arbetsmarknaden var en integrerad del av nationsbygget.[27] Motiven för kvinnorna och de män som stödde deras frigörelse skilde sig åt genom att kvinnorörelsens yttersta syfte var den individuella kvinnans emancipation medan den politiska eliten såg frigörelsen som ett led i nationsbygget. Kvinnorörelsens krav om avskaffande av polygami grundades på den skada som samlevnadsformen kunde innebära för den enskilda kvinnan. Tongivande politiker och intellektuella stödde avskaffandet med hänvisning till att polygami som samlevnadsform var i konflikt med synen på nationsstaten och en modern form av islam.[28] Under alla förhållanden har den marockanska kvinnorörelsen varit en av de centrala aktörerna, och delvis också en katalysator, bakom familjerättsliga reformer i landet.

3.2 Från 1990-talet till idag

Nästa viktiga period för den marockanska lagstiftningsprocessen var i början av 1990-talet där man initierade ett omfattande lagstiftningsarbete på det familjerättsliga området. Inledningsvis ledde processen dock bara till förändringar av mindre betydelse för den familjerättsliga regleringen. Det fanns ett stort missnöje, inte minst från den marockanska kvinnorörelsens sida, mot 1957 års familjerättslag som gällde vid den aktuella tidpunkten. Mot slutet av 1990-talet, efter det politiska maktskiftet i landet år 1998, presenterade det nya styrande partiet (tidigare oppositionsparti) förslag på radikala förändringar av den marockanska familjerätten. Det initierade lagstiftningsprojektet lyfte emellertid till ytan många konfliktområden i det marockanska samhället. Diskussionerna om en ny familjerättslag fortsatte till dess att den nya Modawana antogs och trädde i kraft den 3 februari 2004.

[26] Sadiqi, Fatima och Ennaji, Moha, Feminization of Public Space: Women's Activism, the Family Law, and Social Change in Morocco, Journal of Middle East Women's Studies, 2006 s. 96.
[27] Sadiqi, Fatima, The Central Role of the Family Law in the Moroccan Feminist Movement, British Journal of Middle Eastern Studies, 2008 s. 326.
[28] Sadiqi, The Central Role of the Family Law in the Moroccan Feminist Movement s. 326.

Familjerättsreformer i Marocko präglas av samhällskonflikter på flera plan, inte minst mellan liberal-moderna och konservativa, islamistiska[29] grupperingar.[30] Inom varje läger fanns dessutom skilda grupperingar med egna agendor. Inom den islamistiska gruppen fanns de som motsatte sig varje reform med hänvisning till stränga tolkningar av islam.[31] En annan tongivande rörelse inom det islamistiska lägret var den som i och för sig ansåg att familjerättsliga reformer var förenliga med islam men motsatte sig reformerna med hänvisning till att de skedde för att tillmötesgå krav från Väst, som enligt rörelsens resonemang hade som målsättning att fördärva den marockanska identiteten.[32] Trots motståndet var det flera förhållanden som möjliggjorde antagandet av Modawana. En avgörande faktor var kungens positiva inställning till en grundligt reformerad familjelag. Det marockanska kungahuset vilar på en spirituell auktoritet som givit kungen en betydande, konstitutionellt skyddad politisk makt. Den marockanska kungen är både populär i vida kretsar och inflytelserik.

Modawanas tillkomst och inriktning avgjordes av Mohammed VI:s (född 1963) succession till den marockanska kungatronen år 1999. Den nye kungen var utbildad i Väst, med en juris doktorsexamen från ett franskt universitet. Han förespråkade öppet skyddet av mänskliga rättigheter och argumenterade för att mänskliga rättigheter låg i islams anda. Bara sex månader efter Mohammed VI:s kröning konfronterades han emellertid av öppna sammandrabbningar mellan konservativa islamiska grupper och reformvänliga moderna grupperingar. Kungen kom att ta ställning för den reformvänliga sidan genom att i mars 2001 initiera en ny familjelagsutredning vars uppdrag blev att ta fram ett förslag till en modern familjerättslig lagstift-

[29] Islamism, i meningen en rörelse som på ett eller annat sätt exploaterar islam i politiska syften, är ett relativt sent fenomen i det marockanska samhället. Islamism som politisk ideologi tar sin början på 1980-talet och etableras på allvar i det marockanska politiska landskapet i början av 1990-talet. Ideologin är också mer fragmenterad i Marocko än i andra länder där islamiska rörelser är närvarande, Amghar, Samir, Political Islam in Morocco, CEPS Working Document No. 269/June 2007 s. 1.

[30] Hanafi, Leila, The Implementation of Morocco's 2004 Family Code Moudawana: Stock-Talking & Recommendations, Kvinfo, The Danish Research and Information on Gender, Equality and Diversity, 2013 s. 13.

[31] Exempelvis har det islamistiska partiet som går under namnet Islamistiska rättighets- och utvecklingspartiet fler kvinnor i parlamentet än något annat parti (6 av partiets 46 parlamentsledamöter är kvinnor), Sadiqi, Five Years After the New Moroccon Family Law not xxxiv.

[32] Hanafi, The Implementation of Morocco's 2004 Family Code Moudawana: Stock-Talking & Recommendations s. 14.

ning. Familjelagsutredningen var mångfacetterad och experterna bestod av företrädare för religiösa etablissemang, politiska partier, intellektuella samhällsorienteringar och kvinnoorienterade NGO:s.[33] Vid sidan av att utse utredningen vidtog kungen ett antal åtgärder som manifesterade den riktning han önskade att lagstiftningen skulle ta. På det personliga planet stängde han sin fars harem och gifte sig med en förvärvsarbetande, universitetsutbildad dataingenjör vid namn Salma Bennan. På det politiska planet kom tio procent av parlamentsplatserna vid 2002 års val att vigas åt kvinnor. Flera kvinnor kvalificerade sig till nyckelpositioner i den politiska administrationen (såsom ministrar, kungliga rådgivare och ambassadörer).[34]

En annan, ”accidentell”, händelse som fick vågen att definitivt tippa över till förmån för de mer liberala rörelserna i det marockanska samhället var terroristbombningarna i Casablanca i maj 2003. Bombningarna bemöttes med massdemonstrationer mot terrorism och jämnade marken för familjerättsreformen. Familjelagsutredningen överlämnade sitt lagstiftningsförslag till kungen som presenterade det för det marockanska parlamentet i oktober 2003. Lagen kom att helt ersätta den tidigare familjelagstiftningen. Enligt kungen, som definierade den nya lagstiftningen som ”en modern familjelag”, syftade den nya lagen till att befria kvinnor från orättvisor, att skydda barns intressen och att bevara mäns värdighet. Enligt kungen tog den nya regleringen sin utgångspunkt i islams grundläggande principer om tolerans, mänsklig dignitet, likställdhet och harmoni i de mänskliga relationerna.[35] Lagen vilar i huvudsak på malikitisk rättstradition modifierat med friare rättstolkningar (ijtihad) som kungen själv var en garant för i egenskap av *amir al-mominen* (de troendes befälhavare). Samtidigt förklarade kungen att han inte kunde tillåta det förbjudna eller förbjuda det tillåtna, med vilket han åsyftade att det inte låg inom hans behörighet att genom lagstiftning ändra det som koranen detaljreglerat. Modawana innebar inte heller genomgripande förändringar av exempelvis arvsrätten som är reglerad i enlighet med verser i koranen. I januari 2004 antog det marockanska parlamentet den nya lagen som trädde ikraft den 3 februari 2004.

[33] Harrak, Fatima, The History and Significance of the New Moroccan Family Code, Working Paper No. 09-002, The Roberta Buffett Center for International and Comparative Studies, Northwestern University, 2009 s. 4 ff.
[34] Harrak, The History and Significance of the New Moroccan Family Code s. 6. I 2016 års parlamentsval var 60 av 395 parlamentsplatser reserverade åt kvinnor (totalt 15 %).
[35] Harrak, The History and Significance of the New Moroccan Family Code s. 6.

3.3 Modawana i huvuddrag

Modawana medförde omvälvande förändringar av den marockanska familjerätten. Den kom att tillförsäkra kvinnor flera rättigheter som de tidigare saknade, samtidigt som lagen avskaffade flera begränsningar som pålades kvinnor. Bland annat höjdes äktenskapsåldern för flickor från 15 till 18 år. Kvinnor behövde inte längre en förmyndare (wali) för att ingå äktenskap och andra kontrakt. Istället kom lagen att föreskriva att mannen och hustrun gemensamt bestämmer över familjens samtliga angelägenheter. Lagen avskaffande också hustruns lydnadsplikt gentemot sin man. Sexuella trakasserier och ofredanden straffbelades i Modawana. Polygami kom att begränsas genom införandet av särskilda ”monogama klausuler” i äktenskapskontraktet som förbjöd mannen att ta en andra fru. Vid avsaknad av sådan klausul kunde mannen ingå ett polygamt äktenskap först efter en rättslig process där mannens ekonomiska förmåga att försörja alla fruar och eventuella barn bedömdes. Den första hustruns närvaro i den rättsliga processen blev obligatorisk. Även om mannen fortsatt hade en ensidig rätt att skilja sig blev det ett krav att skilsmässoprocessen genomfördes vid domstol. På samma gång gavs kvinnor större skilsmässorättigheter, om än inte samma rättigheter som män. På det arvsrättsliga planet reducerades agnaternas inom sunniislam framträdande arvsrättsliga ställning så att kognata och agnata avkomlingar likställdes i likhet med hur det är inom den shiamuslimska inriktningen av islam.[36] Som jag kommer att utveckla mer grundligt nedan kom kvinnor också att bli de huvudsakliga vårdnadshavarna över barn.

Jämte de nya familjerättsliga reformerna tillkom också administrativa och processuella regler som underlättade tillgången till domstolsförfaranden för kvinnor. Det gjordes även ändringar i medborgarskapslagstiftningen (år 2007) på så sätt att barn kan få marockanskt medborgarskap på grundval av moderns marockanska medborgarskap. Innehav av marockanskt medborgarskap är exempelvis en förutsättning för gratis sjukvård och utbildning i landet.[37] Nu kunde

[36] Agnater är de släktingar som härleder sitt släktskap till arvlåtaren uteslutande genom manliga led. Kognater är de släktingar som är besläktade med arvlåtaren genom ett kvinnligt led. Om sunnimuslimsk arvsrätt se Sayed, Mosa, Islam och arvsrätt i det mångkulturella samhället. En internationellt och jämförande studie, Iustus förlag, Uppsala, 2009 s. 134–253. Om arvsrätt enligt shiaislam se Sayed, Mosa, Arvsrätt enligt shiaislam – med jämförelser av shia- och sunnimuslimska arvssystem, Iustus Förlag, Uppsala, 2016.

[37] Sadiqi, Five Years After The New Moroccan Family Law s. 3.

barn som hade utländska fäder förvärva marockanskt medborgarskap. Samtidigt blev den nya medborgarskapslagen ett ökat skydd även för barn till ogifta mödrar, som i Marocko är diskriminerade och stigmatiserade som illegitima barn, ofta utan ett rättsligt fastställt faderskap som tidigare var en förutsättning för marockanskt medborgarskap.[38]

3.4 Lagreformernas praktiska genomslag – identifierade svagheter

Även om många reformer genomförts i Marocko genom Modawana och andra lagreformer de senaste 15 åren för att förbättra situationen för barn och kvinnor, reformer som också har medfört en mängd reella förbättringar, är Marocko fortfarande ett ojämlikt samhälle. Kvinnor möter, enbart på grund av sitt kön, en mängd hinder som inte gäller för män i det marockanska samhället. Det finns starka kulturella, religiösa och traditionella föreställningar som hindrar kvinnor från att uppnå full likställdhet med män. Och även när lagstiftningsåtgärder har genomförts med en ambition från den marockanska lagstiftaren att förbättra situationen för barn och kvinnor har rättsliga komplexiteter och sociala realiteter gjort det omöjligt för marockanska kvinnor att förverkliga alla dessa rättigheter. Några exempel av varierande slag kan lyftas för att illustrera resonemanget.

Modawana ger fortfarande möjlighet för män att under vissa förutsättningar ingå polygama äktenskap. Våldtäkt inom äktenskap är inte straffbart. Kvinnor har inte i likhet med män en unilateral rätt till skilsmässa. Lagen innehåller diskriminerande vittnesregler som gör en kvinnas vittnesmål värt hälften så mycket som en mans vittnesmål i familjerättsliga mål – men inte i andra rättsliga sammanhang. Barnäktenskap är fortfarande vanligt förekommande i den marockanska landsbygden. Även om äktenskapsåldern har höjts till 18 år, ger lagen möjlighet till dispens för den som fyllt 15 år att gifta sig. Mellan år 2006 och 2009 ökade dispensansökningarna med 25 % varje år samtidigt som 90 % av alla ansökningar beviljades.[39] I synnerhet på

[38] Sayed, Mosa, The Kafala of Islamic Law – How to Approach it in the West, Essays in Honour of Michael Bogdan (red P. Lindskoug, P. Samuelsson, U. Maunsbach, G. Millqvist och H. Vogel), Juristförlaget i Lund, Lund, 2013 s. 507–520.

[39] Eisenberg, Law on Books vs. Law in Action: Under-Enforcement of Morocco's Reformed 2004 Family Law s. 710.

landsbygden synes engagemanget vara större för de kulturellt baserade äktenskapstraditionerna än för de reformer som följt av Modawana. Det är allvarligt eftersom barnäktenskap är ett stort hinder för förverkligandet av kvinnors rättigheter. Ett ytterligare problem är att reformerna i den nya lagstiftningen inte har vunnit fullt genomslag i det marockanska domstolssystemet. Det har rapporterats om utbredd korruption i domstolssystemet, om okunnighet om innehållet i lagen tillsammans med att vissa domare, på grund av avoghet mot reformerna, vägrat tillämpa lagen såsom den var avsedd.[40]

När det kommer till de sociala realiteterna ser, såsom ovan redan antytts, verkligheten olika ut för kvinnor i städerna och de kvinnor som lever på landsbygden. Utbildningsgraden och medvetenheten kring vad som gäller i lag är generellt sett lägre på landsbygden än i städerna. Även om Marocko fick UNESCOS litterära pris för landets framgångsrika kamp mot analfabetism mellan åren 2004–2012 kan nästan 1/3 av den marockanska befolkningen fortarande inte läsa och skriva.[41] På landsbygden kan så många som 82 % av alla kvinnor vara analfabeter, medan siffran för kvinnor i städerna är 42 %. De reformer som genomförts i den marockanska familjerättslagen förblir mer eller mindre okända för kvinnor i landsbygden.[42] Fortfarande är tillgången till arbetsmarknaden begränsad för marockanska kvinnor. Endast 26 % av kvinnor över 15 år är förvärvasarbetande i Marocko, medan samma siffra för män är 80 %.[43] Det kan medföra kunskapsmässig och ekonomisk obalans mellan könen av relevans för familjerelationer.

En annan, social aspekt av betydelse för lagens genomslag är att det marockanska samhället fortfarande präglas av en rigid dikotomi mellan det allmänna/offentliga och det privata.[44] Det allmänna utrymmet är gatulivet, marknadsplatsen och arbetslivet. Där dikteras lagen och de sociala normerna, ekonomin och förvaltningen av de samhälleliga intressena. Det privata är hemmet, där de maktlösa hör hemma.

[40] U.S. Department of State, Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor, 2009 Country Reports on Human Rights Practices, Morocco, 2010.
[41] Report: Almost one-third of Moroccans are illiterate, The Arab Weekly (besöktes den 6 juni 2017).
[42] Sadiqi, Five Years After The New Moroccan Family Law s. 6.
[43] UNICEF, Morocco, MENA Gender Equality Profile, Status of Girls and Women in the Middle East and North Africa, 2011 s. 4.
[44] Sadiqi och Ennaji, Feminization of Public Space: Women's Activism, the Family Law, and Social Change in Morocco s. 88.

Männen hör hemma i den offentliga sfären medan kvinnans plats är hemmet. Traditionellt har relationerna i den offentliga platsen reglerats av det allmännas regler och det privata av privatiserade regler som religiösa normer (som ofta tolkas ge män och kvinnor olika rättigheter). Det är givetvis så att män och kvinnor beträder varandras sfärer. Samtidigt finns tabun och starka sociala normer som begränsar mäns och kvinnors handlingsmöjligheter i de olika sfärerna. Kvinnor får, för att ta ett exempel, beträda gatorna, men bara om de uträttar sina ärenden och ”går vidare”.[45] Samma normer begränsar männens deltagande i uppgifter som traditionellt hänförts till den privata sfären, såsom barnavård och hushållsarbete.

4 VÅRDNAD ENLIGT ISLAMISK RÄTT

4.1 Två olika delar: hadana och wilaya

Frågor om vårdnad över ett barn hänförs inom islamisk rättstradition till antingen det som kallas *hadana* eller *wilaya*. Med hadana avses närmast det som vi inom svensk rätt definierar som den *faktiska vårdnaden* eller *faktiska vården* av ett barn. I bestående äktenskap faller omvårdnadsskyldigheten över barnet på båda föräldrarna (artikel 164 i Modawana). Som jag kommer att utveckla längre fram i redogörelsen blir i händelse av skilsmässa i första hand modern vårdnadshavaren. Den stora skillnaden mellan hadana och wilaya är att hadana avser det känslomässiga och fysiska omhändertagandet av ett barn, medan wilaya rör beslutsfattande i angelägenheter av omedelbar eller framtida betydelse för barnet och kan översättas med *förmynderskap*. Hadana kan därför enbart utövas av den som barnet bor hos medan wilaya kan utövas på distans.

Wilaya kommer till uttryck på två sätt.[46] Det kan dels avse rätten och skyldigheten att sörja för en persons personliga angelägenheter, dels rättigheter och skyldigheter att förvalta en persons ekonomiska intressen. Wilaya i form av personligt förmynderskap innefattar rättigheter och skyldigheter att sörja för exempelvis en persons äktenskap, utbildning, uppfostran, medicinska åtgärder och liknande. Det

[45] Sadiqi och Ennaji, Feminization of Public Space: Women's Activism, the Family Law, and Social Change in Morocco s. 88.

[46] Rafiq, Aayesha, Child Custody in Classical Islamic Law and Laws of Contemporary Muslim World (An Analysis), International Journal of Humanities and Social Science, 2014 s. 268.

ekonomiska förmynderskapet avser däremot skyldigheten att förvalta en persons tillgångar och företräda personen i ekonomiska angelägenheter, som vid exempelvis kontraktsslut.[47] Bland rättsskolorna råder det koncensus om att wilaya är en uppgift som ska fullgöras av barnets manliga släktingar. I första hand är det fadern som är barnets wali, oberoende av vem som bär den faktiska omvårdnaden över barnet.[48] Vid faderns frånvaro kommer enligt de klassiska shariareglerna förmyndaren att utses bland faderns agnata släktingar. Rangordningen bland faderns släktingar varierar beroende på rättsskola. Huvudprincipen om faderns förmynderskapsrätt upprätthålls också i den marockanska lagen som i artikel 236 fastslår att fadern är förmyndaren till dess att förmynderskapet avslutas genom domstolsbeslut. Samtidigt modifierar Modawana de traditionella shariareglerna genom artikel 238 som föreskriver att modern ska förordnas som förmyndare i händelse av faderns död, frånvaro eller oförmåga att uppfylla sina skyldigheter. Modern har, i sin egenskap av den faktiska omvårdnadshavaren, alltid rätt att besluta om brådskande åtgärder om faderns beslut av någon anledning inte kan inväntas (artikel 236). Om inte modern är vid liv, och en förmyndare inte skulle ha utsetts av föräldrarna, ska rätten i första hand välja den mest lämpade bland barnets agnater och i andra hand (om det inte skulle finnas lämpliga agnater) bland andra släktingar (artikel 244).

Förmynderskapsreglerna och inte minst de ekonomiska skyldigheter som följer av dessa regler är stränga. Alla kostnader hänförliga till barnet är ett åliggande för fadern inom ramen för hans underhållsskyldighet gentemot barnen. I händelse av skilsmässa ska fadern även betala en ”avgift” kallad *ujrat al-hadana* (vårdnadsersättning) till vårdnadshavaren, vanligtvis modern, för att hon vårdar barnet. Enligt Modawana består denna ersättning utöver vanligt underhåll av amnings- och boendekostnader (artikel 168–169). Underhållsskyldigheten fortgår tills barnen fyllt 18 år eller till dess att de fyller 25 år om de fortfarande studerar (artikel 198). När det kommer till döttrar finns ingen åldersgräns för underhåll. Gentemot döttrar är fadern underhållsskyldig till dess att dottern kan försörja sig själv eller till dess att hon gifter sig, eftersom underhållsskyldigheten då faller på hennes make. Barn som på grund av funktionsnedsättning inte kan

[47] Zahraa och Malek, The Concept of Custody in Islamic Law s. 157.
[48] Rafiq, Child Custody in Classical Islamic Law and Laws of Contemporary Muslim World (An Analysis) 2014 s. 268.

förväntas försörja sig själva har enligt artikel 198 rätt till underhåll från fadern utan tidsbegränsning. Faderns underhållsskyldighet kan, när han inte är förmögen att utge underhåll, hamna på modern allt efter hennes förmåga (artikel 199). Det medför samtidigt en överflyttning av den legala vårdnadsrätten och förmynderskapet över barnet till modern. Länge har detta varit situationen för den fattigare delen av den marockanska befolkningen där fadern vid skilsmässa inte har råd eller är villig att betala barnets för uppehälle.[49]

4.2 När upphör vårdnaden?

Tidpunkten för när omvårdnaden ska upphöra är enligt klassisk shariarätt beroende på om barnet är en pojke eller flicka. Flertalet av rättsskolorna anser att omvårdnaden över pojkar ska upphöra vid den tidpunkt de uppnår pubertet och mognad (så kallad *rushd*).[50] Pubertala pojkar kvalificeras som vuxna och uppnår på så sätt full rättshandlingsförmåga. En pojke som uppnått denna biologiska mognad kan, även om det enligt etiska principer i islam är orekommenderat, därför välja att separeras från sina föräldrar, byta boendeförälder eller välja att kvarstanna i barnahemmet. Även om vårdnadsskyldigheten för flickor upphör på samma sätt för flickor vid pubertet, ställer rättsskolorna upp vissa restriktioner för flickor som inte finns för pojkar. Företrädare för de hanbalitiska och shafiitiska rättsskolorna anser inte att ogifta kvinnor ska bo ensamma utan med förmyndaren.[51] Den malikitiska rättsskolan tillåter att ogifta kvinnor bor hos sin mor, om platsen där de lever är säker. Hanafiterna å sin sida skiljer mellan tidigare gifta och ogifta kvinnor. En tidigare gift kvinna får själv bestämma sin bostadsort och boendeform, medan en kvinna som tidigare inte varit gift ska bo hos sin förmyndare. Denna åtskillnad görs, enligt den hanafitiska rättsskolans resonemang, därför att den som tidigare varit gift bedöms vara mer erfaren, inte minst när det kommer till närmanden från personer av det motsatta könet. Av samma skäl anser rättsskolan att en tidigare gift kvinna själv kan ingå äktenskap medan en tidigare ogift kvinna som vill gifta sig även behöver förmyndarens samtycke för att sluta äktenskapskontraktet.

[49] Mir-Hosseini, Ziba, Marriage on Trial. A Study of Islamic Family Law in Iran and Morocco, I.B. Tauris Publishers, London, 2000 s. 147
[50] Zahraa och Malek, The Concept of Custody in Islamic Law s. 176.
[51] Zahraa och Malek, The Concept of Custody in Islamic Law s. 176.

I Marocko har man frångått de traditionella reglerna om rushd. Istället upphör vårdnaden över ett barn när det uppnått vuxenåldern (artikel 166), vilket är 18 år enligt artikel 209 i Modawana.

4.3 Kretsen av vårdnadshavare (ahl al-hadana)

I islamisk rättstradition är tänkbara vårdnadshavare på förhand specificerade efter en angiven prioritetsordning. Vilka dessa personer är och hur de rangordnas sinsemellan varierar från en rättsskola till en annan. Enligt rådande konsensus bland islams rättsskolor ska barnets mor anförtros omvårdnaden över barnet. Även i den marockanska lagen står modern högst på listan över de personer som kan anförtros hadana över ett barn (artikel 171). Koranen innehåller inte regler om vårdnad. Principen om moderns företrädesrätt bygger istället på profetens Mohammeds normerande traditioner (s.k. sunna). Den vilar på en berättelse där profeten Mohammed vid en tvist mellan två föräldrar lär ha givit vårdnaden över barnet till modern under förutsättning att hon inte gifte om sig. Enligt det bakomliggande resonemanget är modern bättre lämpad att tillgodose barnets omvårdnadsbehov. Det bygger i sin tur på könsrollsföreställningar om att hon som kvinna är förmögen till större kärlek och omvårdande kvalitéer och därför bäst lämpad att anförtros vårdnaden om barnet.[52] En annan sak är – och som i sammanhanget brukar lyftas till förmån för modern – i vart fall för riktigt små barn, hennes skyldighet att amma barnet. Enligt kapitel 2 vers 233 i koranen ska nämligen barnet ammas i minst två år.

Det finns olika ståndpunkter om vem som ska träda in som vårdnadshavare om modern inte är vid liv eller befinns olämplig. Flertalet rättsskolor ger vårdnadsrätten till barnets mormor, när vårdnaden över barnet inte kan skötas av modern.[53] Resonemanget bakom mormoderns vårdnadsrätt bygger på en tanke om biologisk närhet som är en hänvisning till det direkta, nedstigande släktskapet mellan mormodern och barnet; mormodern har ju fött modern som i sin tur fött barnet. Om mormodern av någon anledning inte är i stånd att sköta omvårdnaden över barnet anser många rättslärda att vården ska gå över till fadern. Tolkningen är emellertid omtvistad. Den hanbalitiska

[52] Rafiq, Child Custody in Classical Islamic Law and Laws of Contemporary Muslim World s. 268.
[53] Zahraa och Malek, The Concept of Custody in Islamic Law s. 160.

rättsskolans förgrundsgestalt, Ahmed ibn Hanbal, anser exempelvis att fadern ska ges omvårdnaden över barnet direkt efter modern. Denna tolkning är upprätthållen i den marockanska lagen som ställer fadern näst efter modern och därefter mormodern på tredje plats (artikel 171). I fjärde hand ska domstolen enligt marockansk rätt utse en vårdnadshavare bland barnets släktingar utifrån vem som bäst tjänar barnets intressen. Så länge vårdnadshavaren, enligt lagtexten, kan erbjuda barnet lämpliga boendeförhållanden och är bäst lämpad ska han eller hon utses oberoende av kön eller släktskapsförhållande till barnet.

Ibn Hanbals tolkning, som ligger till grund för Modawana, är emellertid omtvistad även av andra jurister i den hanbalitiska rättsskolan. Dessa ställer fadern först på tredje plats, först efter farmodern som de för övrigt prioriterar framför mormodern. Farmoderns agnatiska släktband, det vill säga att hon besläktad med barnet genom manliga led (fadern), har i sammanhanget ansetts kvalificera henne högre än mormodern. Den hanafitiska rättsskolan ger däremot vårdnaden till fadern när det inte finns kvinnliga släktingar som kan åta sig omvårdnadsansvaret. Den malikitiska rättsskolans förgrundsgestalt Malik ibn Anas anser att fadern kan anförtros omvårdnadsrätt först efter modern, mormodern, mostern och farmodern. Den marockanska lagstiftaren har med andra ord valt en lösning som inte stödjs av klassisk malikitisk rätt utan snarare av en minoritet i den hanbalitiska rättsskolan.

Flertalet rättsskolor prioriterar således modern som omvårdnadsansvarig och sedan, varierande, fadern samt mor- och farmödrar. Om dessa släktingar inte skulle vara vid liv eller på annat sätt inte kvalificera sig som omvårdnadshavare kommer barnets syster att ansvara för omvårdnaden av barnet. Systern har företräde framför sidosläktingar.[54] Det finns oenighet mellan rättsskolorna beträffande situationen där det finns halvsystrar genom fadern och halvsystrar genom modern till barnet. Den shafiitiska rättsskolan och merparten av hanbaliterna ger prioritet åt halvsystern genom fadern med hänvisning till dels det manliga släktskapet, dels den agnata systerns prioriterade arvsställning. Den hanafitiska rättsskolans förgrundsgestalt, Abu Hanifa, prioriterar däremot halvsystern genom modern. Ahmed ibn Hanbal gör samma tolkning som Abu Hanifa. Även på detta plan finns en markant skillnad mellan dels de tolkningar som finns inom de isla-

[54] Zahraa och Malek, The Concept of Custody in Islamic Law s. 162.

miska rättsskolorna, dels den marockanska lagstiftningen som inte på förhand rangordnar andra släktingar än modern, fadern och mormodern. När dessa inte kan utöva vårdnadsrätten ska vårdnadshavare enligt marockansk rätt utses utifrån lämplighetsöverväganden.

Om barnet saknar systrar ska dess omvårdnad enligt majoriteten av rättsskolorna skötas av mostrarna. Tolkningen bygger på en profetisk tradition som likställer mostrar med mödrar. Efter mostrar kommer fastrar. Mostrar och fastrar som är släkt med barnet genom två led, dvs. som är helsyskon till antingen fadern eller modern, prioriteras framför dem som är släkt genom ett led (som blir halvsyskon till fadern respektive modern). Det råder relativt stor enighet mellan juristerna i de olika rättsskolorna om vad som bör ske när det bara finns sidosläktingar till barnet.

Om barnet skulle sakna anhöriga tillhörande de nu nämnda personkategorierna eller kvalificerade kvinnliga omvårdnadshavare ska vårdnaden över barnet enligt klassisk shariarätt hamna hos barnets manliga släktingar på fädernesidan (dvs. agnaterna eller barnets så kallade asaba). Vårdnadshavare bland agnaterna utses enligt följande ordning: farfadern, helbröder, halvbröder genom fader, (hel-)brorsöner, (halv-)brorsöner, brorsöners avkomlingar, farbröder och agnata kusiner.[55] Vid tvist mellan släktingar inom samma kategori ska den som är mest rättfärdig anförtros vårdnaden om barnet. Om det inte går att avgöra, ska omvårdnaden tillfalla den äldste bland de tvistande. Många bland rättsskolornas jurister manar till försiktighet när det kommer agnata kusiners omvårdnadsrätt eftersom detta släktskapsband inte utgör äktenskapshinder.[56] Den restriktiva inställningen gentemot kusinens omvårdnadsrätt vilar på de socialetiska hänsyn som inte accepterar att en person kan gifta sig med den som är under hans eller hennes vårdnad.

4.4 Vårdnadshavarens kvalifikationer

För att en person ska ges vårdnaden över ett barn förutsätts att han eller hon har rättshandlingsförmåga (i den marockanska lagen numera modifierat till enbart andra än barnets föräldrar enligt artikel 173 p. 1). I traditionell shariarätt kan en omyndig person eller en person som lider av en allvarlig psykisk sjukdom inte anförtros vård-

[55] Zahraa och Malek, The Concept of Custody in Islamic Law s. 164.
[56] Zahraa och Malek, The Concept of Custody in Islamic Law s. 164.

nad över barn. Förutom rättshandlingsförmåga krävs enligt artikel 173 p. 3 i Modawana också att vårdnadshavaren bedöms vara i stånd att uppfostra barnet, skydda dess hälsa och moral samt tillse barnets religiösa fostran. Även om det i den marockanska lagtexten inte finns krav på att vårdnadshavaren ska vara muslim spelar vårdnadshavarens religion betydelse eftersom lagen uttryckligen lägger vikt vid barnets religiösa fostran. I klassisk shariarätt har frågan om vårdnadshavarens trosuppfattning aktualiserats i förhållande till modern och inte i förhållande till fadern, eftersom islamiska äktenskapshinder inte tillåter äktenskap mellan en man som inte är muslim och en muslimsk kvinna. Flertalet av rättsskolorna anser dock att vårdnaden över ett muslimskt barn kan tillfalla en moder om hon tillhör de så kallade bokens folk (*ahl al-kitab*), med vilket man huvudsakligen menar en kristen eller en judisk kvinna. Denna tolkning vilar på en känd profetisk tradition som rörde profetens följeslagare Rafi b. Sinan. När han konverterade till islam vägrade hans hustru att göra detsamma, varefter de hamnade i en konflikt som ledde till deras skilsmässa. Därefter hamnade de i vårdnadstvist över deras gemensamma dotter. Enligt traditionen lär profeten Mohammed, utan hänsyn till religionsskillnaden mellan föräldrarna, ha låtit flickan själv välja boendeförälder.[57] Med ledning av denna tradition anser malikiter och hanafiter att moderns trosuppfattning inte diskvalificerar henne som vårdnadshavare. Hanbaliterna delar däremot inte denna tolkning. Den marockanska lagen reglerar inte explicit vårdnadshavarens religiösa uppfattning, även om det indirekt spelar roll då vårdnadshavaren enligt lagtexten förväntas sörja för barnets religiösa fostran.

I klassisk shariarätt får modern som vårdnadshavare inte ändra barnets hemvist utan faderns samtycke. Tolkningen har mildrats något i den marockanska lagen. Enligt artikel 178 medför ett utan faderns samtycke tillkommet hemvistbyte förlust av vårdnaden bara om hemvistbytet strider mot barnets bästa eller faderns intressen med hänsyn till den geografiska distans hemvistbytet innebär (artikel 178). Barnet bor alltid hos den som anförtrotts vårdnaden, dvs. modern i de fall barnet inte aktivt valt att bo hos fadern eller rätten bestämt

[57] Enligt traditionen valde flickan till en början sin mor, men ändrade sig och valde sin muslimske far genom profetens gudomliga vägledning, Spectorsky, Susan, Sunnah in the Responses of Ishaq b. Rahwayh, Studies in Islamic Legal Theory (red. Weiss), Brill, Leiden, 2002 s. 62 f. Med anledning av detta har delar av rättskolekåren ansett att personer som inte är muslimer inte kan anförtros vårdnad över muslimska barn (dvs. barn som har muslimska fäder).

någonting annat (artikel 169). Om vårdnadshavaren (vanligtvis modern) och förmyndaren (vanligtvis fadern) inte kan enas om barnets boende, eller andra angelägenheter av vikt för barnen, ska frågan hänskjutas till domstolen som ska avgöra frågan i enlighet med barnets intressen. I klassisk shariarätt har man däremot reglerat dessa förhållanden i förväg. Om barnet är en pojke ska det, enligt majoriteten av de islamiska rättsskolorna, på dagtid vistas under faderns överseende eftersom fadern som förmyndare har ansvarat för barnets fostran, utbildning och eventuell yrkesskolning.[58] Om barnet uttryckligen skulle välja att vistas hos sin far även på nätterna har modern rätt till umgänge. När det kommer till umgänge gäller samma för fadern när barnet bor hos sin mor. Enligt rättskolorna ska omfattningen av umgänget baseras på sedvänja och praktiska överväganden. Barnets intressen sägs vara det avgörande när det kommer till att bestämma omfattningen av umgängesrätten.[59] Den marockanska lagstiftningen har i huvudsak följt de umgängesregler som finns i klassisk shariarätt och ger en omfattande umgängesrätt till den förälder som barnet inte bor med (artikel 180). Samtidigt ger lagen föräldrarna en rätt att genom avtal reglera umgängesrätten. Avtalet ska bestyrkas vid domstol (artikel 181). Alla beslut som rör umgängesrätten ska vara förenliga med barnets intressen (artikel 186).

I klassisk shariarätt, om vilket det råder konsensus i majoriteten av rättsskolorna, får en kvinnlig vårdnadshavare inte ingå äktenskap under tiden hon är vårdnadshavare. Så var det också i Marocko före Modawana. Enligt majoritetsuppfattningen ska ett äktenskap leda till hon förlorar sin vårdnadsrätt, bortsett från fall där vårdnadshavaren gifter sig med en släkting till barnet.[60] Resonemanget bakom är att en släkting till barnet sannolikt kommer att känna kärlek för barnet och på så sätt dela vårdnadshavarens omvårdnadsskyldigheter samt värna om barnets bästa. En främling tros inte hysa dessa beskyddande känslor, och därför presumeras han inte sätta barnets intressen i det främsta rummet. Därför har man prioriterat en tolkning som hindrar risken för att barnet skadas av relationen (enligt tolkningsprincipen som heter *sadd al-darai*, som betyder att man gör en tolkning som blockerar risken för skada). Modern förlorar alltså inte vårdnadsrätten om hon gifter sig med en släkting. Innebörden av släkting varierar mellan

[58] Zahraa och Malek, The Concept of Custody in Islamic Law s. 175.
[59] Zahraa och Malek, The Concept of Custody in Islamic Law s. 175.
[60] Zahraa och Malek, The Concept of Custody in Islamic Law s. 173.

rättsskolorna till att avse en person som själv tillhör kretsen av vårdnadshavare (flertalet hanbaliter och shafiiter) eller en person som är så nära släkt med barnet att släktskapet medför äktenskapshinder mellan barnet och moderns make (hanafiterna). Malikiterna gör ännu strängare tolkningar genom att uppställa dubbla krav; vårdnaden kvarstår enbart om vårdnadshavaren, oftast modern, gifter sig med en person som tillhör kretsen av vårdnadshavare och även omfattas av äktenskapshindrena.[61]

När det kommer till frågan om vårdnadshavarens rätt att gifta sig gör marockansk rätt skillnad mellan fall där vårdnadshavaren är modern och fall där vårdnadshavaren är en annan kvinna. För andra kvinnor än modern ska vårdnadsrätten återkallas om makens relation till barnet inte konstituerar hinder för äktenskap och maken inte heller är barnets förmyndare (artikel 174). Här upprätthåller således lagen den klassiska malikitiska tolkningen. När det däremot är modern som är vårdnadshavare ska hennes äktenskap inte föranleda förlust av vårdnadsrätten i de fall förutsättningarna i artikel 174 är uppfyllda. Det gäller även om barnet är under sju år eller om det lider av en funktionsnedsättning som försvårar för andra än modern att sköta om barnets omvårdnad (artikel 175).

De hinder mot vårdnadsrätten som presenterats i detta avsnitt är alltid temporära i meningen att vårdnaden alltid kan återföras till den som förlorat vårdnadsrätten, i fall hindren upphör och återförandet bedöms vara förenligt med barnets intressen (artikel 170).

4.5 Barnets rätt att komma till tals

Frågan om barnets vilja i vårdnadstvister har gjorts till föremål för diskussioner inom de islamiska rättsskolorna. Barnets möjligheter att välja boendeförälder bygger på profetens sunna där Mohammed i en vårdnadstvist sägs ha dömt i enlighet med en pojkes vilja att bo med sin mor. Denna hadith har tolkats på en mängd olika sätt bland rättsskolorna. Enligt den dominerande shafiitiska tolkningen anses denna hadith leda till att både flickor och pojkar som fyllt sju år ska ha möjlighet att välja boendeförälder, om barnet i det enskilda fallet har förvärvat ett sådant omdöme att dess vilja bör tillmätas betydelse. Hanbaliterna gör däremot en bokstavlig tolkning av hadithen och anser att profeten enbart behandlat pojkars rätt att välja. Hadithen

[61] Zahraa och Malek, The Concept of Custody in Islamic Law s. 173.

kan enligt rättsskolan inte utsträckas till flickors valmöjlighet. Samtidigt ska barnets självbestämmanderätt balanseras mot det som vi närmast kan definiera som barnets bästa eller barnets intressen och välgång. Det exemplifieras i ett känt fall rörande vårdnad där den hanbalitiske 1200-tals juristen ibn Taymiyya var domare.[62] I denna vårdnadstvist hade barnet på sedvanligt sätt fått välja vem det skulle bo hos. Vid valet av fadern som boendeförälder hade ibn Taymiyya efterfrågat skälen och fått till svar att modern varit sträng genom att bland annat sända honom till en skola där det rådde strikt disciplin medan fadern inte gjorde så utan lät honom tillbringa mer tid med kompisar. Det sägs att Ibn Taymiyya i detta fall gav vårdnaden till modern, i strid med barnets uttryckliga önskemål. Vidare kan barnets val accepteras bara om den person som barnet vill leva med är kvalificerad som vårdnadshavare och de facto förmögen att sköta omvårdnaden av barnet. Barnets vilja ska beaktas kontinuerligt och tillgodoses även när den ändras över tid.

De hanafitiska och malikitiska rättsskolorna ger emellertid inte barnet någon motsvarande valmöjlighet.[63] Enligt den malikitiska rättsskolan ska vårdnaden över pojkar vara hos modern fram till puberteten och därefter flyttas till fadern. Hanafiterna anser däremot att vårdnaden över pojkar ska flyttas till fadern så fort pojken blivit självtillräcklig beträffande grundläggande behov (som påklädning, bespisning, tvagning m.m.). Dessa rättskolor begränsar pojkens talerätt med hänvisning till att ett för stort hänsynstagande öppnar upp för risken att välja en vårdnadshavare som inte är till hans bästa. Den hadith som hanbaliterna och shafiiterna åberopar för att ge barnet självbestämmanderätt i dessa frågor ges inte normativ bäring av hanafiterna, eftersom den klassas som en av de hadither som rör profetens gudomligt inspirerade handlingar.[64]

Även när det kommer till flickor råder det delade meningar mellan rättsskolorna. Shafiiterna gör som sagts ovan ingen skillnad mellan pojkar och flickor när det kommer till barnets möjligheter att självt välja. Hanafiterna placerar omvårdnaden över flickor hos modern fram till flickans pubertet, som också är giftasålder i klassisk shariarätt. Därefter ska omvårdnaden flyttas till fadern som enligt resone-

[62] Rafiq, Child Custody in Classical Islamic Law and Laws of Contemporary Muslim World s. 268.
[63] Zahraa och Malek, The Concept of Custody in Islamic Law s. 167.
[64] Zahraa och Malek, The Concept of Custody in Islamic Law s. 167.

manget är i bättre position att skydda flickan och som hennes förmyndare företräda henne inför ett eventuellt äktenskap. Imam Malik anser att omvårdnaden över flickan bör vara hos modern fram till det att hon gifter sig.[65] Hanbaliterna avviker från de övriga rättsskolorna genom att de anser att flickan ska flyttas till fadern redan vid sju års ålder med hänvisning till att hon behöver skyddas. Enligt deras synsätt kan inte modern skydda flickan, eftersom hon själv är i behov av beskydd.[66]

Den marockanska lagstiftaren ger betydelse åt barnets vilja i vårdnadstvister på ett sätt som är frånskilt tolkningarna i klassisk shariarätt. I Modawana ges nämligen ett barn som har fyllt 15 år, vare sig det är fråga om en pojke eller en flicka, rätt att välja vem av föräldrarna som ska vara vårdnadshavaren (artikel 166). Om barnet är föräldralöst kan det välja en annan släkting som vårdnadshavare så länge valet enligt lagtexten inte äventyrar barnets intressen.

5 SAMMANFATTANDE AVSLUTNING

Mot bakgrund av utvecklingen i islamisk rätt i allmänhet och antagandet av den familjerättsliga lagkodifikationen Modawana i Marocko i början av 2000-talet jämförs i denna uppsats vårdnadsreglerna mellan klassisk shariarätt och en modern tolkning av islam. Vårdnadsregler är av stor relevans för individer som befinner sig i en vårdnadstvist. Men reglerna är också viktiga för staten eftersom de ger en möjlighet att genomföra ideologiska föreställningar om den goda familjen, om mäns och kvinnors ställning och om relationer mellan barn och föräldrar. Den marockanska lagstiftaren, men med kungen i spetsen, använde Modawana, inklusive dess vårdnadsregler, som ett verktyg för att öka jämställheten mellan män och kvinnor i lagen. Allt detta är i linje med det som Lena-Maria Möller har visat, nämligen att vårdnadsreformer kan spela en nyckelroll för att stärka kvinnors rättsställning och status i en muslimsk stat.[67]

Exemplet Marocko visar att det i ett och samma land kan finnas ambitioner att skapa en större likställdhet mellan människor, samtidigt som allmänt spridda traditioner verkar i rakt motsatt riktning.

[65] Zahraa och Malek, The Concept of Custody in Islamic Law s. 168.
[66] Zahraa och Malek, The Concept of Custody in Islamic Law s. 168.
[67] Möller, Improving Women's Rights through Children's Rights? The Reform of Custody Laws in Contemporary Muslim Jurisdictions s. 465–489.

Här ser vi således en allvarlig form av en värdekonflikt mellan ett lands normsystem på olika nivåer, där de oförenliga normsystemen dessutom motiveras med hänvisning till islams religiösa urkunder. Det är en komplex situation, som i och för sig inte är ny i den islamiska kontexten. I detta bidrag har jag försökt illustrera spänningarna inte bara genom att belysa den marockanska situationen utan också genom att lyfta fram den diskrepans som fanns mellan lagboken och dess tillämpning vid domstolarna i förmodern tid innan sharia kodifierades i lagstiftning. Även om det behövs mer forskning för att få en tydligare bild av utvecklingen talar mycket för att den moderna lagstiftningsprocess varigenom sharia kodifierades till en allmänt tillämplig lagstiftning inte var till gagn för kvinnor utan medförde försämringar inom en rad familjerättsliga områden, inklusive vårdnadsrätten.

Det är inte lätt att ange vad som behövs för att förverkliga idén om män och kvinnors likställdhet i länder med islamiskt färgade familjerättsordningar. Med utgångspunkt i den marockanska situationen är det givet att det behövs en rad åtgärder vid sidan av en ny jämställdhetsbejakande lagstiftning. En åtgärd som jag särskilt vill lyfta fram är kvinnors tillgång till utbildning, som inte bara är nyckeln till förverkligandet av legala rättigheter utan också en katalysator för ett förändrat synsätt som i djupet kan minska olikbehandling i förhållande till män. Vill man förändra kvinnors rättsställning bör lagstiftningsåtgärder som likställer män och kvinnor varvas med socioekonomiska förändringar som ger kvinnor full tillgång till arbetsmarknaden och därmed ekonomiska förutsättningar för självständighet. Det handlar om utbildning men lika mycket om stävjandet av för kvinnor detroniserande värderingar och sedvänjor som barnäktenskap, som i praktiken stänger kvinnor från att ta i bruk och ytterligare driva fram samhällsreformer. Det finns därför en poäng med att studera den klassiska shariarätten, rättsskolornas mångfacetterade tolkningar och de sätt som reglerna omsattes i praktiken Om man ovillkorligen insisterar på att hålla fast vid islam som ett rättesnöre för familjerätten, så som sker i de flesta länder med muslimska majoritetsbefolkningar, finns en välutvecklad islamisk tolkningstradition och grundläggande islamiska rättsprinciper att ta till vara. På grundval av dem bör det vara fullt möjligt att ta fram en familjerätt som respekterar jämställdhet mellan könen och människors lika värde.

Donator given, faderskap oklart? Om risker att sprida sin säd …

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

Jane Stoll

ESTABLISHING PATERNITY BY COURT JUDGMENT FOLLOWING SPERM DONATION

Some reflections on two judgments rendered by the Svea Court of Appeal

In April 2016, the Svea Court of Appeal confirmed the judgments of the District Court in T 7894-15 & T 7895-15 establishing the paternity of a sperm donor, AF, in relation to two children, SJ & JJ, then aged five and three years respectively. Grounds for the judgments were based on Chapter 1, Section 5 of the Children and Parents Code (SFS 1949:381), which enables the Court to establish paternity if, inter alia, a genetic test shows that the man in question is the child's father, unless the sperm used for the pregnancy has been donated in accordance with Chapters 6 or 7 of the Genetic Integrity Act (SFS 2006:351). AF maintained that he had never met the mother of SJ and JJ and that they must have been conceived from sperm he had donated to a Danish Clinic. This factor, however, had no bearing on the Court in relsolving the question of paternity which was determined by applying a literal interpretation of Chapter 1, Section 5 of the Code. Leave to appeal to the Supreme Court was refused.

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

1 INTRODUCTION

Since 1985, all sperm donors who donate to clinics in Sweden, in accordance with legislation governing assisted reproduction, do so knowing that they have neither rights nor responsibilities in relation to any future offspring born as a result of the their donations.[1] In effect, this means that these donors are protected from paternity claims, and the consequences that follow from legal parenthood. This is standard practice in Sweden and abroad. Moreover, it is regarded as necessary for the recruitment of donors, particularly in those countries where anonymous sperm donation is no longer an option. The extent to which this protection extends to Swedish sperm donors who donate under similar conditions abroad, however, is an open question. Even if the foreign sperm clinics refuse to release information about the identity of their donors, there is no guarantee that a Swedish donor who has donated abroad will not be declared the legal father of a child born in Sweden. In light of the Svea Court of Appeal judgments, above, this is the only reasonable conclusion that can be drawn from the Court's interpretation and application of Chapter 1, Section 5 of the Children and Parents Code (hereafter FB 1:5). This situation could arise if a Swedish donor's sperm has been used in insemination treatment abroad and if – as was asserted by the doner in the cases above – by mere coincidence, he becomes the object of a paternity investigation in Sweden which ultimately establishes that he is the genetic father.

In this essay, the scope of FB 1:5 as regards the establishment of paternity of Swedish sperm donors, is explored in light of the court judgments, above. The main purpose is to ascertain whether there might have been room for an interpretation which would exempt from paternity claims not only donors donating within Sweden in accordance with the provisions of the Genetic Integrity Act (SFS

[1] Donor anonymity following gamete donation was abolished with the introduction of the now-repealed Act on Insemination (SFS 1984:1140). Assisted reproductive technology (ART) is now governed by the Genetic Integrity Act (SFS 2006:351, GIA). Since April 2016, however, a sperm donor may confirm his paternity in respect of a child born to a single woman who has undergone assisted reproductive treatment in Sweden in accordance with the GIA (FB 1:3 para 3, amending act SFS 2016:17). This followed amendments made to the GIA which gave Swedish single women the right to access fertility treatment. See Amending Act: SFS 2016:18, Prop. 2014/15:127, SOU 2014:29, but note that this amendment had no bearing on the cases in question.

2006:351, hereafter GIA), but also Swedish donors who have donated at Danish sperm clinics, in accordance with Danish law.

After an overview of the relevant legislation, the background to, and purpose of FB 1:5 is considered before turning to the unique circumstances of the cases in question. Content contained in the court case files from the District Court and the Court of Appeal is also considered in an attempt to facilitate a deeper understanding of the facts available to the Court.[2] The ensuing discussion focuses on whether the Court's literal interpretation of FB 1:5 could have been supplemented by a teleological interpretation, leaving open the possibility for an analogical application taking into account the purpose of the provision.

The discussion is confined to the implications for Swedish national law and Swedish sperm donors.

2 OVERVIEW OF THE RELEVANT LEGISLATION

The relevant legislative provisions on which the cases rest can be found in Children and Parents Code, and the Genetic Inegrity Act. In the view of the author, the Danish Børneloven is also relevant since, from all accounts, the putative father donated sperm in accordance with, and in reliance on, Danish law.

In Sweden, paternity is regulated in Chapter One of the Children and Parents Code. The conditions which must be met in order for paternity to be established through court judgment – either because the automatic presumption of paternity does not apply or because paternity has not been acknowledged or confirmed – are stipulated in FB 1:5.

If paternity is not established by presumption, the Social Welfare Committee in the county where the child is registered has a duty in accordance with FB, Chapter 2, to open an investigation in an attempt to find out who the father of the child is and to see to it that paternity is established.[3] An investigation may be laid down if the possibility of establishing paternity by court judgment appears futile.[4]

[2] The files in question, comprising over 80 documents, include material from the initial and subsequent investigation into parenthood made by the Social Welfare Committee, results of DNA tests and correspondence between the parties and the social welfare board and the courts.

[3] See FB 2:1 and 2:2.

[4] FB 2:7, para 1, point 2.

As pointed out in the Introduction, above, the judgments in T 7894-15, T 7895-15 turn on the wording found in FB 1:5. Prior to 2005, the necessary conditions for establishing paternity under FB 1:5 required, first, that it could be determined that the mother and the putative father had engaged in sexual intercourse and secondly, that it was – considering all of the circumstances – probable that the child had been conceived as a result of the intercourse. A consequence of this was that it was rather difficult to establish the paternity of a "private" sperm donor through court judgment since intercourse had not taken place.[5]

In 2005, amendments to FB 1:5 came into force. These amendments were intended to facilitate the establishment of paternity by, inter alia, expressly extending the scope of potential legal fathers to sperm donors. The current wording of FB 1:5, with the 2005 changes in italics, is as follows:[6]

> In situations where paternity is established by court judgment, the court shall declare a man to be the child's legal father *if a genetic investigation shows that he is the child's father. The court shall also declare a man father* if an investigation shows that he has had sex with the child's mother or *if the child's mother has had insemination or IVF treatment with his sperm* during the time when the child can have been conceived and that with consideration to all of the circumstances it is probable that the child has been conceived by him.
>
> Paternity cannot be established through court judgment with respect to a man who is a sperm donor in accordance with Chapter 6 or 7 of the Genetic Integrity Act (SFS 2006:351).

The paternity exception found in FB 1:5, paragraph two, above, requires that a sperm donor must have donated in accordance with Chapters 6 and 7 of the GIA. These two chapters of the GIA regulate

[5] See, for example the Svea Court of Appeal judgment T 147/91, of April 13 1992; and the Court of Appeal judgment in RH 1998:103 in which paternity suits against sperm donors who had donated under private arrangements were dismissed by the respective courts.

[6] Author's translation. Note that the amendments to FB 1:5 were in fact additions to the existing provisions. The amending act is SFS 2005:434. Note also that in 2006 the second paragraph of FB 5:1 was amended again by SFS 2006:352 but this was only to reflect the repealing of the Insemination Act (SFS 1984:1140) and IVF Act (1988:711), and the replacement of these Acts with the Genetic Integrity Act (SFS 2006:351).

the practice of insemination and IVF treatment in Sweden. Specifically, the GIA requires that the donor must be of age. He must also have consented to his sperm being used for insemination or IVF treatment and the consent cannot have been revoked.[7] Moreover, the insemination treatment must have been carried out at a publicly-financed hospital, or at a centre which has been approved by the Health and Social Care Inspectorate (IVO).[8] The exception in FB 1:5, thus, protects sperm donors from future paternity claims provided that they have donated in accordance with the pertinent provisions of the GIA.

It should be mentioned that according to Chapter 5, Section 28 of the Danish law, Børneloven, which regulates paternity, maternity and co-motherhood with assisted reproduction, a sperm donor who has donated to a tissue centre, healthcare professional, or to someone working under the responsibility of the healthcare professional, is not to be regarded as the donor offspring child's father.[9] This provision has the same effect as FB 1:5, paragraph two. The Danish law was not raised in the cases examined.

Also of relevance to the purpose of establishing paternity is the child's right to information about genetic origins. This right is well-established and since 1985 extends to donor offspring following assisted reproduction who have a right to identifying information about the donor when they are sufficiently mature.[10]

3 PURPOSE OF FB 1:5

3.1 Introductory remarks

What, then, were the driving forces behind the amendments made to FB 1:5? The purpose/s behind the amendments to the provision can be found, inter alia, in the Government Bill on Assisted Reproduction and Parenthood.[11] It is clear from the wording of FB 1:5, above,

[7] GIA 6:1a (insemination); GIA 7:2 (IVF).
[8] GIA 6:2. For treatment requring IVF, see GIA 7:4.
[9] Børneloven LBK nr 1817 af 23/12/2015.
[10] GIA 6:5 (insemination) and GIA 7:7 (IVF).
[11] Prop 2004/05:137, Assisted reproduction and parenthood. In particular Part 6 (grounds for amendments to FB 1:5) and Part 8 (commentary on the proposed changes to FB). See also the report from the Ministry Publications Series, Ds 2004:19 Parenthood with assisted reproduction for homosexual couples, which raises the same arguments as those put forward in the Bill.

that the subject matter of the amendments comprised, first, the usage of DNA testing in paternity investigations; and secondly, the inclusion of insemination as a possible condition for establishing paternity. Accordingly, the Bill's focus in this respect was, in part, on DNA-technique in general. The specific question of whether it should be possible to establish paternity by court judgment in respect of a sperm donor was also addressed. These two factors are considered in turn, below.

3.2 The use of DNA tests to establish paternity

In discussing the issue of incorporating DNA-testing into FB 1:5, the Minister pointed out that such tests have been used by the courts and social welfare authorities as evidence in establishing, and refuting, paternity since 1991. Moreover, since 1994, paternity investigations have been based entirely on DNA analysis.[12] The tests are extremely accurate. In order for the National Board of Forensic Medicine to confirm that a man is the child's father, the result of the DNA test requires a probablilty of at least 99.99%. In the view of the Government, amending FB 1:5 to take into account existing DNA technique would ease the burden of evidence on the plaintiff in paternity cases by eliminating the need to prove that sexual relations have taken place. Moreover, since the technique was already used in the application of law it was considered appropriate to reflect this by expressly providing for DNA-testing in the wording of FB 1:5.[13]

3.3 Paternity by court judgment for sperm donors

The question of whether it should be possible to establish paternity by judgment in relation to sperm donors was discussed in Part Six of the Bill. This situation could arise when paternity or parenthood cannot otherwise be established through presumption or confirmation.[14] Three specific situations were raised in the Bill in this connection:

[12] Prop 2004/05:137, p. 50.
[13] Prop 2004/05:137, pp. 51 and 52.
[14] Under FB 1:6 & FB 1:8, for example, paternity is presumed following ART when the male spouse or partner of the woman giving birth has consented to the treatment; Likewise under FB 1:9, parenthood is presumed following insemination when the female spouse or partner of the woman giving birth has consented to the treatment. Where it concerns unmarried heterosexual couples and female couples, however, the presumption

1. When a donor has donated through a private arrangement for the purposes of home insemination, and the woman is single or in a relationship with another woman;
2. When a donor has donated through a private arrangement, above, and the woman's husband has not consented to the insemination or ART; and
3. When donor insemination or ART has been carried out in accordance with Swedish ART legislation but without a valid consent.[15]

The Government's view in the Bill is that the establishment of paternity should be seen as being in the child's interests and that this, along with the child's right to information about its origins should weigh heavily, irrespective of what a donor's attitudes to fatherhood might be.[16] This view is in contrast to earlier preparatory works, in which the Government had been sceptical about whether the forcing of paternity on a donor who had no intentions of being the child's father could be in the interests of the child.[17] It was also pointed out in the Bill that when paternity could be established, the child had a right to support, inheritance and the father's name and that children born following assisted reproduction should not be worse off in these matters than other children. To this end, the Minister considered that a reasonable starting point should be that, irrespective of how the child had been conceived, paternity should be able to be established by court judgment. Moreover, even if it might sometimes be difficult to identify a private sperm donor, this should not prevent the possibility to try to have his paternity established.[18]

It could also be mentioned that, with reference to donors donating in accordance with Swedish ART legislation, it was pointed out that "a fundamental condition for the activity [of ART] is that a man who donates sperm can rely on the fact that the rules that apply will also be followed. A regulatory system which implies that the donor against his will could have his paternity established would lead to a reduced number of donors within the Swedish health services."[19]

is not automatic and parenthood must still be established through confirmation in accordance with FB 1:4.

[15] Prop 2004/05:137, pp. 52 and 53.

[16] Prop 2004/05:137, p. 53.

[17] Referring to prop 1984/85:2, p. 14.

[18] Prop 2004/05:137, p. 53.

[19] Prop 2004/05:137, p. 53.

The conclusion subsequently reached by the Government, then, was that it should be possible to establish a sperm donor's paternity through court judgment, provided that no one else could be regarded as the child's father under FB,[20] but that an exception should be made for men who donate in accordance with prevailing ART legislation.[21]

To summarise, the motivating factors behind the amendments to FB 5:1, were:

- To make it easier to establish paternity without having to show a sexual relationship (DNA).
- To make it possible for paternity to be established in relation to a donor in specific circumstances in order to satisfy the child's interests in having a father; knowledge of the child's origin; and also the right to support, inheritence and the father's name. An important consideration in this regard was that the child should not be worse off than other children just because it was born though ART.
- To protect donors who have donated in accordance with Swedish law from being subject to paternity claims (st 2 FB 1:5).

4 AN ACCOUNT OF SVEA COURT OF APPEAL JUDGMENTS *T 7894-15* & *T 7895-15*

4.1 Background – as evident from the District Court judgments

The cases, above, concerned the establishment of paternity in relation to two siblings, SJ, born 2011 and JJ, born 2013. The childrens' mother, AJ, had been raising the children alone since their birth. In 2013, an anonymous tip was received by the local Social Welfare Committee pointing out AF as the childrens' genetic father. A new paternity investigation was subsequently opened and in May 2014 the social welfare counsellor acting on behalf of the children applied to the District Court, on the one hand, for a court order compelling

[20] Either through the presumption of paternity (FB 1:1), or through a spouse or partner consenting to ART (FB 1:6, 1:8, 1:9).

[21] That is, even if, in an exceptional situation, it is found that the womans husband or partner has not consented to the ART treatment – thereby making it difficult to establish parenthood – it should not be possible to establish paternity through court judgment with respect to a sperm donor who has donated in accordance with the GIA. See prop 2004/05:137, pp. 53 & 56.

that AF undergo a genetic investigation and, on the other hand, to establish AF's paternity with respect to both children.

4.2 Pleadings of the children

Both cases were heard in the District Court concurrently, without a main hearing.

In the case **T 2213-14** (T 7894-15 in the Court of Appeal), in support of SJ's application she pleaded that her mother, AJ, had in the (original) paternity investigation given the following information to the Social Welfare Committee: that SJ was conceived following a casual liaison with a man whose name AJ did not know; that the man in question told her he lived in Skåne and that he was on a work trip in the town where AJ lived; and that the man in question worked with computing or film. AF, the man who was pointed out as father through the anonymous tip, lives in Skåne and according to his LinkedIn profile works foremost with video production.

In the case **T 2531-14** (T 7895-15 in the Court of Appeal), JJ pleaded that he was conceived through home insemination. His mother, AJ, found the donor on a site on the internet and she met the donor at a public place where the sperm was handed over. AJ was unable to provide the donor's identity but had a name. The anonymous person who tipped off the authorities about JJ's sister SJ, also pointed out AF as the father of JJ.

4.3 The defendant's position

The defendant, AF, contested SJ's and JJ's pleadnings. He said he had never met their mother AJ in connection with her pregnancies in 2010 or in 2012. In August 2014 he met AJ who was able to confirm that he was not one of the men she met in connection with becoming pregnant in 2010 or 2012. AJ attested to this in writing and sent it into the District Court in August 2014 together with a photograph of AJ and AF taken at the said meeting. AF stated that he had donated sperm at clinics in Sweden and in Denmark. He was aware that AJ had been to Denmark for insemination several times and said it was not impossible that his sperm could have been used at the Danish clinic and thereby resulted in SJ and JJ being born. AF asserted that as a sperm donor he has neither rights nor obligations in relation to children he has contributed to via a clinic. Nor was he obliged to

participate in a paternity investigation in relation to such children. AJ had done everything possible to avoid having a man involved in her family life and to establish paternity would not benefit either of the parties concerned. AJ had paid for the insemination in Denmark with the promise that the donor would be anonymous for 18 years.

4.4 Other information evident from the judgments

In November 2014, the District Court ordered that AF undergo a genetic examination and in April 2015 the result from the National Board of Forensic Medicine confirmed that AF was the genetic father of SJ and JJ with a probability of 99.999%.[22]

The mother of the children, AJ, provided statements in both cases but the content is not elaborated on in the judgments.

In AF's closing pleadings he reiterated that he had never met AJ and that AJ had been to Denmark during the times of conception. AF confirmed that he had donated sperm in Sweden and Denmark and that in both countries he had been informed when he donated that he did not have any rights or responsibilities in relation to future offspring. He therefore denied all demands with respect to legal fatherhood. Moreover, he maintained again that neither of the parties would benefit from his paternity being established.

4.5 Judgments and grounds for the judgments

In August 2015, the District Court established that the defendant AF was the father of SJ and JJ.

The legal grounds for the judgments were based on FB 1:5, as follows:

- If paternity is to be established via judgment, the Court shall declare a man father if a genetic investigation shows that he is the father.
- FB 1:5 applies even with assisted reproduction.
- According to FB 1:5, paragraph two, paternity cannot be established via judgment for a man who is a sperm donor in accordance with the GIA but it shall be established in other cases, provided

[22] See respectively Målnr T 2213-14, AktBil 38 and AktBil 48; Målnr T 2531-14, AktBil 33 and AktBil 39.

> that no one else shall be presumed father in accordance with FB 1:6 or FB 1:8.

It was also noted that the GIA is not applicable to insemination which takes place abroad.

In applying the law to the facts, the Court referred to the assertion of the Social Welfare Committee that SJ had been conceived through a sexual liaison with a man whom AJ didn't know the name of, and that JJ was conceived following home insemination. It also observed that more information had come forward during the case, specifically, that AJ had during the times for conception been to Denmark for several insemination treatments. Notwithstanding this, the Court pointed out that is was clear from the investigation that AJ had not been the subject of insemination in Sweden in accordance with the GIA. It concluded, therefore, that there were no impediments for the establishment of paternity in accordance with FB 1:5. Since no other man could be presumed to be SJ's father in accordance with FB 1:6 or FB 1:8, the District Court found that there was no hindrance against ruling in accordance with FB 1:5 as pleaded. From the report of the National Board of Forensic Medicine AF had been determined, with a probability of 99.999%, to be the father of SJ and JJ. In light of this and what had come forward in the cases, the Court found that it had been shown that AF was SJ's and JJ's father. The plaintiffs' case was therefore granted.

4.6 Response of the Court of Appeal and the Supreme Court

AF appealed the judgments of the District Court to the Svea Court of Appeal. The Court of Appeal rejected AF's appeals, confirming the District Court's judgments. AF, in turn, appealed to the Supreme Court which found, after going through the material, that there were no grounds to grant AF leave to appeal. The judgments of the Svea Court of Appeal therefore prevailed.

5 ADDITIONAL FACTS CONTAINED IN THE COURT CASE FILES

5.1 Introductory remarks

In addition to the facts appearing in the judgments of both cases, there is a wealth of relevant information contained in the court case files from the District Court and the Court of Appeal that did not make its way into the judgments.

AF submitted a considerable amount of information to the Social Welfare Committee and to the courts which had relevance to the question of his paternity in relation to SJ and JJ. The material included information about AF's donation activity in general and information refuting the assertion of the Social Welfare Committee that SJ and JJ could have come about as a result of a personal meeting between AF and AJ.

Additional information provided by AJ and by her legal representative concerned, inter alia, the names of the putative fathers; an account of AJ's attempts to become pregnant at different clinics, and how these attempts coincided with the casual liaison in 2010 and the home insemination in 2012; and AJ's willingness to provide to SJ and JJ information about the private donor and the donor codes in relation to the clinic donor so that they could trace their origins in the future.

In this Part, an account of the information contained in the court case files is summarised in an attempt to gain a deeper understanding about the way in which the unique circumstances of the case unfolded.[23]

5.2 Information provided by AF

5.2.1 Additional facts regarding AF's donation activity in general

As regards AF's donation activity, it is clear already from one of the summons applications that in addition to donating to clinics in Sweden in the 90s, and to clinics in Denmark, AF confirmed that he has also donated privately. It was also made clear that AF has a policy not to donate to single women. The only donations he has made have

[23] See footnote 2, above, re the case files. A list of the documents referred to may be found in the Appendix at the end of this article.

been to lesbian couples who had planned step-child adoption.[24] This was reinforced by AJ on at least two other occassions.[25]

When AF donated in Sweden in the 90s he was told that his anonymity would be protected.[26]

In relation to AF's donations as an open-donor to a Danish sperm bank, which were made over several years, AF stated on several occasions that his anonymity had been guaranteed until any offspring turn 18. He was also told that he would have no rights or responsibilities in relation to such offspring.[27]

AJ emphasised that he had donated sperm to help others,[28] and that all of his donations – both in clinics and privately – are "open donations" so that any future offspring will be able to contact him when they are adults.[29]

5.2.2 Could SJ and JJ been conceived following a personal meeting between AF & AJ?

As to the assertion by the Social Welfare Committee that SJ and JJ came about as a result of a personal meeting between AF and AJ, this was categorically denied by AF. His position is evident from at least eight documents in the court file. AF maintained repeatedly that he had never met AJ before 30 August 2014, i.e. after the birth of both children; that he has not had sexual intercourse with, or donated sperm to AJ; and that, therefore, he was NOT one of the men who through personal meetings could have made AJ pregnant.[30] In addition, AF asserted that when he did meet AJ, she confirmed that AF was not one of the men she met in conjunction with becoming pregnant in 2010 and 2012. This was, moreover, attested to in writing by AJ and sent to the Court along with a photograph taken of AJ and AF

[24] Målnr T 2213-14, AktBil 2.
[25] Målnr T 2213-14, AktBil 14 & AktBil 18.
[26] Målnr T 2213-14, AktBil 14, AktBil 50 & AktBil 56; Målnr T 2531-14, AktBil 41 & AktBil 47; and Målnr T 7895-15, AktBil 4.
[27] Målnr T 2213-14, AktBil 14, AktBil 40, AktBil 50 & AktBil 56; Målnr T 2531-14, AktBil 31, AktBil 41 & AktBil 47; and Målnr T 7895-15, AktBil 4.
[28] Målnr T 2213-14, AktBil 50; and Målnr T 2531-14, AktBil 41.
[29] Målnr T 2213-14, AktBil 14, AktBil 28 & AktBil 50; and Målnr T 2531-14, AktBil 18 & AktBil 41: and Målnr T 7895-15, AktBil 4.
[30] Målnr T 2213-14, AktBil 13, AktBil 28, AktBil 33, AktBil 40 & AktBil 50; Målnr T 2531-14 AktBil 11, AktBil 18, AktBil 26, AktBil 31 & AktBil 41; Målnr T 7895-15, AktBil 4.

together on the day they met in order to avoid any doubt as to which man she was referring to.[31]

AF also referred to information that AJ had provided in which she stated that she met her private donor in 2012 at IKEA in Linköping, and that the man who she had her liaison in with in 2010 drove her from Stockholm to AJ's home town. In this regard, AF affirmed that he had neither been in Linköping nor to AJ's home town during the past 10 years.[32]

Throughout the proceedings, AF maintained that CJ and JJ had been conceived from insemination treatment at a clinic. Moreover, he believed it was clear from the information which forms the foundation of the paternity investigation that AJ had insemination treatment at a clinic in Denmark during the same conception times under which she became pregnant. To this end AF concluded that it was possible that his sperm could have been used for the clinic inseminations which could have resulted in the birth of SJ and JJ, particularly since he had also donated to a clinic in Denmark.[33]

5.2.3 Regarding the DNA tests and consequence of paternity

When the DNA test results were available, AF accepted them and acknowledged that the DNA tests show that he is the genetic father of SJ and JJ.[34] However, AF maintained his position that the only way SJ and JJ could have been conceived was through insemination at a clinic. He further asserted that he had donated to the clinics on the ground that he would never have any rights or responsibilities in relation to future donor offspring, and therefore contested any demands for having his paternity established in respect of SJ and JJ.[35]

5.3 Information provided by AJ

5.3.1 Names of the putative fathers

Prior to the anonymous tip which was handed in to the Social Welfare Committee pointing out AF as CJ and JJ's genetic father, AF's name had not been raised in relation to the paternity investigation.

[31] Målnr T 2213-14, AktBil 33; and Målnr T 2531-14, AktBil 26.
[32] Målnr T 2213-14, AktBil 18.
[33] Målnr T 7895-15, AktBil 4.
[34] Above.
[35] Above

From information given to the Social Welfare Committee by AJ during the original investigation concerning the father of SJ, it is evident that AJ believed that the man with whom she had the sexual liaison in 2010 and which she had thought might have resulted in the birth of SJ was called "Lars". AJ reported that "Lars" drove a dark blue Volvo V70.[36]

As regards the paternity investigation in respect of JJ, AJ specified that the man who provided her with sperm for the home insemination in 2012 was called "Peter". "Peter" gave AJ his telephone number and also told her that he was a sperm donor at the hospital in Linköping.[37]

Here, it could be mentioned that it was not disputed in the investigation that, while AF's name is not "Lars" or "Peter", AF did own a dark blue Volvo V70 (as did "Lars").

5.3.2 An account of AJ's attempts to become pregnant

In addition to the accounts given by AJ of her sexual liaison in 2010 and her home insemination attempt in 2012, she provided information about her attempts to become pregnant with the help of insemination at different clinics, including Storkkliniken in Denmark. AJ reported via her legal representative that when she became pregnant in 2010 she did not know if it was as a result of her visits to the clinic or her sexual liaison because the treatment occurred during the same period. SJ was born in the spring of 2011.[38] AJ stated that she traveled again to a clinic in Denmark for insemination in January and July 2012. During this time she also found a private donor on the internet who she met at IKEA in Linköping (not her home town). Shortly after, when AJ found out that she was pregnant she, once again, did not know if it was due to the latest treatment at the clinic or to the home insemination.[39]

Much of the information above was repeated in a statement made to the Svea Court of Appeal in April 2016.[40]

[36] Målnr T 2213-14, AktBil 4. No name was provided when the investigation was re-opened in 2013, but the information provided by AJ was otherwise consistent with what she provided in 2011. On this, see Målnr T 2213-14, AktBil 5.
[37] Målnr T 2531-14, AktBil 3.
[38] Målnr T 2213-14, AktBil 16.
[39] Above.
[40] Målnr T 7894-15 and Målnr T 7895-15, AktBil 17.

Finally, according to AJ, the reason she sought out a donor for home insemination in addition to traveling to Denmark was because she had received a tip that fresh sperm was more effective than frozen sperm. She therefore looked for and found a donor on the internet. AJ empasised that she did not have sex with the donor.[41]

5.3.3 Re CJ's and JJ's right to information about the donor

Through her legal representative, AJ stressed that she has no problem with the children finding out about their origins when they are 18 years old. She said she had received the donor codes from the clinic and the contact information from the private donor (a.k.a. "Peter").[42] To this end it is important to note that receipts from, inter alia, Storkkliniken in Denmark were also attached for the court file. It is clear from the description on these receipts that the sperm used when AJ underwent insemination treatment in Denmark was from an "open donor".[43]

6 DISCUSSION

6.1 The Court's approach

It is noticeable from the information provided, above, that many new facts come to light after perusing the court case files. Assuming the obvious, that the Court must have familiarised itself with the entire court file, the question must be asked: How did the Court come to the conclusion that AF was the father of SJ and JJ in accordance with FB 1:5?

What is unmistakeable from the Court's grounds for the judgments and its application of the facts in Part 4.5, above, is that it chose a restrictive, literal interpretation of the wording of the provision and applied the law accordingly. In light of the interpretation method chosen, the Court's reasoning in relation to the facts presented was excellent. It was logical and followed the letter of the law precisely. There is no question that, on its face, the facts and the FB 1:5 prerequisites for establishing paternity by court order fit together

[41] Målnr T 2213-14, AktBil 53; and Målnr 2531-14, AktBil 44.
[42] Målnr T 2213-14, AktBil 16.
[43] Målnr T 2213-14, AktBil 53; and Målnr 2531-14, AktBil 44. As regards "open donor", this refers to a donor who, while anonymous at the time of treatment, is prepared to be contacted once the offspring are 18 years of age.

perfectly. According to FB 1:5, paragraph one, if a man's DNA-test shows that he is the father of a child, the Court shall declare him the father: according to the conclusive results of AF's DNA-test, he **was** shown to be the father of SJ and JJ. The fact that FB 1:5 applies even with ART was of little significance in this case because the first prerequisite – establishing a genetic connection – had already been fulfilled. Nor did it matter whether or not AF and AJ had had a sexual relationship, which had been maintained by the Social Welfare Committee, because the DNA-test result is arguably the alpha and omega of FB 1:5. All that was standing in the way between AF and the establishment of paternity was the exception in FB 1:5, paragraph two i.e., that paternity cannot be established via court judgment for a man who donates sperm in accordance with Chapters 6 or 7 of the GIA. The wording of the law here is clear. There was no way around this because, from all accounts, AF was a sperm donor in Denmark and AJ had treatment in Denmark where the GIA does not apply. Moreover, since there was no one else who could be presumed SJ's or JJ's father in accordance with FB 1:6 or FB 1:8, the Court was able to determine that AF's paternity could be, and therefore shall be, established in accordance with FB 1:5, paragraph one. This was achieved in line with the letter of the law, without the need to ponder too much. By restrictively applying a number of selective facts from the court file – which completely fit the wording found in FB 1:5 – the paternity of AF was, thus, established in an apparently water-tight case.

The literal approach used by the Court would have been absolutely perfect in a "run of the mill" informal sperm donation case in which an identifiable but hoping-to-remain-secret donor hands over sperm to a woman who carries out a home insemination which gives rise to a child who will be raised without a father. These cases, however, in no way resemble a "run of the mill" private sperm donation case. This is obvious from the court case files which contain a wealth of information to the contrary.

The Court's usage of a literal approach alone in these cases is remarkable because there was a rich pool of additional facts which, taken together, were sufficient to throw doubt on the conclusions of the Social Welfare Committee and on the assumptions that appear to underpin the judgments. If the information provided by AF and AJ was, in fact, true – and there is no indication from the court files that this is impossible – wouldn't it have been more appropriate to look

closely at the preparatory works in order to see whether such a situation was contemplated when the law was amended or whether it might perhaps be motivated to see whether there could be, in light of the unique circumstances, any way around the strict application of the legislation? The consequences of a paternity judgment were significant for all concerned. Yet there is no indication from the judgments that the purpose behind the amendments to FB 1:5 was considered. This conclusion is reasonable since the judgments contain no reference to the legislative preparatory works or the purpose of the provision at all.

6.2 An alternative approach

6.2.1 Indications that a teleological interpretation of the legislation might have been helpful

In light of the unique facts and circumstances of the cases at hand, a more appropriate way for the Court to resolve the question of paternity might have been to complement the literal approach it used with a teleological interpretation of the amendments to FB 1:5. In such a case, the Court might well have come to the same conclusions. Such an approach would have, however, opened the possibility for the Court to consider whether an analogical application of the provision should or could be made to more accurately reflect its purpose. Several factors evident from the court files, accounted for in Parts 5.2 and 5.3, above, support the argument that a closer examination of the purpose behind FB 1:5 was warranted in this situation. These factors, together, form a credible alternative narrative of AJ's and AF's circumstances to the facts presented and relied on to form the basis for the judgments. To this end, the facts deserved closer scrutiny, particularly since there was so much at stake for AF, AJ and AJ's children. At the very least, the additional information was sufficient to cast doubts on claims that SJ and JJ were conceived following personal meetings between AF and AJ, further supporting the possibility that the children were conceived at a sperm clinic in Denmark. This in turn should have raised the question of whether there was any scope to apply FB 1:5, paragraph two, analogically. After all, AF had already accepted the results of the DNA test showing that he was the genetic father of the children, so these cases, ultimately, turn on the fact that

AJ did not have treatment in Sweden, and that AF donated sperm in Denmark.

6.2.2 Indications that the FB 1:5 amendments were aimed at Swedish donors who donated in Sweden

Notwithstanding the wording of FB 1:5, paragraph two, there are indications that the FB 1:5 amendments were intended to apply to Swedish donors who donate in Sweden. The purpose of the amendments, as discussed in the legislative preparatory works, was explored in Part 3, above. In this connection, reference was made to older Swedish cases regarding the establishment of paternity following donations made in Sweden, by Swedish donors, who had donated privately for home insemination. All discussion concerning this issue suggests that a driving force behind the amendments to FB 1:5 was to prevent situations in which private sperm donors, in Sweden, could avoid having their paternity established in situations where the Swedish-born offspring would otherwise be fatherless. In other words, the purpose was to – where possible – ensure that the child's interests in having a father could be met, even after informal sperm donation.

To this end, the preparatory works also differentiated between donors who donate privately and donors who donate in accordance with the prevailing law. The former situation had negative consequences in relation to the child's legal status and the child's right to information about origins if the recipient of the sperm was unmarried. It was these situations that the legislator sought to avoid by amending the Swedish law to ensure that, in the absence of a presumed father, it would be more difficult for private sperm donors who chose to donate outside of the law to avoid the responsibilities that are attached to procreating.

There is no indication from the preparatory works to the FB 1:5 amendments that the Government, and in turn the legislator, was seeking to prevent or discourage Swedish donors donating legally abroad, or Swedish single women from going abroad to receive treatment.

6.2.3 Treatment and donation occurred at a Danish clinic, not through informal sperm donation in Sweden

The information on the court files suggests that AF's sperm donation was not informal, nor did it take place in Sweden. Rather, it was an accepted fact that AF donated sperm in Denmark. Moreover, evi-

dence was presented that AJ had been to Denmark for insemination treatment at a clinic and that these visits coincided with her becoming pregnant. It was therefore possible that AJ had been inseminated with AF's sperm in Denmark, at a clinic operating in accordance with Danish law. CJ and JJ could, thus, have been conceived at a clinic in Denmark. This is not the sort of situation contemplated in the preparatory works as inappropriate or in need of preventing through an amendment to FB 1:5. If AF and AJ had both been living in Denmark, Chapter 5, Section 28, of Børneloven would have been applied and the establishment of paternity would never have been an issue.

6.2.4 CJ and JJ could find out the identity of the donor in the future

The preparatory legislative works also emphasised that the importance of establishing paternity is in part due to the child's right to know about its origins. It is clear from the court files that all of AF's donations in Denmark had been made as an "open doner" to enable future offspring to trace him when they are adults. Moreover, in Denmark, AJ had been inseminated with the sperm of an "open donor". She was in possession of the donor codes and said that she would provide them to CJ and JJ when they were older so that they could trace the donor. Thus, CJ and JJ would have been able to find out about their origins under same conditions as Swedish donor offspring who have been conceived in accordance with the GIA. This, along with the factors mentioned in 6.2.2 and 6.2.3 should have been sufficiently interesting for the Court to trigger off a deeper investigation into the purpose of the law in order to see whether there was any room for an alternative interpretation to the one it undertook.

6.2.5 Guarantee against future paternity claims

Perhaps the most convincing information calling for a teleological interpretation of FB 1:5, however, is AF's contention that he had received a guarantee that he would have no rights or responsibilities in relation to any future children that might be born from the sperm he donated at the Danish clinic. This in effect amounts to a guarantee that there would be no paternity claims in the future in relation to any of these offspring. AF also stated that he donated in reliance of this guarantee. Assuming he donated in accordance with Danish law – which is the most likely scenario since AJ's treatment was shown to have taken place in a known Danish clinic – the Danish law applies. As was shown above, the Danish Børneloven contains the same

exception for Danish sperm donors donating under Danish law as the GIA makes for Swedish donors donating under Swedish law.

While there was no express discussion in the preparatory works concerning sperm donors who donate, lawfully, across borders, it was made absolutely clear that sperm donors donating in accordance with the prevailing ART law should be protected from paternity claims, hence the addition of FB 1:5 paragraph two to the provision. The explanation for the amendment was that a fundamental condition for the activity of sperm donation is that the men who donate can do so in reliance that the rules will be followed. As mentioned, this was discussed in the context of Swedish law. Even so, it is difficult to contemplate, given such a firm position in the preparatory works, that the view emphasising the importance of reliance was intented to be confined to the protection of Swedish donors donating lawfully in Sweden.

6.2.6 The possible effect of access to treatment in Sweden

It must be pointed out that the outcome of these cases was in no way affected by the fact that AJ was a single woman who could not at the time access ART in Sweden. It is clear from the Court's reasoning that this had no bearing on its judgments. Accordingly, if these cases had instead been heard after single women received the right to access ART in Sweden,[44] the result would still have been the same – i.e., a paternity investigation would have ultimately resulted in the Court establishing AF as the father of SJ and JJ in accordance with FB 1:5.

If, by contrast, AJ would have had the right to access insemination treatment in Sweden, and if she would have exercised this right, there would not have been a case at all. AJ would have been able to show the Social Welfare Committee that she had received ART treatment in accordance with the GIA, and the paternity investigation would have come to an end on that basis. AF's paternity would, thus, not have been in question.

Now that single women do have access to ART in Sweden, paternity cases, such as those examined in this article, might be less likely because fewer women will have the need to resort to home insemination or to treatment in other jurisdictions in order to have a child. Even so, the fact that single women have the right to ART does not imply that this right will prevent women – whether they are single or

[44] See footnote 1, above.

in a partnership – from going abroad, or from entering into private arrangements for the purposes of home insemination, in an attempt to alleviate their childlessness. ART under the GIA is not a viable option for single women or couples who want an anonymous donor or for women who would not otherwise meet the requirements for ART in Sweden. Thus, factors relating to access are irrelevant to the potential plight of Swedish sperm donors who donate in accordance with Danish law, or who donate privately for home insemination. If a donor subsequently becomes the subject of a paternity investigation in Sweden, and if a DNA test shows that he is the father of the child in question, the outcome will be the same as long as the Court chooses a literal approach to FB 1:5.

6.2.7 An analogical application of FB 1:5, paragraph two

As an alternative to carrying out a strict literal interpretation and application of FB 1:5, above, the Court could have examined the provision in light of its purpose. If it had done so, it might have come to the conclusion that an analogical application of FB 1:5, paragraph two, should have been made. This would have meant that, instead of applying the provision in a strict literal sense according to the wording found in paragraph two, i.e.

> [p]aternity cannot be established through court judgment with respect to a man who is a sperm donor in accordance with **Chapter 6 or 7 of the Genetic Integrity Act** (SFS 2006:351).

the provision could have been applied to reflect the corresponding Danish law i.e.

> [p]aternity cannot be established through court judgment with respect to a man who is a sperm donor in accordance with **Chapter 5, Section 28, Børneloven** (LBK nr 1817 af 23/12/2015).

The result of such an application would have been that SJ and JJ would have had no legal father – something which their mother, AJ, had intended from the outset – and the children would have been able to trace their donor, who from all accounts happens to be AF, sometime in the future if they so desired.

7 CONCLUDING REFLECTIONS

It has been shown, above, that one of the intentions behind the amendments of FB 1:5 was to prevent sperm donors from donating irresponsibly. This resulted in amendments to FB which expressly extended the scope of potential fathers to include donors, and which made it possible to establish paternity through court judgment if a genetic test reveals that a man is the child's father. A new paragraph was also added to FB 1:5 to ensure that donors who have donated in accordance with the GIA would be protected from paternity claims.

The Svea Court of Appeal judgments, *T 7894-15* and *T 7895-15*, send a clear message that Swedish sperm donors who donate lawfully in Denmark cannot expect the same protection offered by FB 1:5, paragraph two, as Swedish sperm donors who have donated in Sweden under the GIA. By analogy, of course, this applies also to Swedish donors donating in other jurisdictions. This could be regarded as alarming since all sperm donors donating in accordance with the law in Denmark – and no doubt other jurisdictions – are given a promise that their donations will not give rise to future paternity claims. While it is obvious that donors should be able to rely on such promises, knowing that their information is protected and would never be released by the sperm clinics, it appears that donors now have well-founded reasons to exercise caution.

In the cases at hand, it is clear from the literal interpretation made by the Court, that all of the requirements needed for establishing paternity under FB 1:5 were met. Considering the gravity of the consequences for the parties concerned, however, a more thorough analysis by the Court was motivated. This could have been achieved through a teleological interpretation of the provision and, if appropriate, an analogical application of FB 1:5 could have been made.

The facts of the cases examined were highly unusual and it is unlikely that similar situations would arise often. Nevertheless, the combination of the 2005 amendments to FB 1:5, existing DNA-techniques and curious anonymous tipsters leaves donors vulnerable. Given the right conditions, it would appear that it is possible to establish the paternity of any sperm donor who has not donated in accordance with Chapters 6 or 7 of the GIA.

APPENDIX

Målnr T 2213-14 – Documents from case file		
AktBil/ Attach-ment	***Document***	***Date (stamped)***
2	Summons application	2014-05-07
4	"MF-Protokoll" for paternity investigation dated 2011-04-26	2014-05-07
5	"MF-Protokoll" for paternity investigation dated 2013-03-27	2014-05-07
13	AF's statement of opposition in relation to DNA test	2014-06-18
14	AFs letter to the investigating officer, Social Welfare Committee dated 2013-08-28	2014-06-18
16	Letter dated 2013-09-05 from AJ's legal representative to the Social Welfare Committee (attn KE) regarding fatherhood	2014-06-18
18	Letter from AF to the investigating officer, Social Welfare Committee, 2013-12-08, regarding opinions about the investigation,	2014-06-18
28	Undated statement of AF	2014-07-25
33	Statement of AF dated 2014-09-11 in which he contests the DNA test	2014-09-12
38	Minutes of District Court ruling re DNA-test	2014-11-18
40	Appeal of AF contesting the District Court's judgment to order a DNA test, dated 2014-12-06	2014-12-10
48	DNA-test result from the National Board of Forensic Medicine	2015-04-28
50	Statement of AF dated 2015-05-11, in which he responds to the results of the DNA test	2015-05-13
53	Statement of AJ dated 2015-05-29 regarding the establishment of paternity in relation to the children	2015-06-01
56	AF's Statement of Appeal of District Court's judgment (2015-08-12) dated 2015-08-31	2015-09-01

Målnr T 2531-14 – Documents from case file		
AktBil/ Attach-ment	***Document***	***Date (stamped)***
3	"MF-Protokoll" for paternity investigation dated 2013-03-27	2014-05-07
11	AF's statement of opposition in relation to DNA test	2014-06-23
18	Undated statement of AF	2014-07-25
26	Statement of AF dated 2014-09-11 in which he contests the DNA test	2014-09-12
31	Appeal of AF contesting the District Court's judgment to order a DNA test, dated 2014-12-06	2014-12-10
33	Minutes of District Court ruling re DNA-test	2014-11-18
39	DNA-test result from the National Board of Forensic Medicine	2015-04-28
41	Statement of AF dated 2015-05-11, in which he responds to the results of the DNA test	2015-05-13
44	Statement of AJ dated 2015-05-29 regarding the establishment of paternity in relation to the children	2015-06-01
47	AF's Statement of Appeal of District Court's judgment (2015-08-12) dated 2015-08-31	2015-09-01

Målnr T 7894-15 & Målnr T 7895-15 – Documents from case file		
AktBil/ Attach-ment	***Document***	***Date (stamped)***
4	Complementary information sent by AF to Svea Court of Appeal dated 2015-11-02	2015-11-04
17	Statement of AF dated 2016-04-13	2016-04-13

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

”En god och beskedlig domare är bättre än god lag, ty han kan alltid laga efter lägligheten.” Bakom kulisserna för svenska barnrättsreformer

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

Staffan Vängby

IDEOLOGI, POLITIK OCH LAGSTIFTNING

1 OM ÄMNESVALET

Föremålet för denna vänbok, Anna Singer, har nu tagit över den nationella delen av Wolters Kluwers kommentar till föräldrabalken, som jag tidigare har varit ansvarig för. Hennes djupa kunskaper på barnrättens område, hennes eminenta förmåga att i skrift förklara invecklade juridiska och sociala sammanhang och inte minst hennes engagemang för barnens bästa borgar för att kommentaren får en fortsatt och bättre tillvaro. För detta är jag henne evigt tacksam.

Vad som här följer är utan alla vetenskapliga ambitioner en redovisning av erfarenheter från mitt yrkesverksamma liv, som till en betydande del har upptagits av att skriva och granska förslag till lagtexter i olika roller (tyvärr inte i riksdagen) alltifrån utredningssekreterare åt Gösta Walin till ordförande i Lagrådet. Eller med andra ord vad ett långt liv har lärt mig.

Det sägs att Ingmar Bergman en gång i radions sommarprogram frågade: Varifrån kommer musiken? Frågan väckte ett enormt intresse. På motsvarande sätt kan man fråga sig: Varifrån kommer lagstiftningen. Hur den kommer till är lätt att beskriva. Lagar stiftas av riksdagen, riksdagen är en politisk institution och det är därför lätt att säga att lagstiftningen är en produkt av politiken. Men varför blir den till?

Ursprungligen härstammar naturligtvis all lagstiftning ur någon form av ideologi eller, om man så vill, värderingar, vare sig det gäller

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.

tio Guds bud eller de gamla landskapslagarna. Numera fångas nya värderingar ofta upp i motioner av enskilda riksdagsmän. Är dessa alltför enskilda får de till en början inte utskottets öra. Återkommer de, som ofta sker, enträget år efter år, kan tiden inte sällan komma i kapp dem och de kan förvandlas till positiva utskottsbetänkanden eller rentav propositioner. Vägen till en proposition kan likaså gå över framställningar från samhällets institutioner eller rentav från ett enskilt statsråd som blivit uppskrämt av någon mediakampanj om samhällets missförhållanden. Exempel på de förstnämnda båda vägarna kan hämtas exempelvis från ett ganska nytt kommittédirektiv, Dir. 2017:28, om modernare regler om faderskap och föräldraskap, en utredning i vilken Anna Singer kommer att medverka. Där anges att frågor som rör ämnet under flera år varit föremål för riksdagsmotioner och hänvisas till utskottsbetänkanden från åren 2012–2014 samt till framställningar från Socialstyrelsen och Rättsmedicinalverket. Det enskilda statsrådet på sitt håll föreslår i regel straffskärpningar, vilket inte kostar mycket i form av fängelseplatser om man inte samtidigt ökar upptäcktsfrekvensen, men ändå antas tyda på handlingskraft.

Vad som särskilt intresserar mig är frågan i vad mån ideologi påverkar politiken när det gäller lagstiftningsarbetet, då särskilt i fråga om barnrätten, och i vad mån det tvärtom är lagstiftningen som påverkar moralen och den allmänna uppfattningen.

För att värderingar skall tillåtas slå igenom i ny lagstiftning krävs naturligtvis också andra förändringar i samhället. Viktiga är tekniska och medicinska framsteg som gör önskade lagändringar möjliga. Än viktigare är samhällets ekonomiska resurser; om de önskade reformerna ryms inom ramarna för statsbudgeten.

En sak som särskilt lades min gamle chef Carl Lidbom till last var att han ansåg lagstiftningen vara ett lämpligt medel att föra politik. Tydligast kom detta till uttryck i direktiven till familjelagssakkunniga för arbetet på en ny äktenskapslagstiftning. I direktiven (se SOU 1972:41 s. 58) framhölls, formellt av Herman Kling men i sak av Carl Lidbom, att det inte fanns anledning att avstå från att använda lagstiftningen om äktenskap och familj som ett av flera instrument i reformsträvandena mot ett samhälle där varje vuxen individ kunde ta ansvar för sig själv utan att vara ekonomiskt beroende av anhöriga (läs underhållsbidrag till frånskilda kvinnor) och där jämställdhet mellan män och kvinnor var en realitet. Även om tanken var god var det nog starkare krafter än lagstiftning, främst ekonomi, arbetsmarknad och

den sexuella frigörelsen som bestämde människors val av familjerelationer. Direktiven sammanföll nära i tiden med sambeskattningens avskaffande och p-pillrens genombrott. När jag en gång i tiden medverkade i den s.k. narkotikakommissionen som ledde till olika lagändringar sjönk narkotikamissbruket påtagligt den närmaste tiden. Men inte berodde det på kommissionens förslag; avgörande var nog i stället en hälsoinriktad trend som var rådande just då – de unga männen anmälde sig frivilligt till värnpliktstjänstgöring som fältjägare, mindykare och liknande.

Ett exempel på en mer modest inställning till lagstiftarens roll kan återfinnas i det nyss omnämnda kommittédirektivet Dir. 2017:28. Där sägs att det är viktigt att lagstiftningen utvecklas i takt med samhället i övrigt och bl.a. kan hantera olika sätt att bilda familj. Enligt min mening är det på familjerättens område – i motsats till exempelvis på den ekonomiska politikens område – viktigt att lagstiftningen utformas efter människors levnadssätt och inte försöker anpassa terrängen efter kartan, vilket för övrigt ändå är dömt att misslyckas. Ett undantag framgår av det följande.

Slår ny lagstiftning fel är det i Carl Lidboms anda bara att ersätta den med ännu nyare lagstiftning. Exempel på det ska vi se i det följande. Artikelns disposition följer i någon mån föräldrabalkens.

2 OM OLIKA LAGSTIFTNINGSPROJEKT RÖRANDE BARN

Faderskap

Faderskapsutredningen kan ses som ett typiskt exempel på hur den medicinsk/tekniska utvecklingen har lett till ändring av praxis och så småningom av lagstiftningen. Bevisningen har successivt utvecklats ofantligt. Det har träffande sagts att fastställande av faderskap från början var en lätt uppgift för domstolarna, att den i efterhand blev allt mer komplicerad men att den återigen blivit förhållandevis okomplicerad (Åke Saldeen i JT 1998–99 s. 184). Åtminstone under senare år har det rått enighet om att varje barn har rätt att få det biologiskt riktiga faderskapet fastställt. Det fanns tidigare inte möjlighet att avgöra faderskapet med säkerhet och man fick ta sin tillflykt till olika presumtioner. Till en början räckte det med att en man haft samlag med kvinnan under konceptionstiden för att han skulle anses som far. Att det fanns andra möjliga fäder räckte inte. Senare kom olika typer av blodanalyser som kunde utesluta en möjlig far. Tidigare tillämpa-

des också s.k. antropologiska undersökningar, t.ex. jämförelser av örats form hos barnet respektive den utpekade fadern. Under 1970-talet dömdes emellertid denna metod ut såsom saknande varje vetenskaplig grund. Nu ger den DNA-baserade faderskapsanalysen så stark bevisning att man kan positivt fastställa en mans faderskap. Under en mellantid rådde osäkerhet i domstolarna hur långt man vågade gå, se tre äldre rättsfall NJA 1984 s. 49 och 1985 s. 236 I och II. I NJA 1998 s. 184 fastslogs den nya rättstillämpningen som senare kodifierades i 1:5 första meningen FB. Här blev det alltså den medicinsk/tekniska utvecklingen som möjliggjorde att samhällets grundvärdering kunde slå igenom.

Assisterad befruktning

Önskan om att få barn är stark hos många människor. När barnen inte kommit på naturlig väg har många hoppats att få barn med hjälp av assisterad befruktning. Nya metoder för assisterad befruktning har väckt invändningar från etiska synpunkter. Trycket har dock hela tiden varit starkt att utvidga möjligheten till assisterad befruktning i takt med den medicinska vetenskapens framsteg. Numera kan även ensamstående mödrar få assisterad befruktning vid svenska sjukhus. Kristdemokraterna var länge motståndare men när alliansregeringen föll år 2014 bröts även det motståndet, se prop. 2014/15:127.

Hittills har gällt att när par skaffat sig barn genom assisterad befruktning inom ramen för svensk sjukvård, åtminstone en av parterna skulle vara biologisk förälder till barnet genom att ägg eller spermier kommit från henne eller honom. Nu föreslås i betänkandet (SOU 2016:11) Olika vägar till föräldraskap att även denna begränsning ska upphävas. Samtidigt föreslås i betänkandet ett stopp för vad som förefaller i dagens medicinstekniska läge vara den sista tekniskt möjliga utvidgningen, nämligen surrogatmödraskap. I denna del är förslaget klart ideologiskt motiverat. Här står också två ideologier mot varandra. Den ena är människors önskan att till snart sagt varje pris kunna få barn. Den andra är att människor inte får utnyttjas endast som medel för andra. Barnens ställning behöver alls inte bli dålig. De får samma utgångsläge som adopterade barn eller kanske bättre, om det finns ett biologiskt släktskap med endera föräldern. Men i de fall när det är fråga om kommersiellt utnyttjande av surrogatmodern har verksamheten drag av människohandel. Att en kvinna ska bära ett barn i nio månader och sedan tvingas lämna det ifrån sig mot ersättning framstår som djupt inhumant och bör enligt min

mening inte tillåtas. Att få barn är trots allt inte en mänsklig rättighet. En annan sak är när de som skaffat sig barn i främmande länder och där på ett eller annat sätt fått dem legitimerade kommer hit med barnet. Då ställs man som i så många andra internationellrättsliga sammanhang inför faits accomplis och får ställa det på bästa sätt för barnet, vilket i allmänhet torde leda till att det folkbokförs som barn till de tilltänkta föräldrarna.

Adoption

Få svenska barn lämnas numera till adoption. Detta har lett till att många barn från andra länder kommit till Sverige som adoptivbarn eller för att adopteras här. Intresset var stort omkring decennieskiftet 1969/70. Som en inspirationskälla för många kom de små böckerna Adoptera – ett alternativ (första upplagan 1969) redigerad av Margareta Ingelstam (i vilken jag medverkade med upplysningar om rättsregler på området) och Att adoptera av Madeleine Katz (1969). Sedan 1969 har ca 50 000 barn adopterats från främmande länder till Sverige. Flest barn kom från mitten av 1970-talet och fram till mitten av 1980-talet då 1 400–1 800 barn adopterades årligen. Från slutet av 1980-talet adopterades ca 1 000 barn varje år. Bland länder från vilka flest barn adopterades kan nämnas Ryssland, Kina, Taiwan, Sydkorea, Thailand, Vietnam, Indien, Sydafrika, Etiopien, Kenya och Colombia. Under senare år har antalet adoptioner från utlandet minskat kraftigt. Under år 2013 kom 350 adoptivbarn till Sverige. Konkurrensen om barn som får adopteras ökar samtidigt som flera ursprungsländer gör allt större ansträngningar att placera barnen i det egna landet. Möjligheterna att få egna barn har också ökat genom assisterad befruktning. Utöver nyss nämnda omständigheter kan en ändrad uppfattning om värdet av internationella adoptioner ha medfört att dessa blivit mindre vanliga. Det har visat sig att psykiska och sociala problem kan drabba utlandsadopterade både under uppväxten och som vuxna. Inte minst diskussion i medierna om dessa problem kan ha påverkat opinionen. Här finns alltså en ideologisk omvärdering som inte påverkat lagstiftningen men väl praktiken.

Barnaga

Frågan om barnaga hade under en tid diskuterats i olika propositioner och utskottsbetänkanden, (se t.ex. prop. 1966:96, bet. 1LU 1966:32, LU 1972:23). Första lagutskottet hade redan år 1966 ur 6:3 FB mönstrat ut en äldre bestämmelse om föräldrarnas rätt att använda de upp-

fostringsmedel som med hänsyn till barnets ålder och övriga omständigheter fick anses lämpliga. Frågan fick sin hittillsvarande lösning år 1979. Lagstiftningen grundade sig på ett betänkande (SOU (1978:10) Barnens rätt 1. I detta hade Utredningen om barnens rätt anfört bl.a. att den allmänna opinionen mot aga med tiden hade vuxit sig allt starkare. Det fanns inte något uttryckligt förbud mot aga. Många trodde därför att aga fick förekomma vid barnuppfostran. Detta innebar risker för barnet. Utredningen föreslog därför det ännu gällande förbudet (numera i 6:1 FB) mot kroppslig bestraffning och annan kränkande behandling av barn. Utredningen ansåg det vara angeläget att det skapades en allmän opinion mot handgripliga tillrättavisningar som just våld och inget annat. Den föreslagna bestämmelsen kunde stärka en sådan opinion och på så sätt bidra till att minska antalet fall av barnmisshandel. Den skulle i förening med information om den nya lagstiftningen kunna bidra till att öka insikterna om att det är förbjudet och olämpligt att aga barn. Informationen borde ges till både föräldrar och andra och borde lämpligen till en början kunna lämnas genom massmedier. Den borde också utgöra ett inslag i den planerade föräldrautbildningen (som aldrig kom till stånd). Det var viktigt att informationen kom även invandrarna till del (sic!).

Regeringen och riksdagen anslöt sig till utredningens förslag. I detta fall var avsikten med lagstiftningen alltså att i första hand skapa opinion mot barnaga. Detta syftre får väl i våra dagar anses vara i stort sett uppnått (se Pernilla Leviner, Förbudet mot barnaga i Sverige ur ett jämförande perspektiv – effekter och utmaningar, i JT 2013–14 s. 578 ff.). Å andra sidan kan man naturligtvis vara tveksam till om det är lagstiftningen eller andra faktorer som i främsta rummet bidragit till detta. Man kanske kan hoppas att vårt samhälle civiliserats i så hög grad att alla – eller nästan alla – numera inser det olämpliga i att slå barn.

Detta är det område där jag tycker att det av lättförklarliga skäl är viktigt och riktigt att lagstiftaren har försökt – och även lyckats – att påverka familjernas vanor i stället för att acceptera dem.

Gemensam vårdnad

Ända fram till år 1973 kunde frågan om vem av föräldrarna som vid skilsmässa bar skulden till söndringen få betydelse för vem av dem som skulle få vårdnaden om barnen. Under 1970-talet fanns det organisationer av fäder som kämpade för att männen skulle få samma rätt som mödrarna att tillerkännas vårdnaden i händelse av tvist. I

NJA 1989 s. 335 gjorde HD det principiella uttalandet att FB:s bestämmelser innebar att ingen av föräldrarna på grund av sitt kön är mer lämpad som vårdnadshavare än den andra. Numera har utvecklingen lyckligtvis gått dithän att enligt 6:2 a FB barnets bästa ska var avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge.

Gemensam vårdnad om barn för ogifta eller frånskilda föräldar har under senare decennier uppskattats allt högre i lagstiftning och doktrin för att under det senaste decenniet blivit i någon mån ifrågasatt.

Genom ändringar år 1983 i 6 kap. FB (NJA II 1983 s. 1 ff.) blev det bl.a. möjligt för makar att utan särskilt domstolsbeslut efter en skilsmässa gemensamt ha vårdnaden om sina barn. År 1990 beslutades ytterligare ändringar i bestämmelserna om vårdnad och umgänge (NJA II 1990 s. 686 ff) som syftade till att underlätta en utveckling mot att föräldrarna i större utsträckning ska ta ett gemensamt ansvar för barnet och själva komma överens om hur vårdnads- och umgängesfrågor ska lösas. I de fall då gemensam vårdnad inte var aktuell skulle, vid bedömningen av vad som är bäst för barnet, avseende särskilt fästas vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna.

En av grundtankarna bakom reglerna i 6 kap. FB är att så långt möjligt främja ett gemensamt föräldraansvar. Normalt underlättas barnets möjlighet att nå en nära och god kontakt med båda föräldrarna av att dessa samarbetar i frågor som rör barnet. Reglerna om gemensam vårdnad även när föräldrarna lever i sär utsträcktes genom 1998 års lagstiftning så långt att domstol kan besluta om gemensam vårdnad även mot den ena förälderns vilja. Som en följd av lagändringen fick i NJA 1999 s. 451 frånskilda föräldrar gemensamt vårdnaden om tre barn mot moderns bestridande. HD uttalade därvid att vad som förekommit vid 1998 års ändringar i 6 kap. FB måste anses innebära att lagstiftningen förutsatte att gemensam vårdnad var till barnets bästa. Endast när det framkom särskilda omständigheter som talade mot gemensam vårdnad, skulle vårdnaden anförtros en av föräldrarna ensam. År 2006 ändrades vårdnadsbestämmelserna på nytt. Ändringarna innebar en viss, om ock begränsad, återgång i fråga om preferenserna för gemensam vårdnad. Avsikten var att åstadkomma en uppstramning av den rättspraxis som utvecklades på grundval av 1998 års lagstiftning. Reglerna om möjlighet för domstol att döma till gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja behölls. Samtidigt underströks att det var viktigt att domstolen tog en förälders motstånd mot gemensam vårdnad på allvar. Av stor betydelse ansågs

vara föräldrarnas förmåga att samarbeta. I 6:5 2 st. FB infördes därför en bestämmelse om att domstolen vid bedömningen av om vårdnaden ska vara gemensam ska fästa avseende särskilt vid föräldrarnas förmåga att samarbeta i frågor som rör barnet.

Efter lagändringen år 2006 har HD i rättsfallet NJA 2007 s. 382 tagit ställning till frågan om gemensam vårdnad när det föreligger samarbetssvårigheter mellan föräldrarna. Efter hänvisning till förarbetena uttalade HD bl.a. att gemensam vårdnad får anses förutsätta att det finns en realistisk möjlighet för föräldrarna att gemensamt och inom rimlig tid lösa de frågor som rör barnet och hantera de delade meningar som kan finnas. Gemensam vårdnad kräver att föräldrarna kan ta ett gemensamt ansvar. En konflikt mellan föräldrarna bör dock inte utesluta gemensam vårdnad, om motsättningarna kan antas vara av övergående natur och därför inte bedöms hindra ett fungerande samarbete på längre sikt i frågor som rör barnet. I det aktuella fallet ansåg HD parternas samarbetssvårigheter vara av sådan omfattning att gemensam vårdnad inte kunde anses vara bäst för barnet. Vårdnaden anförtroddes därför modern ensam. – Domen har kommenterats av Anna Singer i JT 2007–08 s. 148 ff.

Medan det otvivelaktigt har varit ideologi som drivit fram en allt större tillämpning av gemensam vårdnad kan det nog sägas vara den krassa verkligheten som framtvingat inbromsningen. Utvecklingen i lagstiftningen är ett typiskt exempel på lagstiftningsmetoden göra fel, göra om, göra rätt. Helt rätt blev det dock tydligen inte. Antalet vårdnadsmål vid tingsrätterna har efter 2006 års lagändring mer än fördubblats. 2014 års vårdnadsutredning, i vilken Anna Singer medverkat som expert, menar i sitt betänkande (SOU 2017:6) Se barnet! att lagändringen år 2006 i det väsentliga nått sitt syfte men anser dock att föräldrar för att nå framgång med yrkanden om ensam vårdnad i hög grad fokuserar på den omständighet som genom 2006 års vårdnadsreform lyftes fram som betydelsefull vid bedömningen av vårdnadsfrågan, nämligen förmågan att samarbeta. Utredningen föreslår därför en omformulering av paragrafen av innebörd att vid bedömningen av om föräldrarna ska ha gemensam vårdnad eller om en av dem ska ha ensam vårdnad rätten ska fästa avseende särskilt vid föräldrarnas förmåga att ta ett gemensamt ansvar i frågor om barnet. Syftet med ändringen är att minska det konfliktdrivande inslag som bestämmelsen om föräldrarnas förmåga att samarbeta i vissa fall fört med sig, och i stället fokusera på barnet och barnets behov (SOU 2017:6 s. 137 ff., s. 530 ff.).

Underhållsskyldighet

Regleringen av föräldrars underhållsskyldighet mot barn synes bygga på en sammanvägning av olika värderingar av föräldars förmåga och hänsyn till statens ekonomi. När 7 kap. FB genomgick en grundlig revision år 1978 (prop. 1978/79:12) övervägde hänsynen till de betalningsskyldiga föräldrarna. Detta inträffade i slutändan av den gyllene tiden i svensk ekonomi, sedan samhället i många år ansett sig ha råd till olika välfärdsreformer. Föräldrarna skulle tillsammans svara för underhåll åt barnet efter vad som var skäligt med hänsyn till barnets behov och föräldrarnas ekonomiska förhållanden. Av det senare följde att en förälder som saknade ekonomiska förutsättningar att bidra till sitt barns underhåll inte heller var underhållsskyldig. Detta innebar att en förälder i princip inte skulle behöva skuldsätta sig för att kunna bidra till sitt barns underhåll. Att kräva ut underhåll av en förälder som inte förfogade över egna medel för mer än egna nödvändiga behov ansågs endast kunna leda till att den underhållsskyldige antingen ådrog sig en underhållsskuld eller också fick ta samhällets hjälp i anspråk för egen del. Barnets intresse fick i stället i detta fall tillgodoses genom samhällets försorg, på den tiden bidragsförskott (som 1996 ersattes av underhållsstödet).

Enligt en undersökning av Statistiska centralbyrån (Demografiska rapporter 2014:1) fick en tredjedel av mödrarna och knappt en fjärdedel av fäderna underhållsstöd. En undersökning av Försäkringskassan visade (Socialförsäkringsrapport 2011:5) att underhållsstödsnivån, då 1 273 kr i månaden, var starkt normerande även bland de föräldrar som sköter underhållet utan Försäkringskassans medverkan och att det finns ett mycket litet samband mellan föräldrarnas inkomster och storleken på underhållsbidraget. Andra beräkningar har visat att om föräldrar i en större utsträckning skulle välja att avtala om underhållsbidrag till sina barn och utgå från FB:s bestämmelser om beräkning av underhåll skulle många barn, utifrån båda föräldrarnas ekonomiska förutsättningar, få mer i underhåll än vad de fick i underhållsstöd vid undersökningstillfället (SOU 2011:51 s. 381 f.). I syfte att ändra dessa förhållanden har vissa lagändringar genomförts år 2015. Regeringen har därvid ansett att det finns behov av att utforma villkor för att få underhållsstöd så att föräldrarna förstår att det handlar om ett statligt stöd avsett för dem som behöver det, inte ett system för förmedling av underhållet för att det är enklare och för att föräldrarna inte ska behöva samarbeta om barnets försörjning. Det bör inte

vara möjligt att av rena bekvämlighetsskäl välja underhållsstödet när det finns förutsättningar såväl i ekonomiskt hänseende som i samarbetshänseende att komma överens om ett underhållsbidrag. Regeringen har räknat med att ändringarna ska leda till att föräldrar ska övergå till att reglera underhållsskyldigheten civilrättsligt eftersom det inom ramen för bestämmelserna i FB finns bättre möjligheter att beakta individuella behov och förutsättningar. Att öka förutsättningarna för en reglering av underhåll utanför underhållsstödssystemet torde enligt regeringen vara till fördel för barnet, bl.a. genom att barnet har större möjlighet att få det underhåll som det har rätt till enligt föräldrabalkens bestämmelser. Det förefaller dock enligt regeringen inte realistiskt att tro att samtliga föräldrar har förutsättningar att kunna enas om ett avtal om underhållsbidrag och för dessa finns då underhållsstödet att tillgå. (Prop. 2014/15:145 s. 24, 28 f., 32, jfr reservationer i bet. 2015/16:SfU7.)

Från år 1978 har utvecklingen gått från ett ömmande av de fattiga underhållsskyldigas villkor i form av ett relativt generöst statligt understöd till ett mer nymoralistiskt krav på de underhållsskyldiga att själva reglera och svara för barnens underhåll. Bedömningen att ett underhållsbidrag bestämt enligt föräldrabalken många gånger skulle kunna överstiga underhållsstödets belopp är säkert riktig. Men man kan inte undanhålla en misstanke att även samhällsekonomins utveckling, från en återspegling av de gyllene åren under sextiotalet till en mer ansträngd samhällsekonomi i nutid har bidragit till omsvängningen. Anpassningen av underhållsbidragen till underhållsstödets belopp har naturligtvis medverkat till ökade administrativa kostnader för Försäkringskassan.

I departementspromemorian (Ds 2017:2) föreslås att underhållsstödet ska höjas med 150 kronor per månad för barn som är 15 år eller äldre. Underhållsstöd ska därmed lämnas med 1 573 kronor i månaden till och med månaden då barnet fyller 15 år och med 1 723 kronor i månaden från och med månaden efter det att barnet har fyllt 15 år. Att underhållsstödet höjs innebär att den bidragsskyldiga förälderns betalningsskyldighet blir högre. Flera studier har visat att de bidragsskyldiga föräldrarna inom underhållsstödssystemet är en förhållandevis skuldtyngd grupp. Det finns enligt promemorian mot den bakgrunden anledning att förstärka de bidragsskyldiga föräldrarnas situation. Arbetsgruppen föreslår att grundavdraget vid beräkningen av en bidragsskyldig förälders betalningsskyldighet, dvs. det belopp som han eller hon får förbehålla sig för egna levnadskostnader,

ska höjas. Huruvida omtanken om de underhållsskyldiga har något samband med statens nuvarande goda finanser må lämnas osagt. Säkert är att det är lättare att förbättra välfärden i goda tider.

Föräldrars skadeståndsansvar

Genom ändringar år 2010 i skadeståndslagen (3 kap. 5, 6 och 11 §§, prop. 2009/10:142) infördes ett i princip strikt ansvar (alltså oavsett eget vållande) för föräldrar som är vårdnadshavare för sina barn för person- och sakskada och skada genom kränkning som barnet vållar genom brott. Vårdnadshavarens ansvar enligt dessa regler är för varje skadehändelse begränsat till högst en femtedel av prisbasbeloppet (dvs. för år 2017 till högst 8 960 kr). Detta ansvar kompletterar den allmänna culparegeln. En vårdnadshavare kan alltså bli ansvarig på två separata grunder: dels enligt den allmänna regeln om ansvar för skador som orsakats uppsåtligen eller av vårdslöshet (t.ex. bristande tillsyn), dels enligt de nya reglerna. Ersättningen kan jämkas, om det är uppenbart oskäligt att föräldern ska betala skadeståndet med hänsyn till förälderns förhållande till barnet eller de särskilda åtgärder föräldern har vidtagit för att förhindra att barnet begår brott. Jämkningsregeln ska tillämpas restriktivt. Detta kommer till uttryck i lagtexten genom att det där anges att oskäligheten ska vara uppenbar. HD har i NJA 2015 s. 482 behandlat en fråga om sådan jämkning. HD anförde bl.a. att möjligheten att jämka skadeståndet med hänsyn till förhållandet mellan föräldern och barnet får mot bakgrund av uttalandena i lagmotiven antas ta sikte på fall där föräldern under en länge tid har saknat möjlighet att vara delaktig i barnets liv och därmed i fostran av barnet. Situationen kunde i detta fall inte anses ha varit sådan. HD prövade också frågan om jämkning av skadeståndet med tillämpning av den allmänna jämkningsregeln i 6 kap. 2 § skadeståndslagen men inte heller denna prövning ledde till jämkning av skadeståndet. Ansvaret, som i förarbetena karakteriseras som ett principalansvar, har av Mårten Schultz (SvJT 2010 s. 195 ff.) kritiserats från rättssystematiska (skadeståndsrättsliga) utgångspunkter. Enligt min mening var denna ändring motiverad endast utifrån ideologiska utgångspunkter. I grunden är det fråga om ett strikt ansvar. I betraktande av hur försiktigt HD har varit med att utveckla det strikta ansvaret – i fråga om t.ex. produktansvar satt det långt inne – är det obegripligt att införa det för föräldrar, som många gånger kan ha det svårt nog ändå att hålla reda på sina barn.

Förmynderskap för barn

Genom lagändring år 1994 (prop. 1993/94:251) inskränktes den närmare kontrollen från det allmännas sida till att avse föräldraförvaltningar av större omfattning. Grundtanken var att föräldrar på ett annat sätt än förordnade ställföreträdare har en naturlig intressegemenskap med dem som de företräder. Inskränkningen preciserades så att det allmännas kontroll skulle avse tillgångar vars värde översteg åtta prisbasbelopp, Samtidigt upphävdes den tidigare ordningen med deponering av värdehandlingar i bank. Gösta Walin synes ha ogillat nyordningen och skrev i föräldrabalkskommentaren att den nya ordningen bäddade för konflikter mellan föräldrar och barn när dessa blivit myndiga och frågade efter tillgångar som försvunnit (Föräldrabalken, 5 uppl. s. 421 not. 1). Veterligt syns dock inga större olägenheter ha visat sig. Ändringen kan ses som ett led i en ideologisk övergång från statlig detaljkontroll till ett bejakande av individens frihet.

Barnkonventionen

Utgångspunkten i FN:s konvention om barnens rättigheter från 1989 (barnkonventionen) är respekten för barnets fulla människovärde och integritet. Barnkonventionen bärs upp av fyra grundläggande principer: ickediskriminering, att alla barn ska ha samma rättigheter och lika värde (artikel 2), barnets bästa (artikel 3), barnets rätt till liv och utveckling (artikel 6) och barnets rätt att komma till tals (artikel 12). Vid tolkningen och genomförandet av övriga rättigheter som stadgas i konventionen skall dessa grundläggande principer tas i beaktande. Utöver organisations- och slutbestämmelser innehåller konventionen ett fyrtiotal artiklar som närmare utvecklar barnets rättigheter på många olika områden. Artiklarna är allmänt hållna och enligt min mening föga lämpliga att läggas till grund för direkt tillämpning av domstolar. Att Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna har på ett lyckosamt sätt kunnat införas som svensk lag vill jag främst tillskriva den ledning för rättstillämpningen som den högt kvalificerade Europadomstolen i Strasbourg har kunnat ge. Frågan utreddes av Barnrättsutredningen, när regeringen tog ställning för att barnkonventionen skulle bli svensk lag. Beslutet är ett klart politiskt ställningstagande på ideologisk grund. I betänkandet (SOU 2016:19) Barnkonventionen blir svensk lag har utredningen lagt fram förslag till en sådan lag och på ett förtroendegivande sätt belyst frågor om tillämpning av en sådan lag.

Betänkandet visar att några större olyckor inte behöver inträffa på grund av den valda lagstiftningsmetoden. Inte dess mindre hade ett uthålligt och detaljerat inkorporeringsarbete gett bättre ledning för rättstillämpningen. Utredningen har för övrigt utfört ett sådant arbete på vissa rättsområden. Inte minst gäller det ett förslag till ändring av utlänningslagen. Erfarenheterna visar att på migrationsområdet kan mänskliga rättigheter hastigt påverkas av politiska hänsyn under omständigheternas tryck. Inte minst barnens rättigheter kan i sådana situationer lätt komma i kläm. Det är då bättre att ha klara och uttryckliga regler och inte bara luddiga principförklaringar på ett internationellt plan.

Internationell föräldrarätt

Sverige var ännu i början av 1900-talet ett utvandrarland. För ett sådant land är det naturligt att söka bevara anknytningen till sina utvandrare så länge de förblir medborgare i det gamla landet. Inom den internationella familjerätten var det därför länge naturligt att vid valet av vilken lag som skulle tillämpas på rättsförhållanden med anknytning till olika länder välja medborgarskapet som anknytning, den s.k. nationalitetsprincipen. Samtidigt har svensk lag som domstolslandets lag, lex fori, haft stor lockelse på domstolarna när det gäller barns rätt. Särskilt Philip Hult i boken Föräldrar och barn enligt svensk internationell privaträtt (1943) hävdade fördelarna med tillämpning av domstolslandets lag för att tillgodose det särskilda intresse som den lagen åsyftade att skydda. Samtidigt tillämpade Danmark, Island och Norge domicilprincipen som innebär att lagvalet bestäms med ledning av parternas eller enderas hemvist. Detta ledde redan tidigt (1931) till att domicilprincipen lades till grund för bedömningen av internordiska familjerättsfrågor. Numera är Sverige invandrarland och det intresse som alltid finns att tillämpa domstolslandets, alltså svensk, lag för att få korrekta avgöranden har lett till en övergång till domicilprincipen. Eller som en tysk/amerikansk rättslärd en gång uttryckte det: Det enda man säkert vet om domstolars tillämpning av främmande lag är att de i regel tillämpar den fel. Den principiella övergången kom genom lagen om internationella faderskapsfrågor, grundad på ett betänkande av Lennart Pålsson. Numera grundar sig även EU:s förordningar på den internationella familjerättens områden, såsom Bryssel II-förordningen och underhållsförordningen, huvudsakligen på domicilprincipen. Här är det väl främst de

faktiska förhållandena – från utvandring till invandring – som ligger till grund för ändringen.

Barnäktenskap

År 2014 avskaffades möjligheten för barn att få dispens för att gifta sig i Sverige och möjligheten att erkänna utländska barnäktenskap begränsades ytterligare. Förbudet mot erkännande gällde inte om ett barnäktenskap ingåtts utomlands då ingen av makarna hade anknytning till Sverige. Regeringen låter nu, under tryck av oppositionen, snabbutreda en lagändring om att inga barnäktenskap ska erkännas i Sverige, en tydlig ideologisk ståndpunkt. En sådan ståndpunkt är naturligtvis i princip rätt och i de flesta fall sakligt motiverad. Samtidigt visar all internationellrättslig erfarenhet att s.k. haltande rättsförhållanden så långt möjligt ska undvikas. Ett äktenskap som är giltigt i ett land och ogiltigt i ett annat kan leda till en mängd olika frågor om vårdnad, förmynderskap, underhållsskyldighet, förmögenhetsförhållanden, arvsrätt och annat. I fråga om faderskap till egna barn kan man dock med bortseende från äktenskapet utreda mannens biologiska faderskap.

3 SLUTORD

Min gamle lärare i lagstiftningens konst Gösta Walin satte gärna in ett ”skäligt” eller ”särskilda skäl” i sina förslag till lagtexter, se t.ex. 13:3 tredje stycket i förslaget till ändrad lydelse av giftermålsbalken (SOU 1964:34): ”Om särskilda skäl äro därtill, må tillämpningen av första eller andra stycket jämkas efter vad som finnes skäligt.” Personligen tycker jag inte att detta är en särskilt bra lagstiftningsteknik. Å andra sidan kan lagstiftning som drivs av ideologiska skäl lätt bli trubbig. Gösta Walin var utom annat domare och ville kanske som sådan vara så fri som möjligt. Därmed följde han Olaus Petri domarregel: ”En god och beskedlig domare är bättre än god lag, ty han kan alltid laga efter lägligheten”. Och så kan man också tycka.

FÖRFATTARPRESENTATION

Håkan **Andersson**: professor i civilrätt, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Margareta **Brattström**: professor i civilrätt särskilt familjerätt, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Anders **Eriksson**: extern ordförande i Allmänna reklamationsnämnden; f.d. rättschef i justitiedepartementet; f.d. generaldirektör i Kammarkollegiet; hedersdoktor vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Therése **Fridström Montoya**: jur. dr, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Jameson **Garland**: jur. dr, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Hans Viggo **Godsk Pedersen**: professor, Syddansk Universitet

Anna **Hollander**: professor i rättsvetenskap med inriktning mot socialt arbete, Socialhögskolan, Stockholms universitet och tidigare gästprofessor vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Torbjörn **Ingvarsson**: professor i civilrätt, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Maarit **Jänterä-Jareborg**: professor i internationell privat- och processrätt, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Annette **Kronborg**: docent i familjerätt, universitetslektor, Syddansk Universitet, tidigare gästforskare vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Mats **Kumlien**: senior professor i rättshistoria, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Annika **Rejmer**: docent, fil.dr, universitetslektor i rättssociologi, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Mosa **Sayed**: docent i internationell privat- och processrätt, universitetslektor i rättsvetenskap med inriktning rätt och värdekonflikter, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Jane **Stoll**: jur. dr (Uppsala), universitetslektor i civilrätt, Handelshögskolan, Karlstads universitet

Staffan **Vängby**: f.d. justitieråd, Högsta domstolen, författare till Föräldrabalkskommentaren (tillsammans med G. Walin och A. Singer)

För barns bästa. Vänbok till Anna Singer. Iustus 2017.