



GÖTEBORGS UNIVERSITET

Examensarbete HRO800, 30 hp - Juristprogrammet

Ensam eller gemensam vårdnad – intressen och argumentation

En analys av rättsutvecklingen på vårdnadsområdet

Sabina Wahlbeck

Juridiska institutionen

Handledare: Torbjörn Odlöv

Examinator: Daniel Hult Granström

Innehållsförteckning

Förkortningar.....	4
1 Uppsatsens ramar	5
1.1 Problemformulering och syfte	5
1.2 Undersökningsmetod och förhållningssätt	6
1.2.1 En rättssociologisk undersökning och dekonstruktion av argumentationen de lege ferenda.....	6
1.2.2 Material och mitt förhållningssätt till materialet	8
1.2.3 Några begrepp som jag kommer att använda i min analys av materialet	9
1.2.3.1 Makt	9
1.2.3.2 Konflikt	10
1.2.3.3 Barn	12
1.2.3.4 Förälder	12
1.2.3.5 Primär och sekundär omsorgsförälder.....	13
1.2.4 Undersökningens och analysens disposition.....	13
2 En analys av rättsutvecklingen kring gemensam vårdnad	15
2.1 Proposition 1975/76:170 Om ändring i föräldrabalken, m.m.....	15
2.1.1 Förhållanden inför reformen	15
2.1.2 Reformens innebörd och syfte	16
2.1.2.1 Domstolens beslutsutrymme	18
2.1.2.2 Grunder för bedömning vid val av vårdnadshavare	19
2.1.3 Argument och framträdande intressen	20
2.1.4 Förändrade maktpositioner	25
2.1.5 Sammanfattning av 1976 års reform.....	26
2.2 Proposition 1981/82:168 Om vårdnad och umgänge m. m.	27
2.2.1 Förhållanden inför reformen	27
2.2.2 Reformens innebörd och syfte	29
2.2.2.1 Domstolens beslutsutrymme	32
2.2.2.2 Grunder för bedömning vid val av vårdnadshavare	32
2.2.3 Argument och framträdande intressen	34
2.2.4 Förändrade maktpositioner	41
2.2.5 Sammanfattning av 1983 års reform.....	42
2.3 Proposition 1990/91:8 Om vårdnad och umgänge.	43
2.3.1 Förhållanden inför reformen	43

2.3.2 Reformens innebörd och syfte	44
2.3.2.1 Domstolens beslutsutrymme	46
2.3.2.2 Grunder för bedömning vid val av vårdnadshavare	47
2.3.3 Argument och framträdande intressen	47
2.3.4 Förändrade maktpositioner	52
2.3.5 Sammanfattning av 1990 års reform	55
2.4 Proposition 1997/98:7 - Vårdnad, boende och umgänge.	55
2.4.1 Förhållanden inför reformen	55
2.4.2 Reformens innebörd och syfte	56
2.4.2.1 Domstolens beslutsutrymme	57
2.4.2.2 Grunder för bedömning vid val av vårdnadsform och vårdnadshavare.	58
2.4.3 Argument och framträdande intressen	59
2.4.4 Förändrade maktpositioner	65
2.4.5 Sammanfattning av 1998 års reform	67
2.5 Proposition 2005/06:99 – Nya vårdnadsregler	68
2.5.1 Förhållanden inför reformen	68
2.5.2 Reformens innebörd och syfte	69
2.5.2.1 Domstolens beslutsutrymme	71
2.5.2.2 Grunder för bedömning vid val av vårdnadsform och vårdnadshavare	71
2.5.3 Argument och framträdande intressen	72
2.5.4 Förändrade maktpositioner	78
2.5.5 Sammanfattning av 2006 års reform	80
2.6 Proposition 2020/21:150 - Stärkt barnrättsperspektiv i vårdnadstvister	80
2.6.1 Förhållanden inför reformen	80
2.6.2 Reformens innebörd och syfte	82
2.6.2.1 Domstolens beslutsutrymme	83
2.6.2.2 Grunder för bedömning vid val av vårdnadshavare och vårdnadsform	84
2.6.3 Argument och framträdande intressen	85
2.6.4 Förändrade maktpositioner	92
2.6.5 Sammanfattning av 2021 års reform	93
3 En samlad analys av rättsutvecklingen 1976 - 2022	96
3.1 En kartlagd rättsutveckling gällande gemensam vårdnad.	96
3.2 Förändrade argument och framträdande intressen.....	99

3.3 Förändrade maktpositioner och förutsättningar för konflikthantering	103
3.4 Diskussion	104
Källförteckning.....	106

Förkortningar

Barnavårdslag	Lag (1960:97) om samhällets vård av barn och ungdom
Barnkonventionen	Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter
BrB	Brottsbalken
FB	Föräldrabalk (1949:381)
HD	Högsta domstolen
Inkorporeringslag	Lag (2018:1197) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter
LBiÄ	Lag (1920:407) om barn i äktenskap
LU	Lagutskottets betänkande
LVU	Lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition
SFS	Svensk författningssamling
SoL	Socialtjänstlag (2001:453)
SOU	Statens offentliga utredningar
ÄLVU	Lag (1980:621) med särskilda bestämmelser om vård av unga
ÄSoL	Socialtjänstlag (1980:620)

1 Uppsatsens ramar

1.1 Problemformulering och syfte

I föräldrabalken (FB) 6 kap. 5 § stadgas att om någon av föräldrarna till ett barn, som båda eller någon av dem har vårdnaden om, vill få ändring i vårdnaden ska rätten besluta att de ska ha gemensam vårdnad eller att en av föräldrarna ska ha ensam vårdnad. Rätten ska alltså avgöra om föräldrarna gemensamt ska ansvara för barnets personliga angelägenheter och företräda barnet eller om en av dem ensam ska göra det. I bedömningen ska särskilt avseende fästas vid föräldrarnas förmåga att sätta barnets behov främst och ta ett gemensamt ansvar i frågor som rör barnet. Vidare stadgas att rätten, ex officio, kan besluta om ensam vårdnad i samband med äktenskapsskillnad om det är uppenbart att gemensam vårdnad är oförenligt med barnets bästa.¹ Bestämmelserna som reglerar rättens bedömning av vårdnadsform och eventuellt val av vårdnadshavare i en tvist mellan föräldrar har förändrats ett antal gånger sedan 1977 då det först blev möjligt för ogifta föräldrar att ha gemensam vårdnad.²

Det huvudsakliga syftet med min undersökning är att kartlägga rättsutvecklingen, vilka intressen som styr den, hur den har motiverats och vad den inneburit för föräldrarnas inbördes maktförhållande. Mitt intresse rör lagstiftarens syn på föräldraskap mellan särlevande föräldrar och för att kunna uppfylla mitt syfte kommer jag undersöka den argumentation som fört den aktuella rättsutvecklingen framåt. En central förändring består i skiftningen av föremålet för rättens bedömning i vårdnadsfrågan; från att ha avsett vem av föräldrarna som bäst kan tillgodose barnets behov till att i första hand avse om det är till barnets bästa att föräldrarna åläggs ett gemensamt ansvar eller inte. Innan 1977 skulle barnets bästa ligga till grund för domstolens val av vårdnadshavare efter en äktenskapsskillnad, om inte föräldrarna var överens om vem av dem som skulle ha vårdnaden.³ 2022, nästan ett halvt sekel senare, ska barnets bästa vara avgörande för alla frågor om vårdnad, boende och umgänge, inklusive vårdnadsform.⁴ Begreppet *barnets bästa* har alltså funnit med hela tiden, men bedömningsgrunderna och betydelsen av föräldrarnas inställning har ändrats.

Med hjälp av följande delundersökningar avser jag att uppfylla mitt syfte: att kartlägga rättsutvecklingen, undersöka vilka intressen som styr den, hur den har motiverats och vad den inneburit för föräldrarnas inbördes maktförhållande.

- Min första delundersökning syftar till att kartlägga förändringen av reglerna i 6 kap. 5 § och analysera domstolens beslutsutrymme och bedömningsgrunder. Jag kommer att belysa hur betydelsen av föräldrars egen inställning har förändrats och hur domstolens bedömningsgrunder för vårdnadsform och vårdnadshavare speglar förändringar i synen på barns behov.
- För att identifiera vilka intressen som fått företräde vid de olika reformerna kommer jag att undersöka den argumentation som fått genomslag vid förändringarna i FB 6 kap. 5

¹ FB 6 kap. 5 §.

² FB, ändringslag SFS 1976:612, 6 kap. 7 § 2 st.

³ Se prop. 1975/76:170 s. 19.

⁴ FB, ändringslag SFS 2021:528, 6 kap. 2 a §.

§. I den mån domstolens bedömning av vårdnadsfrågan gjorts beroende av andra regler i FB 6 kap. kommer jag även att undersöka den argumentation som omgärdar dem.

- För att belysa hur föräldrarnas maktpositioner har förflyttats genom förändringarna kommer jag att analysera vilka funktioner föräldrarna kan förväntas ha för barnet och hur dessa funktioner värderas i argumentationen.

1.2 Undersökningsmetod och förhållningssätt

1.2.1 En rättssociologisk undersökning och dekonstruktion av argumentationen de lege ferenda

För att genomföra en rättsvetenskaplig undersökning krävs en anpassad metod och en avvägning av vilket material som ska undersökas. Eftersom det huvudsakliga syftet med min undersökning är att belysa rätten utifrån tar jag utgångspunkt i ett förhållningssätt som inte accepterar rättsreglerna som givna eller med en självständig existens. Att rätten är en social konstruktion som inte har ett självständigt värde är knappast kontroversiellt. Rätten är skapad av människor och existerar endast mellan människor.⁵ I min undersökning har jag låtit mig inspireras av Mats Glavås och Ulf Petrussons artikel *Illusionen om rätten* som talar om nödvändigheten i att medvetandegöra och hantera de realiteter på vilka dessa sociala konstruktioner vilar. De argumenterar för att någon ”gällande rätt” egentligen inte existerar annat än som illusioner eller kollektiva tankeskapelser. Eftersom rätten är en social konstruktion innebär allt juridiskt arbete en interaktion, och ett med- eller omskapande av rätten, menar de. En omedveten användning av rätten innebär ofrånkomligen ett oreflekterat deltagande i dess utveckling. För att rättsvetenskapen ska kunna vårda och medvetet designa rättskonstruktioner som strävar efter strukturell lojalitet, delaktighet och en enighet baserad på demokratisk värdegemenskap snarare än på förhärskande maktpositioner och strukturell fångenskap behöver vi acceptera att föreställningen om ”den gällande rätten” är en icke ändamålsenlig konstruktion.⁶

Genom att dekonstruera argumentationen bakom vårdnadsrätten är det möjligt att belysa vilka antaganden och intressen som förmedlas som självklarheter, men där andra verklighetsbilder i själva verket hade varit möjliga att skildra.⁷ Den beskrivning av världen som förmedlas i argumentationen återskapas kontinuerligt genom föreställningen av den gällande rätten. Genom att interagera med rätten utan en förståelse för dessa underliggande krafter kan de få ett oförutsägbart utrymme och rättsutvecklingen riskerar att fortsätta i blindo.⁸ Att studera rätten utifrån, med metoder och perspektiv från samhällsvetenskapen, gör rättssociologin till en empirisk vetenskap som kan belysa rätten bortom traditionella frågor om ”gällande rätt”.⁹ Eftersom min undersökning tar sikte på rätten som en social konstruktion kommer jag att studera mitt material utifrån ett sådant perspektiv.

Som ett led i lagstiftningsprocessen framförs argument de lege ferenda i förarbetena. Denna argumentation omvandlas senare, efter lagens införande, till tolkningsunderlag för de lega

⁵ Hydén, 2013, s. 213.

⁶ Petrusson & Glavå, 2002.

⁷ Börjesson, 2003, s. 36.

⁸ Petrusson & Glavå, 2002.

⁹ Hydén, 2013, s. 207.

lata.¹⁰ Begreppet de lege interpretata (rätten som den uttolkas) pekar på den växelverkan mellan rätten och dess användare som juridiken växer fram ur. Denna växelverkan bygger på att gällande rätt alltid kräver en tolkning, som är beroende av sin samtid, kontext och rådande värderingar. Föreställningen om den gällande rätten kommer således återskapa värderingar både medvetet och omedvetet.¹¹ Argumentationen, som tjänar som tolkningsunderlag för rättsreglerna, följer olika mönster, delvis beroende på vilken typ av regel som föreslås. Rättsregler kan delas in efter om de svarar på frågor om *vem* som ska agera, *hur* det ska gå till eller *vad* det är som ska göras. Dessa olika typer av regler kallas kompetensregler, procedurregler och handlingsregler. Handlingsdirigerande regler innehåller ofta - men inte alltid, en tydlig rättsföljd. Förutom att utgöra en konfliktlösande mekanism har civilrätten en viktig funktion i att utgöra ett instrument för samhandling, till exempel genom att stå modell för sociala normer.¹² I den mån reglerna i första hand ska fungera handlingsdirigerande *ex ante*, alltså tolkas inför ett agerande i stället för efteråt, finns det större anledning att utforma dem pedagogiskt. På så sätt ökar chanserna att adressaten uppfattar dem korrekt och agerar i enlighet med dem. Sådana mål-medel-regler, som är framtidsinriktade till sin karaktär, anger vissa mål som eftersträvas och bygger på ställningstaganden som förutsätter kunskap utanför juridiken.¹³

Argumentationen i lagens förarbeten är alltså en viktig tolkningskälla samtidigt som dess funktion är att övertyga om förslagets riktighet. Den ska både övertyga om värdet med målet och om ändamålsenligheten med det önskade handlandet. Reformen och lagstiftning kan motiveras av ett behov av att samla spridd lagstiftning eller kodifiera rättspraxis, ett behov av en saklig reform på ett mera tekniskt plan eller vara sprungen ur en politisk vilja. Vid den förstnämnda typen måste argumentationen vara starkt bunden av innehållet i lagstiftning respektive rättspraxis medan den sistnämnda sortens lagreform kommer bygga på en mycket friare argumentation och i högre grad kräva övertygande argument.¹⁴ Ett av de främsta skälen för att den som skall framställa ett förslag vill ansluta detta till redan gällande rätt ligger i det fundamentala rättvisekravet, att lika skall behandlas lika. Rättens kontinuitet är ett etablerat värde och därmed ett övertygande argument. En sådan argumentation kan betraktas som rationell. Att politiska ställningstaganden också påverkar lagstiftningen vid sidan av rationella är naturligt.¹⁵ En fri argumentation är däremot mer beroende av att etablera och övertyga om vissa värden. Argument kan således också kategoriseras som rationella eller värdebaserade, där de rationella bygger på reell hänsyn och empiriskt belagda uppgifter medan värdebaserade i högre grad beskriver högt värderade mål som framställs kunna nås genom de föreslagna åtgärderna. Värdebaserade argument är därmed ofta prognosbaserade medan rationella relaterar till existerande förhållanden.¹⁶ Värden, och påståenden om hur de uppnås, som förmedlas genom fri och värdebaserad argumentation skapar en särskild diskurs som rättstillämparen, genom att använda materialet som ”gällande rätt”, sedan deltar i och reproducerar. I min

¹⁰ Hellner, 1975.

¹¹ Svensson, 2014.

¹² Hydén, 2013, s. 210 och s. 115 f.

¹³ *Ibid.*, s. 217.

¹⁴ Hellner, 1975.

¹⁵ Schiratzki, 1997, s. 70 f och Hellner, 1975, s. 403.

¹⁶ Schiratzki, 1997, s. 84.

ambition att belysa rätten som en social konstruktion, som är möjlig att ifrågasätta och problematisera, vill jag uppmärksamma sådana diskurser och dekonstruera dem.

1.2.2 Material och mitt förhållningssätt till materialet

Jag har undersökt ett material bestående av de propositioner som legat till grund för förändringarna av den bestämmelse som reglerar domstolens avgörande av vårdnadsfrågan i en tvist mellan två föräldrar. Bestämmelsen har ändrats fem gånger efter att det först blev möjligt för ogifta föräldrar att ha gemensam vårdnad 1977.¹⁷ Förutom reglerna i FB 6 kap 5 § aktualiseras också andra bestämmelser i FB 6 kap. vid domstolens bedömning av vårdnadsfrågan. Även de bestämmelserna har ändrats flera gånger sedan 1977 och jag kommer undersöka hur deras skiftande utformning fyller ut betydelsen av FB 6 kap. 5 §. Mitt material består därmed i första hand av de propositioner som föregått förändringarna i just FB 6 kap. 5 §. Propositioner anses inta en särställning i det praktiska rättslivet och eftersom de innehåller de argument som närmast föregått lagstiftningen anser jag att de har ett särskilt värde för syftet med min undersökning. De intressen och realiteter som får utrymme genom denna argumentation är den som accepterats och reproduceras i interaktionen med vårdnadsrätten. Jag har främst fokuserat på de allmänna utgångspunkter och överväganden som utgjort grund för förslagen eftersom de innehåller resonemang om den ”verklighet” som lagen är tänkt att reglera. Specialmotiveringarna och författningskommentarerna har också gett viktig information om förändringarnas tänkta funktion.

Dessa källor, som utifrån en rättsdogmatisk metod är att se som en viktig del av de klassiska rättskällorna, undersöker jag främst som ett empiriskt material. Med det menar jag att min ambition är att bearbeta dem med en kritisk deskriptiv ansats. För att kunna svara på vilken verklighetsbild som har burit rättsutvecklingen framåt kommer jag också att behöva återge hur den gällande rätten beskrivs och hur förändringarna i lagtexten till exempel påverkar domstolarnas faktiska beslutsutrymme. I det avseendet är min undersökning beroende av ett till viss del rättsdogmatiskt perspektiv. Men eftersom huvudsyftet med min undersökning är att beskriva hur vissa ideal och värderingar har fått genomslag i rättsutvecklingen läser jag materialet, inte bara som en källa till gällande rätt, utan också som en källa till information om underliggande antaganden och ideal.¹⁸ På så sätt har jag kunnat analysera rättsutvecklingens progression, belysa intresseförskjutningar och åskådliggöra de maktpositioner som kommer till uttryck genom bestämmelserna.

Jag kommer i möjligaste mån tydliggöra min egen läsning av materialet eftersom även jag i min interaktion interagerar med rätten. Mina tolkningar och val av nedslagspunkter kommer att påverkas av min förförståelse för det familjerättsliga området och kan inte med säkerhet sägas förmedla *den enda sanningen*. Utifrån perspektivet att det inte finns någon objektiv och evig sanning är det inte möjligt att helt undkomma risken för viss subjektivitet. Genom att vara transparent och använda citat samt beskrivande referat vill jag visa en öppenhet och minska risken för att min framställning verkar ideologiskapande.¹⁹

¹⁷ FB 6 kap. 5 §; ändrad genom SFS 1976:612 (då i 6 kap. 7 §), SFS 1983:47, SFS 1990:1526, SFS 1998:319, SFS 2006:458 och SFS 2021:528.

¹⁸ Sandgren, 1995.

¹⁹ Se Glavå, 1999, s. 124.

I undersökningen och analysen av det primära materialet har jag till viss del kommit i kontakt med annat material som föregått propositionerna och påverkat rättsutvecklingen mellan de aktuella reformerna. Sådant material har jag använt för att belysa bakgrunden till vissa betydelsefulla uppgifter i propositionen men jag har inte undersökt och analyserat det materialet som helhet.

Ett förhållningssätt kan beskrivas som poststrukturalistiskt där meningsskapandet sker i interaktionen mellan undersökningsmaterialet och mig som undersökare.²⁰

1.2.3 Några begrepp som jag kommer att använda i min analys av materialet

1.2.3.1 Makt

Maktpositioner existerar i alla relationer och på olika nivåer och kan ses som nödvändiga i ett civiliserat samhälle där människor formas av varandra i en social samlevnad som är essentiell för människan.²¹ Foucault menade att makt är en dynamisk kraft som hela tiden är i rörelse snarare än en resurs som kan innehas av någon särskild.²² En sådan utgångspunkt innebär att makt skapas hela tiden genom handlingar, men också genom förändrade diskurser och sociala konstruktioner. Handlingar som skapar makt kan till exempel syfta till att upprätta status och respekt, skapa rädsla eller att omfördela resurser. Språk och diskurser är också, enligt bland annat Foucault, nära knutet till makt genom att etablera ”sanningar” som sätter gränserna för vad som är tänkbart.²³ Genom att formera diskurser som till exempel inmutar en uppfattning om att relationen mellan tillgång och efterfrågan förhåller sig på ett visst sätt kan en position gynnas eller missgynnas. Både rädsla och belåtenhet kan frammanas genom föreställningar om verkligheten, om sårbarhet och om styrka. Olika föreställningar om de egna, och andras positioner kan få människor att agera på olika sätt. Olika maktbaser, eller grunder för påverkan, har olika effekt. Social makt som har sin grund i kunskap och erfarenhet som skapar trovärdighet och andras förtroende kan kallas för en *närande* maktutövning. En maktutövning som bygger på belöning och bestraffning menar jag kan kallas för en *tärande* maktutövning eftersom en sådan snarare skapar eftergivenhet och undergiven följsamhet hos omgivningen, än ett mervärde baserat på effektiv resursfördelning.²⁴

Handlingar och diskurser som skapar makt kan alltså uppfattas motiveras ur en mer eller mindre närande maktbas. På ytterkanten av möjliga tärande maktmedel finns våld. Våld kan definieras som en funktionell makthandling som skadar, smärtar, skrämmer eller kränker och ger utövaren möjlighet att få företräde för sitt anspråk utan egentlig närande grund. Personen som våldet riktas mot förmås därmed att göra, eller avstå, någonting som står i kontrast till dess verkliga anspråk och behov. Våld kan vara fysiskt, psykiskt, sexuellt, materiellt eller latent. Latent våld innebär att en person agerar utifrån vetskapen om att våld kan förekomma, utan att det märks utifrån. Det kan även vara så att personen som utsätts inte själv är medveten om att dess handlande påverkas. Alla typer av våld har det gemensamt att det är handlingar som på ett orättmätigt sätt genererar makt.²⁵

²⁰ Börjesson, 2003, s. 28.

²¹ Engelstad, 2006, s. 57 f.

²² Foucault, 1976.

²³ Börjesson, 2003, s. 34.

²⁴ Se Lennéer Axelson & Thylefors, 2013, s. 233.

²⁵ Isdal, 2012, s. 33 f.

I min undersökning av vilka maktpositioner som gynnas respektive missgynnas i den verklighet som materialet förmedlar har jag undersökt hur rättigheter, resurser och behov fördelas mellan de berörda parterna. Glavå och Petrusson hänvisar till rättsrealisten Karl Olivecrona som beskrev rättsliga fenomen som "fantasiföreställningar". Han menade att effekten av rättigheter är att de skapar en kraftkänsla som framträder som starkast i konfliktsituationer, eftersom den där är tydligt förknippad med antaganden om att innehavaren av rättigheten skulle vinna en rättslig process. En rättighet har alltså ur det perspektivet effekt även utanför den formella rätten, genom att berörda parter känner till den och anpassar sig efter den i tron om att en juridisk uppgörelse skulle falla ut på ett visst sätt.²⁶ Med stöd i en sådan uppfattning menar jag att beskrivningar av de erkända behov, och mer eller mindre formaliserade rättigheter, som framkommer i materialet har handlingsdirigerande effekter. Vissa behov och känslor framställs som rättmätiga medan andra inte ges samma legitimitet. Den, vars känslor och behov legitimeras av lagstiftaren kommer att känna en känsla av kraft bakom sina anspråk.²⁷ På samma sätt kommer den andre, vars behov och intressen inte ses som beaktansvärda av rättsordningen, vara beroende av den andre partens välvilja (godtycklig belöning) för att eventuellt få dem tillgodosedda. Den som upplever sig ha stora behov, som inte tillmäts någon rättmätig betydelse, riskerar därmed att styras av tärande makt.

Eftersom barn själva inte kan vara part i vårdnadsmål kan de inte heller själva använda sina rättigheter som en kraftkälla under förespeglning om att vinna en rättslig process. Ett barn företräds av vårdnadshavare och om en konflikt uppstått mellan två (potentiella) vårdnadshavare är det de som är parter i en eventuell tvist. Under förutsättning att de har kunskap om att det är "barnets bästa" som ska avgöra de tvistiga frågorna, kommer de sannolikt att framställa sina yrkanden genom motstridiga beskrivningar av det specifika barnets situation och behov. Barnets olika behov riskerar därmed att ställas mot varandra. Eftersom tvisten de facto existerar mellan föräldrarna är det dock deras intressen, och personliga tolkningar av barnets behov, som finns representerade i tvisten. I den mån föräldrarna identifierar sig med barnets behov, som ett sätt att skydda den känslomässiga investeringen i barnet, kan det vara svårt för föräldrarna att separera det egna intresset från sin uppfattning om barnets.²⁸ Föräldrarna kan hämta kraft ur en föreställning om förhållandet mellan barnets behov och de egna resurserna. Förhärskande föreställningar om verkligheten skapar bilder av båda.

1.2.3.2 Konflikt

Konflikt och konflikthantering handlar om makt.²⁹ Begreppet konflikt är mångfasetterat men gemensamt för många definitioner är att konflikter innehåller motstridiga intressen, upplever av att parternas anspråk inte kan uppnås samtidigt och/eller en kamp om värderingar, anspråk på makt, resurser och/eller status.³⁰ En person som har makt får, per definition, sina behov tillgodosedda i stor utsträckning.³¹

²⁶ Petrusson & Glavå, 2002.

²⁷ Se Börjesson, 2003, s. 37.

²⁸ Se Engelstad, 2006 s. 41 angående makt och känslomässig investering samt Gulliksson & Holmgren, 2015 s. 141 f, angående identifikation och medupplevelser som förutsättning för människan som social varelse i ett kollektiv.

²⁹ Lennéer Axelson & Thylefors, 2013, s. 232.

³⁰ Hakvoort, 2020, s. 29 ff.

³¹ Lennéer Axelson & Thylefors, 2013, s. 232.

I min analys av rättsutvecklingen kommer jag att jämföra de förutsättningar som rätten skapar för hanteringen av vårdnadstvister med tre olika konflikthanteringsansatser:

1. en maktbaserad ansats som bygger på att en tredje, utomstående, part har en position att bestämma hur konflikten ska lösas,
2. en regelbaserad (eller principbaserad) ansats, som innebär att det skapas regler, rättigheter och principer som stöd för att reglera konflikten.
3. en behovsbaserad ansats, som bygger på att parterna deltar i en utforskande dialog om sina behov, intressen, tolkningar och önskemål.³²

Den första ansatsen har rötter långt tillbaka i tiden och bygger på tydliga makthierarkier. Den bygger på att en auktoritet helt enkelt bestämmer hur det ska bli när meningsskiljaktigheter uppstår och parterna får finna sig i lösningen. En fördel med en sådan ansats är att konflikter kan lösas snabbt, medan en nackdel är att makthavarens godtycke kan skapa förtryck och lidande.³³ En tredje parts makt att påverka kan, som jag nämnt i föregående avsnitt, härröra ur en närande eller tärande maktbas.³⁴ En övervikt mot det senare leder oftast i högre grad till eftergivenhet hos de underställda eller köpslående och förhandling mellan de inblandade, medan en närande maktbas ger bättre förutsättningar för en genuin acceptans.³⁵

Den andra ansatsen utgår från att tydliga regler skapas och har genom historien växt fram som en reaktion på den maktbaserade ansatsens negativa effekter. I stället för eventuellt godtycke löses konflikter med hjälp av principer, regler och lagar. Denna typ av konflikthantering är särskilt viktig för personer i utsatta positioner och ger förutsättningar för parterna att skydda sig mot dominans. Fördelarna är möjligheten till likabehandling och skydd för svagare parter. Nackdelen med denna ansats är de svårigheter som finns med att skapa regler som ska kunna tillämpas lika i alla situationer. Flexibiliteten, som kan vara en nödvändighet för att inte riskera orimliga resultat i den enskilda situationen, kan också minska.³⁶ Denna procedur anses inte heller vara lämpad för att främja ett lärande och därmed förebygga att samma konflikt uppstår igen.³⁷

Den sistnämnda kan beskrivas som en restpost för konflikter och samarbetsproblem som inte kan lösas med de föregående ansatserna. Den bygger på att ett utforskande av parternas behov, synsätt och önskemål och strävan att lösa konflikten samtidigt som fortsatta goda relationer möjliggörs.³⁸ Här kan det vara relevant att skilja på behov och övriga intressen. Behov kan definieras som grundläggande och handlar om sådant som människan faktiskt behöver för sin fysiska och psykiska hälsa. Intressen i form av önskningar, mål och ambitioner är sådant som människan kan klara sig utan men gärna vill ha.³⁹ Rent konkret kan en så kallad behovsbaserad konflikthanteringsansats bestå av allt från informella samtal till interventioner med professionella konsulter och medlare. Målet är en lösning som upplevs positiv av båda parter

³² Jordan, 2020, s. 12.

³³ Ibid.

³⁴ Se ovan under 1.2.3.1 Makt.

³⁵ Lennéer Axelson & Thylefors, 2013, s. 233.

³⁶ Hakvoort, 2020, ss. 33 f.

³⁷ Jordan, 2020, s. 13.

³⁸ Ibid.

³⁹ Lennéer Axelson & Thylefors, 2013, s. 24.

och kan av den anledningen verka långsiktig.⁴⁰ Med ett synsätt som förespråkar en sådan konflikthantering ses konflikter som någonting dynamiskt, konstruktivt och fruktbart.⁴¹ Olika typer av konflikter förutsätter dock olika typer av konflikthantering och en ansats som inte passar situationen kan leda till långdragna och infekterade konflikter.⁴²

1.2.3.3 Barn

Personer under 18 år är barn enligt barnkonventionen och svensk rätt.⁴³ Det är inte en naturgiven regel och myndighetsåldern har varierat i Sverige och andra länder.⁴⁴ Omyndigheten innebär att barn saknar full rättshandlingsförmåga, vilket gör dem beroende av vårdnadshavare och förmyndare för att kunna tillvarata sin rätt. Rättshandlingsförmåga associeras ofta med förmynderskapsregleringen i första hand men rättshandlingar som rör barnets person företas oftare än rättshandlingar som rör dess egendom. Synen på barn har förändrats de senaste hundra åren och idag betraktas barn som kompetenta och berättigade att ta beslut rörande sin egen person i högre grad än tidigare. Det innebär att barns rättshandlingsförmåga kan betraktas som gradvis ökande.⁴⁵ Vårdnadshavarens rätt och skyldighet att bestämma i frågor som rör barnets personliga angelägenheter kompenserar för barnets bristande rättshandlingsförmåga. I utövandet av denna rättighet och skyldighet ska vårdnadshavaren ta hänsyn till barnets synpunkter och önskemål i takt med barnets stigande ålder och utveckling.⁴⁶ I den mån barnet har två vårdnadshavare har de rätten och skyldigheten, som utgångspunkt, tillsammans.⁴⁷

1.2.3.4 Förälder

Föräldrars betydelse för barn har en framträdande plats i både barnkonventionen och i svensk rätt.⁴⁸ Föräldraskapsbegreppet är centralt i relation till lagstiftningen om vårdnad eftersom vårdnadshavarskapet som utgångspunkt härrör ur föräldraskapet.⁴⁹ Den som, genom lag eller beslut har erhållit rättslig status som förälder får en särskild position i förhållande till barnet. Föräldrar har till exempel rätt att föra talan i frågor som rör vårdnad och umgänge.⁵⁰ Utgångspunkterna för reglerna om föräldraskap har länge varit det genetiska bandet men numera har både tekniska och sociala framsteg kommit att innebära att det rättsliga föräldraskapet är mer komplext.⁵¹ Föräldraskapets förrättsligande anses dels fylla en social funktion för barnet genom att tillgodose barnets behov av familjetillhörighet och kunskap om sitt ursprung, dels har det en rationell funktion genom att peka ut vilka som är primärt ansvariga för barnets omsorg och försörjning.⁵²

⁴⁰ Jordan, 2020, s. 13.

⁴¹ Hakvoort, 2020, s. 41.

⁴² Jordan, 2020, s. 14.

⁴³ Barnkonventionen artikel 1, FB 9 kap. 1 §.

⁴⁴ Se t.ex. prop. 1974:44 s. 20, om förändrad myndighetsålder i Sverige.

⁴⁵ Singer, 2021, s. 328.

⁴⁶ FB 6 kap. 11 §.

⁴⁷ FB 6 kap. 13 §.

⁴⁸ Se t.ex. barnkonventionen artikel 5 och 7.

⁴⁹ FB 6 kap. 3 §.

⁵⁰ Se t.ex. FB 6 kap. 5 § och 6 kap. 15 a§.

⁵¹ Singer, 2021, s. 54.

⁵² Mattsson, 2010, s. 44.

1.2.3.5 Primär och sekundär omsorgsförälder

Begreppet primär omsorgsförälder använder jag när jag syftar på en förälder som huvudsakligen tillgodoser barnets grundläggande omsorgsbehov, oavsett vårdnadsförhållande. Med grundläggande omsorgsbehov menar jag till exempel barnets behov av mat, sömn, hygien, tillgång till kläder, sjukvård, stimulans och förutsägbara vardagsrutiner. God omsorg utgör en skyddsfaktor för barnet på kort och lång sikt.⁵³ Den förälder som ett barn bor huvudsakligen hos är att betrakta som den primära omsorgsföräldern. Även i en familj där föräldrarna bor tillsammans kan ansvarsområdena vara uppdelade på ett sätt som innebär att en förälder kan identifieras som den primära omsorgsföräldern. I frågor som rör den dagliga omsorgen om barnet har den förälder som "finns till hands" rätt att bestämma ensam, oavsett vårdnadsförhållandet.⁵⁴

Sekundär omsorgsförälder benämner jag den förälder som finns med i barnets liv men som inte tar ett personligt helhetsansvar för att tillgodose barnets grundläggande omsorgsbehov, oberoende av vårdnadsförhållandet. Det kan vara en vårdnadshavare som barnet inte bor hos eller en förälder som inte är vårdnadshavare. Föräldern kan ha umgänge med barnet eller sådana anspråk. Om en sådan förälder brister i omsorgen behöver det inte nödvändigtvis leda till att barnet far illa, men kan naturligtvis göra det om bristerna är omfattande. En balansgång uppstår i så fall mellan omfattningen av föräldrarnas inflytande och bristernas allvarlighetsgrad. I min undersökning har det varit relevant att kategorisera föräldraroller och ställa dem mot varandra för att kunna analysera maktpositioner. Genom att använda dessa två begrepp har jag kunnat göra det. I verkligheten kan det dock såklart finnas situationer då det är svårt att kategorisera föräldrar på det här sättet, och föräldrars roller kan skifta över tid. Eftersom jag inte undersöker verkliga fall är det dock inte relevant att ytterligare problematisera dessa fiktiva roller.

I doktrin har tidigare "den huvudsakliga omvårdaren" använts för att benämna den som ger barnet den huvudsakliga omsorgen, men eftersom jag vill markera att det är en av föräldrarna jag syftar på har jag modifierat begreppet något.⁵⁵ Jag har också velat benämna *den andra* föräldern i samma resonemang, vilket har möjliggjorts genom begreppsparet. "Presumtionen om den huvudsakliga omvårdaren" speglar en uppfattning som går att hänföra till en feministisk åsiktsbildning inom vilken argumentation har framförts för att faktisk omvårdnad och legala befogenheter som följer av vårdnaden ska ges ett tydligare samband. En annan möjligt genusbaserad uppfattning, som framförts av till exempel så kallade pappagrupper, anför att all legal prioritering av modern är diskriminering mot pappor. Med den utgångspunkten förs argument fram för att avskaffa reglering som till exempel ger ogifta mödrar ensam vårdnad.⁵⁶

1.2.4 Undersökningens och analysens disposition

Kartläggningen av rättsutvecklingen och dekonstruktionen av den argumentation som fört den framåt sker i kronologisk ordning där uppsatsens äldsta material presenteras först. Varje avsnitt inleds med en kort redogörelse för förhållanden som har föregått propositionen och eventuella förändringar som skett efter den senaste redovisade reformen. Därefter dekonstruerar jag den aktuella rättsutvecklingen i tre steg. Jag kommer inte att analysera eventuella

⁵³ Socialstyrelsen, 2018, s. 56 f.

⁵⁴ Singer, 2021, s. 162. Se också t.ex. prop. 1975/76:170 s. 178.

⁵⁵ Se Schiratzki, 1997 s. 73.

⁵⁶ Ibid.

rekonstruktionsbehov men inom ramen för dekonstruktionen kommer jag belysa vissa alternativa möjligheter.

Först presenterar jag den första delundersökningen som kartlägger förändringen av reglerna i 6 kap. 5 §. Genom en tydlig framställning av föregående och ikraftträdande bestämmelse, där den kursiverade texten markerar vilka substantiella förändringar jag uppmärksammar i min analys, redovisar jag mitt huvudsakliga underlag. I texten som följer förklarar jag närmare hur jag bedömer att förändringen påverkade förutsättningarna för beslut om gemensam vårdnad samt vilka anslutande regler som aktualiseras i min analys. Därefter följer en analys av domstolens beslutsutrymme och betydelsen av föräldrarnas inställning, samt en analys av relevanta bedömningsgrunder och hur de speglar styrande intressen och behov.

Min andra delundersökning består av en analys av den argumentation som bäddat för den aktuella reformen. Efter en undersökning av materialet har jag kunnat urskilja betydelsefulla resonemang och argument som i sin tur visar på vilka realiteter, föreställningar samt underliggande och uttalade intressen som fått företräde. I den mån det har varit tillräckligt genomför jag analysen varvat med referat ur argumentationen men vid djupare analyser av exakta formuleringar har jag återgett citat för att du som läsare själv ska kunna bedöma resultatet.

I min tredje delundersökning åskådliggör jag förändrade maktpositioner genom att belysa hur föräldrarnas förväntade resurser och förmågor i relation till barnet framställs i propositionerna. Jag kommer att analysera hur beskrivningen av resurser och behov förändras i propositionernas resonemang och vilken bild som därigenom förmedlas av föräldrarnas respektive roller i barnets liv. På så sätt illustrerar jag hur parternas positioner i en tvist har förändrats genom rättsutvecklingen.

Slutligen, efter analysen av varje enskild reform, sammanfattar jag reformens huvudsakliga orientering. Efter att alla de aktuella reformerna har analyserats på detta sätt kommer jag att sammanställa resultaten och analysera dem tillsammans för att säga någonting om den övergripande rättsutvecklingen.

2 En analys av rättsutvecklingen kring gemensam vårdnad

2.1 Proposition 1975/76:170 Om ändring i föräldrabalken, m.m.

2.1.1 Förhållanden inför reformen

I proposition 1975/76:170 ges en översiktlig beskrivning av förut gällande rätt och de reformkrav som lett fram till de förslag som presenteras. De förutvarande reglerna om föräldrars gemensamma vårdnad om barn i äktenskap byggde på förutsättningen att föräldrarna levde tillsammans. Om familjegemenskapen upplöstes skulle domstolen bestämma vem av föräldrarna som skulle ha vårdnaden om barnen. Även om föräldrarna fortfarande var gifta, men levde åtskilda på grund av söndring, kunde ett förordnande om vårdnaden aktualiseras om en av föräldrarna ansökte om det. Detsamma gällde vid längre tids förhinder för den ena föräldern eller om någon av dem gjorde sig skyldig till grovt missbruk eller grov försummelse vid vårdnadens utövande, var hemfallen åt missbruk av rusgivande medel eller förde ett lastbart liv. Ett förordnande med anledning av det sistnämnda kunde meddelas antingen efter ansökan av den ena föräldern eller efter anmälan av allmän åklagare eller barnavårdsnämnd.⁵⁷

De riktlinjer som domstolen hade att förhålla sig till vid avgörandet av vårdnadsfrågan innebar att, om föräldrarna var ense om vem av dem som skulle ha vårdnaden, beslut skulle meddelas i överensstämmelse med deras önskan så länge det inte var ”uppenbart stridande mot barnets bästa”. Var föräldrarna inte ense, skulle domstolen bestämma ”efter vad med hänsyn till barnets bästa finnes skäligt”.⁵⁸ Innan äktenskapsreformen 1973 fanns det en bestämmelse som gjorde gällande att domstolen i tredje hand, om föräldrarna var ”lika skickade att hava vårdnaden om barnen”, skulle anförtro vårdnaden åt den förälder som inte bar den ”huvudsakligen skulden till sammanlevnadens hävande”. Äktenskapsreformen 1973 innebar att reglerna om äktenskapsskillnad ändrades så att makarnas eventuella skuld till söndringen inte längre skulle tillmätas någon betydelse i frågan om vem som skulle få vårdnaden om barnen.⁵⁹

I samband med äktenskapsreformen diskuterades också frågan om att jämställa barn utom äktenskapet med barn i äktenskapet genom att möjliggöra för samlevande, men ogifta, föräldrar att få gemensam vårdnad.⁶⁰ Departementschefen uttryckte att det inte innebar några olägenheter att ogifta föräldrar inte kunde ha gemensam vårdnad, särskilt om de hade ett gott förhållande eftersom de då kunde antas komma överens i alla fall. Snarare kunde gemensam vårdnad vid familjens upplösande i sådana fall ge upphov till komplikationer, menade han.⁶¹ Ett av argumenten för att möjliggöra gemensam vårdnad för ogifta föräldrar var, enligt reservanterna, att det inte fanns något skäl att ”förmäna den ene av samlevande föräldrar vårdnaden om barn för vilka de gemensamt önskade ta ansvar”.⁶² Frågan om gemensam vårdnad för ogifta föräldrar (både samlevande och skilda) blev vid den här tiden alltmer aktuell och flera motioner angående frågan behandlades i riksdagen 1974.⁶³ Lagutskottet uttalade dock att nackdelarna med ett

⁵⁷ Prop. 1975/76:170 s. 72.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Prop. 1973:32 s. 25.

⁶⁰ Ibid., s. 80.

⁶¹ Ibid., s. 129.

⁶² Prop. 1975/76:170 s. 84 och LU 1973:20 s. 138.

⁶³ Prop. 1975/76:170 s. 84 f och s. 86 med hänvisning till LU 1975:14 och motionerna 1975:201, 1975:1130 och 1975:201.

sådant system, i en ”bedömning grundad uteslutande på omtanken om barnets bästa, måste anses överväga de med systemet förenade fördelarna”.⁶⁴ Reservanterna, som fick allt större stöd, argumenterade inom något som skulle kunna kallas ett rättvisetema och framhöll bl.a. att ”det både praktiskt och psykologiskt var en belastning att endast den ena av två föräldrar som samarbetade i vårdnadsangelägenheterna skulle vara rättsligt kompetent att företräda barnet”.⁶⁵ De framhöll att det medförde ”en bristande balans i relationen föräldrarna emellan” och att den föräldern som inte hade vårdnaden om barnet skulle ”komma att bedömas mindre positivt än den andre”.⁶⁶ Även praktiska problem ansågs ur deras perspektiv kunna lösas genom gemensam vårdnad, till exempel om den ena föräldern skulle avlida och att den andre då automatiskt står kvar som vårdnadshavare och att två vårdnadshavare är bättre än en, eftersom det skulle innebära att föräldrauppgifterna enklare skulle kunna delas mellan föräldrarna.⁶⁷ Problem som ett system med gemensam vårdnad kunde föra med sig vid en separation mellan föräldrarna skulle, enligt reservanterna, inte vara svåra att komma till rätta med, eftersom en enkel ansökan om ensam vårdnad skulle upplösa den.⁶⁸

2.1.2 Reformens innebörd och syfte

Den 23 juni 1976 utfärdades lag (1976:612) om ändring i föräldrabalken som kom att träda i kraft den 1 januari 1977. Förändringar gjordes i flera av föräldrabalkens kapitel. FB 6 kap. 7 § reglerade upplösning av gemensam vårdnad efter ansökan av en förälder eller i samband med äktenskapsskillnad. 1979 uppdaterades bestämmelsen språkligt utan att någon materiell förändring gjordes. Ändringen innebar att ordet ”ansökan” bytts ut mot ”talan” vilket är markerat nedan.

I kraft 1 januari 1974. ⁶⁹	I kraft 1 januari 1977 [1 januari 1979]. ⁷⁰
FB 6 kap. 7 §	FB 6 kap. 7 §
<i>Leva föräldrarna på grund av söndring åtskilda, har rätten på ansökan av endera att förordna, vilken av dem skall hava vårdnaden om barnen eller, om ej alla barnen böra stå under den enes vårdnad, huru de skola fördelas mellan föräldrarna. Äro föräldrarna ense, give rätten sitt beslut i överensstämmelse med vad de önska, såframt det ej är uppenbart stridande mot barnens bästa; åsämjas de ej, bestämme rätten efter vad med hänsyn till barnens bästa finnes skäligt. Finnes med hänsyn till barnens bästa uppenbart, att ingendera av föräldrarna bör</i>	<i>Stå barn under vårdnad av bägge föräldrarna och vilja föräldrarna eller en av dem att vårdnaden icke längre skall tillkomma dem gemensamt, har rätten på ansökan [talan] av endera att förordna vem av dem som skall ha vårdnaden om barnen eller, om ej alla barnen böra stå under den enes vårdnad, hur de skola fördelas mellan föräldrarna. Äro föräldrarna ense, skall rätten besluta i överensstämmelse med vad de önska, om det ej är uppenbart stridande mot barnens bästa. I annat fall beslutar rätten efter vad som finnes skäligt med hänsyn till</i>

⁶⁴ Prop. 1975/76:170 s. 85 med hänvisning till LU 1974:1.

⁶⁵ Prop. 1975/76:170 s. 85.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Prop. 1975/76:170 s. 85 med hänvisning till motion 1975:201.

⁶⁸ Prop. 1975/76:170 s. 85 med hänvisning till LU 1974:1.

⁶⁹ FB, ändringslag SFS 1973: 646.

⁷⁰ FB, ändringslag SFS 1976:612, omtryckt med samma innebörd i FB, ändringslag SFS 1978:853.

<p>utöva vårdnaden, skall denna anförtros åt särskilt förordnad förmyndare.</p> <p>Dömes till äktenskapsskillnad mellan föräldrarna, meddele rätten tillika förordnande angående vårdnaden om barnen; och skall därvid vad i första stycket är stadgat äga motsvarande tillämpning.</p>	<p>barnens bästa. Finnes med hänsyn till barnens bästa uppenbart att ingendera av föräldrarna bör utöva vårdnaden, skall denna anförtros åt särskilt förordnad förmyndare.</p> <p>Dömes till äktenskapsskillnad mellan föräldrarna, skall rätten tillika förordna angående vårdnaden om barnen. Härvid äger första stycket motsvarande tillämpning. <i>Äro föräldrarna ense om att vårdnaden skall tillkomma dem gemensamt, skall dock rätten besluta i överensstämmelse därmed, om det ej är uppenbart stridande mot barnens bästa.</i></p>
---	--

Den 1 januari 1977 infördes alltså den förändring som innebar att föräldrar kunde låta den gemensamma vårdnaden bestå efter äktenskapsskillnad, så länge det inte var uppenbart stridande mot barnets bästa. Om någon av dem inte ville att den skulle bestå, eller om någon av dem senare ville få den gemensamma vårdnaden upplöst, skulle rätten förordna om det. Förändringen innebar att föräldrarnas eventuella samlevnad saknade betydelse för ifall den gemensamma vårdnaden skulle kunna upplösas. Detta gällde alltså även ifall föräldrarna fortfarande var gifta.⁷¹ Argumentet för det var främst att invändningar om samlevnaden skulle skapa stora tillämpningsproblem. Vidare antogs det att den ene av två samboende föräldrar i de flesta fall bara skulle ta upp vårdnadsfrågan ifall den avsåg att samlevnaden skulle upphöra.⁷² Även föräldrar som inte var eller hade varit gifta med varandra kunde få gemensam vårdnad, oberoende av om de bodde tillsammans eller inte.⁷³ I båda fallen var det en förutsättning att föräldrarna var ense om att vårdnaden skulle utövas gemensamt och att det inte uppenbart stred mot barnets bästa. Om en av föräldrarna begärde att den gemensamma vårdnaden skulle upplösas var domstolen skyldig att, likt tidigare, i första hand besluta om ensam vårdnad åt en av föräldrarna i enlighet med deras önskemål och i andra hand enligt principen om vad som var skäligt med hänsyn till barnets bästa.⁷⁴

Inget uttryckligt syfte med reformen angavs i propositionens ingress, och kommer inte heller till direkt uttryck i föredragandens utlåtanden. Några av de remissinstanser som ställde sig kritiska formulerar dock tolkningar av syftet och menade då att det kan tyckas stå i motsatsförhållande till barnens bästa.

Enligt länsstyrelsen i Göteborgs och Bohus län synes promemoriaförslagen inte främst gå ut på att tillgodose barnens bästa utan deras föräldrars önskan om valfrihet i fråga om levnadsform. Förslaget om gemensam vårdnad torde enligt länsstyrelsen

⁷¹ Prop. 1975/76:170 s. 180.

⁷² Ibid., s. 72.

⁷³ FB, ändringslag SFS 1976:612, 6 kap. 8 §.

⁷⁴ FB, ändringslag SFS 1976:612, 6 kap. 7 § 1 st och prop. 1975/76:170 s. 1 f.

sakna förankring hos den breda allmänheten och synes tillkommet för endast en exklusiv krets av föräldrar.⁷⁵

En annan bestämmelse som hade anknytning till frågan om vårdnaden mellan föräldrar var FB 6 kap. 8 § som stadgade att rätten, på ansökan av en förälder som inte var vårdnadshavare, skulle överföra vårdnaden till den om det bedömdes skäligt med hänsyn till barnets bästa. Enligt samma regel skulle rätten besluta om att vårdnaden skulle tillkomma föräldrarna gemensamt om de var ense om det, och det inte var uppenbart stridande mot barnets bästa. FB 6 kap. 9 § reglerade villkoren för myndigheternas möjlighet att frånta en förälder vårdnaden utan att den andre föräldern initierade det. På anmälan av barnavårdsman skulle rätten förordna om att vårdnaden skulle tillkomma den andre föräldern ensam om den ena gjorde sig skyldig till grovt missbruk eller grov försummelse vid vårdnadens utövande eller om föräldrarnas deltagande i vårdnaden på något annat sätt innebar en fara för barnets utveckling. En sådan regel hade funnits sedan innan föräldrabalkens införande men förändrades i och med denna reform genom att fokusera på effekten av föräldrarnas levnadssätt snarare än levnadssättet i sig.⁷⁶

2.1.2.1 Domstolens beslutsutrymme

Förändringen i FB 6 kap. 7 och 8 §§ innebar alltså att olika vårdnadsformer tillgängliggjordes för fler föräldrar. Från att gemensam vårdnad endast varit tillgängligt för gifta föräldrar var det nu en möjlig vårdnadsform även för ogifta och frånskilda föräldrar, som var överens. Ensam vårdnad, som tidigare varit en vårdnadsform för ogifta föräldrar och gifta föräldrar som levde åtskilda på grund av ”söndring” eller då en av föräldrarna var hemfallen åt missbruk eller ett i övrigt ”lastbart liv”, stod nu också tillgängligt för gifta föräldrar som önskade det. Angående vårdnadsformen styrdes alltså domstolen av inställningen hos den förälder som inte ville dela vårdnaden med den andre. För gemensam vårdnad krävdes båda föräldrarnas vilja oberoende av föräldrarnas relation i övrigt. Om någon av föräldrarna inte ville ha gemensam vårdnad kunde de komma överens om vem av dem som skulle ha vårdnaden ensam. Det domstolen hade att uppmärksamma var om föräldrarnas överenskommelse ”uppenbart stred mot barnets bästa”, vilket i så fall uteslöt den.⁷⁷ I övrigt hade föräldrarna förtroendet att själva avgöra hur ansvaret för barnet skulle utövas. Om föräldrarna inte var ense om vem av dem som skulle utöva vårdnaden var det domstolens uppgift att bedöma vem av dem, utifrån vad som var skäligt med hänsyn till barnets bästa, som skulle anförtros vårdnaden ensam. Den förälder som inte ville ha gemensam vårdnad behövde inte ange några skäl. Domstolen kunde inte föra över vårdnaden från en vårdnadshavare till den andre föräldern på vårdnadshavarens initiativ.⁷⁸ Det krävdes alltså att den som skulle få vårdnaden överförd till sig själv ville det, vilket departementschefen uttalade var en naturlig ordning.⁷⁹ Föräldrarnas överenskommelse hade en stark ställning och departementschefen betonade särskilt att en överenskommelse normalt skulle accepteras av domstolen.⁸⁰ Om det med hänsyn till barnets bästa var uppenbart att ingen av föräldrarna borde utöva vårdnaden, skulle domstolen förordna om en särskilt förordnad förmyndare.⁸¹ Det ankom

⁷⁵ Prop. 1975/76:170 s. 101.

⁷⁶ Se LBiÄ, SFS 1920:407, 8 § samt prop. 1975/76:170 s. 181.

⁷⁷ FB, ändringslag SFS 1976:612, 6 kap. 7 § 2 st och 8 §.

⁷⁸ FB, ändringslag SFS 1976:612, 6 kap. 8 §.

⁷⁹ Prop. 1975/76:170 s. 322.

⁸⁰ Ibid., s. 150.

⁸¹ FB, ändringslag SFS 1976:612, 6 kap. 7 § 1 st.

på domstolen att ta ställning till vilken utredning som behövdes för att de aktuella besluten skulle kunna fattas.⁸²

Domstolens utrymme att besluta om vårdnaden i samband med en skilsmässa sträckte sig alltså från att anförtro vårdnaden åt en av föräldrarna ensam, till gemensam vårdnad under vissa förutsättningar. Om förutsättningarna inte var uppfyllda skulle domstolen falla tillbaka på regeln om att förordna om vem av föräldrarna som framgent skulle utöva vårdnaden. En konflikt mellan föräldrarna kan alltså sägas ha hanterats genom en maktbaserad ansats som byggde på domstolens makt att besluta vem av dem som skulle anförtros vårdnaden. Domstolens makt var visserligen reglerad och beslutet skulle grundas vad som var bäst för barnet, men eftersom det inte var närmare definierat gavs ändå domstolen i praktiken relativt stor skönmässig makt. Föräldrar som var överens gavs motsvarande makt i relation till barnet i en eventuell motsättning mellan barnets och föräldrarnas intressen och behov. Om barnets behov försumrades till en betydande grad tog domstolens makt över.

2.1.2.2 Grunder för bedömning vid val av vårdnadshavare

Vårdnadshavarens uppgifter var att sörja för barnets person, ge det sorgfälligt uppfostran, se till att det, efter föräldrarnas villkor, barnets tillgångar och anlag, erhöll uppehälle och utbildning samt att utöva erforderlig uppsikt över barnet med hänsyn till barnets ålder och övriga omständigheter.⁸³ Det fanns vid den här tiden ingen uttrycklig bestämmelse som angav att vårdnadshavaren hade rätt och skyldighet att bestämma över barnet men i propositionen framgår det att det i vårdnaden ingick ”en befogenhet och plikt att, i den omfattning lagen anger, besluta i barnets personliga angelägenheter”.⁸⁴ Det fanns inte heller någon bestämmelse som angav hur *barnets bästa* närmare skulle bedömas eller vilka grundläggande rättigheter eller behov barn ansågs ha, bortsett från vad som går att utläsa ur bestämmelserna om vårdnadshavarens uppgifter.

Eftersom det inte fanns några regler i föräldrabalken som angav vilka faktorer som skulle ha betydelse för bedömningen av *barnets bästa* lämnade lagstiftaren domstolen fri att bedöma den hänsyn som skulle tas. I propositionen uttalades att bägge föräldrarna i övervägande antalet vårdnadsfall ansågs lämpliga, men att domstolen hade att bedöma vem av föräldrarna som med hänsyn uteslutande till barnets bästa ändå skulle anförtros vårdnaden.⁸⁵ Hur *barnets bästa* skulle bedömas beskrevs inte i propositionen, trots att begreppet nämndes 45 gånger.⁸⁶ De gånger begreppet används i propositionen framstår det oftast som att det har en självständig betydelse, utan att det anges vad som menas.

Verkställighet eller handräckning skall vägras, om barnet har fyllt femton år eller nått sådan mognad att dess vilja bör beaktas och barnet motsätter sig överflyttning, såvida länsrätten inte finner sådan nödvändig av hänsyn till barnets bästa (4 §).⁸⁷

Detta citat, som visserligen rör en annan fråga än själva vårdnaden, visar på ett tydligt sätt hur *barnets bästa* var ett begrepp som kunde fyllas med domstolens fria tolkningar. Domstolens

⁸² Prop. 1975/76:170 s. 150.

⁸³ FB, ändringslag SFS 1976:612, 2 och 3 §§.

⁸⁴ Prop. 1975/76:170 s. 71.

⁸⁵ Ibid., s. 157.

⁸⁶ Räknat från sidan 65, dvs. utan text som utgör propositionens förslag till lagtext.

⁸⁷ Prop. 1975/76:170 s. 76.

tolkning av barnets bästa skulle trumfa barnets vilja, oaktat dess ålder och mognad, snarare än att det skulle utgöra en sammanvägd bedömning av vissa uppställda omständigheter, däribland exempelvis barnets vilja. Inte heller redogjordes för någon särskild syn på barns behov. Ordet *behov/behöver* förekommer 42 gånger i propositionen, men ingen av dessa gånger i ett sammanhang som avser att beskriva barns specifika behov.⁸⁸

Ett förhållande som kan betraktas som en gräns för vad som kunde tolereras gällande en förälders vårdnad om sitt barn beskrevs i FB 6 kap. 9 §. Om en vårdnadshavare genom grovt missbruk, grov försummelse eller hantering av vårdnaden orsakade fara för barnets utveckling skulle rätten anförtro vårdnaden om barnet åt den andre föräldern ensam, om det inte var uppenbart med hänsyn till barnets bästa att vårdnaden skulle anförtros åt särskilt förordnade förmyndare. Till skillnad från tidigare skulle missbruket eller det lastbara livet, efter 1976 års reform, inte kunna utgöra en självständig grund för att vårdnadensrätten skulle anses förverkad, utan vilken fara det utgjorde för barnet. Beskrivningen ger dock en anvisning om vad lagstiftaren ansåg vara en olämplig förälder. Bestämmelsen gav barnavårdsnämnden rätt att föra en sådan talan, medan den andre föräldern hänvisades till FB 6 kap. 7 § som stadgade att domstolen alltid på begäran av en förälder skulle förordna att vårdnaden skulle tillkomma en av dem ensam, eller i undantagsfall särskilt förordnade förmyndare.⁸⁹ Bestämmelsen i FB 6 kap. 9 § ska alltså vid denna tid förstås mot bakgrund av att vårdnaden normalt tillkom föräldrarna gemensamt under förutsättning att de var gifta och levde tillsammans. Eftersom gemensam vårdnad efter en skilsmässa vid den här tiden byggde på frivillighet kan regeln alltså ses som en möjlighet för myndigheterna att, för barnets säkerhet, trotsa båda föräldrarnas vilja och besluta om ensam vårdnad.

2.1.3 Argument och framträdande intressen

Den argumentation som så småningom fick genomslag i reformen tar sin utgångspunkt i fördelarna med fortsatt gemensam vårdnad för *frånskilda föräldrar*, trots att de allmänna synpunkterna om vårdnad m.m. inleddes med konstaterandet att det främst rests krav om möjlighet till gemensam vårdnad för *ogifta sammanboende* föräldrar.⁹⁰ En hänvisning till förändringarna i synen på äktenskap och äktenskapsskillnad användes som argument för att gemensam vårdnad inte längre skulle vara uteslutet i andra familjekonstellationer. De förbättrade förutsättningarna, som den ändrade synen på äktenskapet ansågs utgöra, framstår som en rationell anledning att förlita sig på att separerade föräldrar skulle klara av ett gemensamt ansvar för barnen.

Jag har redan tidigare framhållit att den ändrade uppfattning om äktenskap och skilsmässa som har utvecklats under en följd av år och kommit till uttryck i 1973 års äktenskapsreform torde ha gett många frånskilda makar bättre förutsättningar att på ett mindre känsloladdat och prestigebetonat sätt se på sina relationer efter skilsmässan inbördes och i förhållande till barnen. Därigenom har föräldrarna också fått ökade möjligheter att ta ett gemensamt rättsligt ansvar för barnen efter äktenskapets upplösning och efter det att de har flyttat i sär.⁹¹

⁸⁸ Räknat från sidan 65, dvs. utan text som utgör propositionens förslag till lagtext.

⁸⁹ Prop. 1975/76:170 s. 182.

⁹⁰ Ibid., s. 141.

⁹¹ Prop. 1975/76:170 s. 142.

Departementschefen uttryckte alltså att det nu fanns bättre förutsättningar för föräldrar att ta ett gemensamt rättsligt ansvar. Underförstått är att gemensamt ansvar alltid varit att föredra, men att problemet tidigare varit att äktenskapsskillnaden inneburit att föräldrarnas relation varit allt för problematiskt för att de skulle klara av det. Gemensam vårdnad efter en äktenskapsskillnad framstår på så sätt nästan som en reparation till ett mer naturligt tillstånd. Trots argumentet om att relationerna numera torde vara mindre känsloladdade, och att förutsättningarna i allmänhet därmed bedöms vara tillräckligt bra för gemensam vårdnad, användes också argumentet om att gemensam vårdnad antas leda till bättre relation mellan de frånskilda föräldrarna.

Vad som har framkommit i den allmänna debatten tyder enligt promemorian på att många föräldrar rent känslomässigt upplever det som viktigt för de inbördes relationerna att modern och fadern har samma rättsliga ställning i förhållande till barnen. Den av föräldrarna som inte har den rättsliga vårdnaden kan uppfatta detta som orättvist, vilket kan skapa onödiga störningar.⁹²

Detta resonemang visar att förändringarna drevs på av vad lagstiftaren uppfattade vara föräldrarnas känslor i förhållande till relationernas rättsliga aspekter. Att hänvisa till den allmänna debatten utan att belägga argumentet med en empiriskt belagd uppgift gör det till ett tydligt värdeargument och i sammanhanget framträder en prognos om att gemensam vårdnad kommer verka positivt på relationen mellan modern och fadern. Prognoser om hur förändringen kommer ge vissa resultat utan att ange empiriskt stöd för det är karakteristiskt för värdeargument. Att en förälder *kan* uppleva orättvisa i och med förlusten av vårdnaden och att det i sin tur *kan* leda till onödiga störningar visar ytterligare hur argumentationen är uppbyggd på antaganden om verkligheten och framtiden. Ett tydligt intresse som värnas i detta argument är rättvisan mellan föräldrarna och deras harmoniska inbördes relation. En stor del av argumentationen för att införa en möjlighet till gemensam vårdnad för frånskilda föräldrar fokuserar på föräldrarnas relation, men budskapen är dubbla.

För egen del vill jag först understryka att en ordning med gemensam vårdnad om barn efter skilsmässa självfallet inte passar alla frånskilda föräldrar. I en del fall kan föräldrarnas inbördes förhållanden vara sådana att de inte gärna kan vara rättsliga vårdnadshavare gemensamt. Man kan emellertid inte bortse från att åtskilliga föräldrar som står i begrepp att skiljas torde se relativt lidelsefritt på sin situation och vara beredda att även i fortsättningen ta ett gemensamt ansvar för barnen. Att föräldrar i dessa fall skall kunna ha möjlighet till fortsatt gemensam vårdnad om barnen finner jag önskvärt.⁹³

Å ena sidan presenteras bilden av att de föräldrar som kommer välja gemensam vårdnad måste förutsättas vilja samarbeta och att möjligheten måste finnas för den stora grupp föräldrar som har en oproblematiske relation.⁹⁴ Å andra sidan framhålls vikten av att erbjuda möjlighet till gemensam vårdnad för föräldrar som annars skulle hamna i svåra känslomässiga och prestigebetonade konflikter i samband med skilsmässan.⁹⁵

⁹² Ibid.

⁹³ Ibid., s. 143.

⁹⁴ Prop. 1975/76:170 s. 143 och 144.

⁹⁵ Ibid., s. 143.

Beaktas bör vidare att det vid många skilsmässor är vårdnadsfrågan som vållar de allvarligaste motsättningarna mellan makarna. Det är också förklarligt att nuvarande regler, som ju innebär att den ena maken alltid måste förlora föräldramyndigheten över ett barn, skapar prestigekonflikter. I många fall torde förhållandena vara sådana att den ena maken förhållandevis lätt kan acceptera att den andre får hand om den faktiska vårdnaden, om han bara själv får stå kvar som rättslig vårdnadshavare jämte den andre.⁹⁶

Argumentet innehåller en rationell aspekt som pekar på den förevarande bestämmelsens begränsning, som undantagslöst ledde till att en av föräldrarna uteslöts ur vårdnaden. Det blandas dock med det mer värdebetonade påståendet om det förklarliga i att det leder till prestigekonflikter. En förälders prestige och berättigade intresse av att utöva rättslig vårdnad över sitt barn var alltså ett skyddsvärt intresse som motiverade möjliggörandet av gemensam vårdnad för frångilda föräldrar. Samtidigt som det känslomässiga nederlaget i att förlora den rättsliga vårdnaden betonades, framhölls det att den faktiska vården om barnet inte nödvändigtvis måste fördelas lika.⁹⁷ Tvärtom var det just förlusten av den rättsliga vårdnaden och föräldramyndigheten över barnet som ansågs drabba en förälder på ett negativt sätt. Den primära och den sekundära omsorgsföräldern tillskrevs också specifika kön genom att den som bara skulle få stå kvar som rättslig vårdnadshavare betecknades ”han”. Modern framställdes alltså som den primära omsorgsföräldern i första hand. Departementschefen påpekade särskilt att en ordning med gemensam rättslig vårdnad inte nödvändigtvis behövde innebära att föräldrarna utövade den *rent faktiska vårdnaden* i lika mån.⁹⁸

Ett av de mer rationella argumenten framhärdade fördelen med två vårdnadshavare ifall den ena skulle dö. Argumentet återkommer från tidigare motioner och bygger både på den rationella aspekten av att ensam vårdnad innebär ett moment för att ordna med vårdnaden ifall vårdnadshavaren dör. Departementschefen poängterade att även en sådan ordning visserligen endast undantagsvis leder till att någon annan än den efterlevande föräldern förordnas till vårdnadshavare, men att det kan innebära en trygghet för föräldrarna ”att veta”.⁹⁹ På så sätt är det också ett värdeargument som målar upp en bild av möjlig ökad trygghet för *föräldrarna*. Styrkan i argumentet är begränsad i och med formuleringen att det *kan* - inte *kommer* eller *skulle* - innebära en trygghet för föräldrarna. Barnen nämns endast i argumentet som objekt för den gemensamma vårdnaden. Den gemensamma vårdnaden framställs som en spelplan där barnen kan användas som föremål i föräldrarnas stridigheter men också som en förutsättning för barnets nära och goda förhållande till båda föräldrarna.¹⁰⁰ Det förra framställs i följande citat som ett möjligt motargument som möts upp av ett påstående som formuleras med en stark övertygelse.

Visserligen kan det i undantagsfall vara bättre för barnen att banden till den ena av föräldrarna definitivt klipps av efter en skilsmässa framför att barnen skall användas som ett vapen i föräldrarnas fortsatta inbördes stridigheter. I de allra flesta situationer måste det emellertid vara till fördel för barnen om de efter skilsmässan

⁹⁶ Ibid., s. 143 f.

⁹⁷ Ibid., s. 142.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Prop. 1975/76:170 s. 143, och s. 142.

kan bevara nära och goda förhållanden till båda föräldrarna. Om en ordning med gemensam rättslig vårdnad kan främja sådana goda förhållanden finns det uppenbarligen skäl att allvarligt pröva införandet av en sådan möjlighet.¹⁰¹

Det möjliga motargumentet mot gemensam vårdnad etableras direkt som en beskrivning av *undantagsfall* då det *kan* vara bättre att banden *klippas av*. Det ger en känsla av att det är ovanliga situationer och genom att använda en passiv formulering av både det oönskade handlandet (används) och det möjligt bättre alternativet (banden klipps) undvek lagstiftaren att peka ut den ansvariga aktören eller aktörerna. Därefter framhölls barnen som aktörer som skulle *kunna bevara* förhållandet. En alternativ formulering skulle vara att det är *en fördel för barnen om båda föräldrarna kan bevara ett nära och gott förhållande till dem*. Vidare kan det tyckas svårt att argumentera mot *nära och goda* förhållanden (gott = gott) och en ordning som kan främja det framstår naturligtvis som värd att pröva. Däremot distanserade sig lagstiftaren från påståendet om att gemensam rättslig vårdnad verkligen leder dit genom att nöja sig med att skriva att *om* det gör det finns det skäl att pröva. Det är alltså ett tydligt värdeargument, som grundar sig på antaganden och prognoser. Genom att etablera en koppling mellan gemensam vårdnad och ett värde som svårligen sägs emot verkar argumentet övertygande. Med samma logik kopplades barns upplevelse av den ena föräldern som en ”utanförstående person”, i det fortsatta resonemanget, till avsaknaden av rättslig vårdnad.¹⁰²

Efter att ha redogjort för de argument som talade för att införa möjligheten till gemensam vårdnad för frånskilda föräldrar konstaterade departementschefen att det därmed blev uppenbart att en liknande möjlighet måste prövas för föräldrar som inte är eller har varit gifta med varandra. Mest självklart ansågs det vara för ogifta sammanboende föräldrar, eftersom familjesituationen var jämförbar med familjer där föräldrarna var gifta.¹⁰³

Även om det praktiskt sett i allmänhet inte torde innebära några egentliga olägenheter att den rättsliga vårdnaden tillkommer endast en av föräldrarna, kan man enligt promemorian inte bortse från att det i många familjer där föräldrarna är ogifta finns ett starkt önskemål att de gemensamt skall få hand om vårdnaden om barnen. Liksom när det gäller frånskilda föräldrar kan ett gemensamt rättsligt ansvar vara ägnat att främja de inbördes relationerna och förhindra onödiga störningar.¹⁰⁴

Lagstiftaren uttalade här alltså att den förevarande ordningen inte medförde några *egentliga olägenheter* i familjer där föräldrarna lever tillsammans utan att vara gifta. Men, som i tidigare argument, lades stor vikt vid föräldrarnas känslor och de önskemål lagstiftaren menade att de hade. Önskemålet gällde att *få hand om vårdnaden* vilket genom den passiva formuleringen osynliggör de aktiva handlingar som vårdnaden innefattar. Gemensamt ansvar beskrivs, nästan likt ett naturfenomen, leda till att relationen mellan föräldrarna främjas och att *störningar* förhindras. Föräldrarna benämns tillsammans och ingen särskiljning görs mellan mammors och pappors önskemål. Eftersom lagstiftningen innebar att mödrar automatiskt fick vårdnaden om barn utom äktenskapet torde de ensamma vårdnadshavarna till en överhängande majoritet varit

¹⁰¹ Ibid., s. 142.

¹⁰² Ibid., s. 143.

¹⁰³ Ibid., s. 144.

¹⁰⁴ Ibid., s. 144.

kvinnor vid den här tiden. Således torde det i första hand varit fäder som var utan vårdnad och upplevde den orättvisa och prestigeförlust som antogs leda till ”onödiga störningar”.

En stark drivkraft för reformen var alltså de känslomässiga och symboliska intressen som lagstiftaren uppfattade att föräldrar som grupp värdesatte. Det motargument som lyftes, gällande svårigheten att hantera en situation då ogifta föräldrar separerar, möttes med ett konstaterande om att situationen då bara skulle bli densamma som när två frånskilda föräldrar hade valt att ha fortsatt gemensam vårdnad. Invändningar om praktiska problem och fördröjda beslut vid gemensamt beslutsfattande mellan särlevande föräldrar möttes med ett resonemang om att inte varje vårdnadsåtgärd beträffande barnet torde kräva samråd. Många beslut antogs kunde fattas av den förälder som var närmast till hands, på samma sätt som det förväntades fungera mellan gifta och samlevande föräldrar.¹⁰⁵ I värsta fall skulle undantagsregeln i FB 6 kap. 5 §, som berättigade den ena föräldern att bestämma vid den andres frånvaro i vissa fall, kunna användas. Bestämmelsen förväntades komma att användas i större omfattning vid införandet av möjligheten till gemensam vårdnad för frånskilda föräldrar.¹⁰⁶

En fördel som lyftes fram särskilt beträffande gemensam vårdnad mellan särlevande föräldrar var att den förälder som inte bodde med barnet antogs få ett större intresse för barnet om *han* hade del i det rättsliga ansvaret.¹⁰⁷ Även här beskrevs alltså pappan som den sekundära omsorgsföräldern. I argumentet framhölls värdet för *föräldrar* trots att det hade varit möjligt att understryka värdet för barnet. Det är ett exempel som visar att barnets intresse av att ha två vårdnadshavare inte hade någon framträdande plats i denna reform. I formuleringarna är det tydligt att den rättsliga vårdnaden i första hand sågs som en tillgång för föräldrarna - en viktig symbolisk rättighet att värna om snarare än en skyldighet i relation till barnet. Detta kan utläsas till exempel av att ord som *förlora* och *förmena* används, samt att det är den som *inte* har vårdnaden om barnet som upplever att det är *orättvist*. Om den rättsliga vårdnaden i första hand hade betraktats som en skyldighet, som ålade vårdnadshavaren någonting betungande, hade andra formuleringar, och ord med andra konnotationer, sannolikt använts i stället.

Vissa remissinstanser hade förordat en mer drastisk förändring innebärande att gemensam vårdnad skulle kunna komma i fråga även om bara den ena föräldern önskade det. Departementschefen menade dock att föräldrarnas inställning var ett viktigt villkor för att arrangemanget skulle fungera som man önskade. För den förälder som inte ansåg sig kunna upprätthålla de nära kontakter som gemensam vårdnad förutsätter skulle uppgiften bli allt för betungande, menade departementschefen. Att var och en av föräldrarna skulle ha möjlighet att relativt snabbt begära, och få igenom, ensam vårdnad om den gemensamma inte fungerade, skapade en säkerhetsventil och användes också som argument för att visa att det var riskfritt att pröva den föreslagna ordningen.¹⁰⁸ Samhällets hjälp skulle dock behövas för att stötta föräldrar att hitta lösningar på uppkomna problem och reda ut de ekonomiska frågorna samt frågan om den faktiska omsorgen om barnet.¹⁰⁹ Den tydligt värdebaserade argumentationen visar att

¹⁰⁵ Ibid., s. 144 och 146.

¹⁰⁶ Ibid., s. 144, FB, ändringslag SFS 1976:612, 6 kap. 5 §, bestämmelsen motsvarar den bestämmelse som idag finns i FB 6 kap. 13 § 2 st.

¹⁰⁷ Prop. 1975/76:170 s. 145.

¹⁰⁸ Ibid., s. 146.

¹⁰⁹ Ibid., s. 152 f.

reformen var sprungen ur en politisk vilja som krävde argument som övertygande om värdet i det resultat man förväntade sig. För att skapa tyngd användes också vissa argument som hade en mer rationell prägel, men de framstår närmast som komplement för att visa att förändringen är ofarlig snarare än att den är nödvändig.

2.1.4 Förändrade maktpositioner

De kraftkänslor som förmedlades genom argumenten bygger dels på att känslor av att vara förfördelad genom att förlora den rättsliga vårdnaden om sitt barn är berättigade. Lagstiftaren gav stöd för sådana känslors rättmätighet genom att betona betydelsen av den harmoniska relationen mellan de separerade föräldrarna och deras jämbördiga rättsliga ställning i förhållande till barnen, oberoende av hur den faktiska omsorgen om barnen organiserades. Barnet framstår som resursen medan föräldrarna tycks ha ett berättigat behov. En sådan kraftkänsla hade vid denna tid främst en handlingsdirigerande effekt med betydelse i relationen mellan föräldrarna genom att skapa förväntningar om gemensam vårdnad för att bekräfta eller åstadkomma en god stämning och ömsesidigt erkännande. Genom att möjliggöra det, med argument som rättvisa, jämlikhet och goda relationer, kan ett visst tryck tänkas ha uppstått. Utifrån det perspektiv var det den sekundära omsorgsföräldern, som genom den tidigare lagstiftningen hade blivit utan vårdnad, som fick kraft att hävda sin rätt till del i vårdnaden. I och med möjligheten till gemensam vårdnad, och lagstiftarens legitimerande av känslan av otillfredsställda behov, fanns det nu fog för den sekundära omsorgsföräldern att framhärda sin rätt och fortsatta förbindelse till barnet och den primära omsorgsföräldern.

Den andra kraftkänslan som förmedlades alltså, och som hade större betydelse i ett rättsligt sammanhang, emanerade från bestämmelsen om att den gemensamma vårdnaden helt byggde på frivillighet. Det innebar att domstolen i en tvist fortfarande skulle anförtro vårdnaden till den förälder som den fann skäligt med hänsyn till barnets bästa. Denna aspekt av bestämmelserna gav kraft åt den primära omsorgsföräldern. Eftersom den rättsliga vårdnaden, åtminstone som utgångspunkt, ansågs samhöra med den faktiska vårdnaden torde den kunna förvänta sig gehör hos domstolen om den önskade få den gemensamma vårdnaden upplöst.¹¹⁰ Den kraftkänslan kan antas ha bidragit till ett övertag även i informella förhandlingar med den sekundära omsorgsföräldern eftersom den gemensamma vårdnaden var villkorad. Om den sekundära omsorgsföräldern inte förhöll sig till den primära omsorgsförälderns vilja låg hotet om att förlora vårdnaden nära. Eftersom konflikter mellan två vårdnadshavare skulle avgöras genom domstolens beslut om vem av dem som framgent skulle anförtros vårdnaden ensam kan man säga att domstolen hade rollen som ”tredje part” i konflikten. Domstolen skulle, baserat på sin maktposition, och vissa mindre detaljerade regler, avgöra tvisten. I den mån reglerna var ospecifika lämnades ett utrymme för godtycke. Efter att domstolen anförtrott den ena föräldern vårdnaden hade den föräldern en maktposition att hantera konflikter mellan olika behov och intressen som uppstod mellan föräldrarna och barnet. Även då fanns ett utrymme för godtycke, som visserligen begränsades av vetskapen om reglerna som innebar att den andre föräldern alltid hade möjlighet att väcka talan igen och visa att det var bättre för barnet att den fick vårdnaden ensam.¹¹¹

¹¹⁰ Se t.ex. prop. 1975/76:170 s. 142.

¹¹¹ FB, ändringslag SFS 1976:612, 6 kap. 8 §.

2.1.5 Sammanfattning av 1976 års reform

Sammantaget präglas denna reform av värdebaserade argument, en rättspolitisk strävan efter jämställdhet mellan kvinnor och män, individuell frihet att bestämma samlevnadsform och visionen om oproblematiske separationer. Argumenten för gemensam vårdnad byggde genomgående på föreställningen om ett gott förhållande mellan föräldrarna, både om de var samlevande eller om de levde isär, och oberoende av om de var eller hade varit gifta med varandra. Samtidigt förväntades den gemensamma vårdnaden också leda till just goda relationer. En bild av att motsättningar och konflikter var vanligt förekommande i samband med skilsmässor framträder och vårdnadsfrågan framställdes som en starkt bidragande faktor.

Frivillighet var kärnan i argumenten eftersom föräldrarnas upplevelse både var målet och medlet. Föräldrarnas relation var alltså avgörande. För de fall de inte kunde enas hade den förälder som domstolen bedömde bäst kunna tillgodose barnets faktiska (om än odefinierade) behov ett överläge i en tvist. Barnets behov i relation till föräldrarna var vid denna tid inte närmare definierat men vårdnadshavaren skulle sörja för barnets person, ge det sorgfälligt uppfostran och säkerställa att det fick adekvat försörjning och utbildning. Genom att risken att förlora vårdnaden var större för den förälder som i lägre utsträckning antogs tillse dessa uppgifter kan man säga att föräldrarna motiverades att tillgodose barnets behov och intressen. En sekundär omsorgsförälder kunde också känna sig manad att tillmötesgå den primära omsorgsförälderns behov och intressen i den mån den hade ett intresse av att behålla del i vårdnaden. Maktens spänningsfält kretsade kring uppfattningen av vem av föräldrarna som skulle komma att bedömas mest positivt av domstolen.

Många av argumenten i propositionen går att känna igen från tidigare resonemang från de som förordat möjlighet till gemensam vårdnad vilket visar att reformen byggts upp under lång tid och genom successivt förändrade värderingar i samhället. Argumenten förmedlar främst en bild av vårdnadshavarskapet som en förmån som härrör ur de biologiska banden. Status som förälder förknippades med befogenheter, vilket förutsatte rättslig vårdnad. Argumenten som framhärdade individualitet och rätt att välja samlevnadsform, eller separation, utan att för den delen förlora rättigheter, anspelade på en modern och progressiv världsbild. Samtidigt som äktenskapsskillnad, enligt resonemanget, hade blivit mindre känsloladdat tycks fokus istället ha hamnat på den rättsliga relationen till barnen. Jämlikhet förknippades med rättvisa mellan könen, vilket sågs som lika med formell rättvisa mellan föräldrar. Rättvisa som styrande intresse syftade i denna reform främst till att väga upp den sekundära omsorgsförälderns position som upplevdes åsidosatt.

Argumentationen gav dock få exempel på ett särskiljande mellan föräldrarna eller att de ställdes mot varandra. I stället benämndes de nästan genomgående tillsammans, som *föräldrarna*. Det framställdes som att reformens genomförande låg i *föräldrars gemensamma* intresse och inte i den ena förälderns intresse framför den andres. Ändå framhölls kampen mellan föräldrarna, prestige och orättvisa som en viktig del av bakgrunden till reformen. Det leder, enligt min mening, till den logiska slutsatsen att en förälder, i det enskilda fallet, torde ha större intresse än den andra av att möjligheten till gemensam vårdnad infördes. Ur samhällets perspektiv kan det ha funnits ett generellt intresse av att minska konflikter och därmed gå missnöjda föräldrar till mötes. Genom analysen av argumenten och de förändrade maktpositionerna kan vi se att den sekundära omsorgsförälderns intresse av att, även efter en skilsmässa, behålla del i

vårdnaden värnades genom reformen. När argumentationen de lege ferenda omvandlades till tolkningsunderlag för de lege lata frammanas illusionen om att rättslig vårdnad om ett barn är en i grunden naturlig del av föräldraskapet. Trots att det genom denna reform inte alls framställdes som en ovillkorad del, framstår det som en naturgiven utgångspunkt som genom den förändrade synen på äktenskap hade äventyrats. Om äktenskapet och kärnfamiljen inte fortfarande hade varit mallen mot vilken övriga samlevnadsformer jämfördes, hade argumentationen antagligen inte sett likadan ut. Det hade då till exempel kunnat vara relevant att argumentera för i vilken mån genetiska och sociala band skapade förpliktelser och privilegier och hur dessa förpliktelser och privilegier förhåller sig till varandra.

2.2 Proposition 1981/82:168 Om vårdnad och umgänge m. m.

2.2.1 Förhållanden inför reformen

1977 hade regeringen förordnat om en utredning som skulle undersöka om och hur barns intressen och behov bättre kunde tillgodoses inom ramen för lagstiftning som särskilt tog sikte på barnens rätt. Utredningen utmynnade i tre delbetänkanden varav SOU 1979:63 var det andra.¹¹² Det första betänkandet, SOU 1978:10, hade lett till agaförbudet och var slutet på en rättsutveckling som hade inneburit att samhället alltmer hade ställt sig avvisande till aga som uppfostringsmedel.¹¹³ Bestämmelsen som angav att barn inte får utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling placerades tillsammans med den bestämmelse som stadgade föräldrarnas uppgift att utöva erforderlig uppsikt över barnet med hänsyn till dess ålder och övriga omständigheter.¹¹⁴ Sedan 1966 fanns ingen bestämmelse i föräldrabalken som berättigade föräldrar att använda kroppsliga bestraffningar mot sina barn, men handgripliga tillrättavisningar som inte nådde upp till brottsbalkens definition av misshandel antogs ändå uppfattas som rättfärdigat av många föräldrar.¹¹⁵ Att placera agaförbudet tillsammans med bestämmelsen om föräldrarnas uppsikt över barnet var därför naturligt. Förbudet utgjorde ett första steg mot vad lagstiftaren redan vid tiden för dess införande förväntade sig utvecklas till än tydligare ställningstaganden kring förväntningar på vårdnadshavares fysiska och psykiska omvårdnad om sina barn.¹¹⁶

Efterföljande betänkande, SOU 1979:63, lade sedan fram förslag om genomgripande förändringar i föräldrabalken i syfte att *stärka barns ställning*.¹¹⁷ Förändringsförslagen utgick från den allmänna utgångspunkten att barns ställning skulle stärkas genom att lagen i högre grad än tidigare skulle markera barns behov och den hänsyn som borde tas till dem.¹¹⁸ Betänkandet listade bland annat nio punkter som ansågs utgöra några av barns grundläggande behov.¹¹⁹ Listan avsåg inte att täcka alla behov som barn kan ha utan tvärtom förtydligades att andra, kanske minst lika viktiga, behov kan finnas. Behoven ansågs i första hand vara sådana som föräldrarna bör tillgodose, men man uttalade också att företrädare för samhället måste ta

¹¹² Utredningen utmynnade i SOU 1978:10 Barnets rätt 1: om förbud mot aga, SOU 1979:63 Barnets rätt 2: om föräldraansvar m.m. och SOU 1987:7 Barnets rätt 3: om barn i vårdnadstvister – talerätt för barn m.m..

¹¹³ Prop. 1978/79:67, s. 6.

¹¹⁴ FB, ändringslag SFS 1979:122, 6 kap. 3 § 1-2 st.

¹¹⁵ Prop. 1978/79:67 s. 5.

¹¹⁶ Ibid., s. 6.

¹¹⁷ SOU 1979:63 s. 13.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Ibid., s. 56.

hänsyn till de uppräknade behoven vid sina överväganden och beslut.¹²⁰ I anslutning till de listade behoven förtydligas att utredarnas användning av begreppet *föräldrar* avsåg både biologiska, adoptiv- och fosterföräldrar samt andra som annars ”varaktigt har barn i sin vård”.¹²¹

- Barn behöver omvårdnad och skydd.
- Barn behöver människor som de kan ta emot kärlek av och ge kärlek till.
- Barn behöver ett stabilt och varaktigt förhållande till föräldrar.
- Barn behöver utvecklas i en miljö som tillgodoser dess behov av stimulans.
- Barn behöver föräldrars hjälp med att sätta gränser för sitt handlande.
- Barn måste få känna att de behövs och att de får ta ansvar.
- Barn behöver få påverka sin situation.
- Barn behöver efter hand frigöra sig från sitt beroende av föräldrarna.
- Barn har behov av samhörighet med båda föräldrarna även om dessa är i konflikt med varandra.¹²²

Det kan noteras att *föräldrar* står i obestämd form bortsett från i sista punkten och att de inte i någon punkt definierades med hjälp av det possessiva pronomenet ”sina”. Det kan antas vara avsett att stärka den breda definitionen av begreppet föräldrar.

1978 trycktes föräldrabalken om och orden ”ansökan” i FB 6 kap. 7 och 8 §§ och ”anmälan” i FB 6 kap. 9 § byttes ut mot ”talan”. FB 6 kap. 12 § ändrades och en ny paragraf, 10 a §, infördes i FB 6 kap. I övriga kapitel gjordes också vissa ändringar.¹²³ De nämnda ändringarna trädde i kraft 1 januari 1979.¹²⁴ Det huvudsakliga syftet med förändringarna var att minska underhållsbördan för underhållsskyldiga med svag ekonomi. För att gemensam vårdnad i praktiken inte skulle förbehållas ekonomiskt oberoende föräldrar infördes rätt till underhållsbidrag och bidragsförskott även för föräldrar med gemensam vårdnad men då båda inte bodde varaktigt med barnet.¹²⁵

Socialtjänstlagen trädde i kraft 1 januari 1982 och en helhetssyn på sociala problem skulle prägla det sociala arbetet som skulle utföras på demokratins och solidaritetens grund.¹²⁶ Ett viktigt inslag var socialnämndens uppdrag att särskilt verka för att barn och unga skulle växa upp under trygga och goda förhållanden.¹²⁷ I samband med att socialtjänstlagen ersatte flera så kallade vårdlagar, bland annat barnavårdslagen, infördes också en särskild lag med bestämmelser om behövlig vård av barn och unga som inte kunde ges med samtycke från barnet eller föräldrarna.¹²⁸ Lag med särskilda bestämmelser om vård av unga trädde i kraft 1 januari 1983.¹²⁹

¹²⁰ Ibid., s. 58.

¹²¹ Ibid., s. 55.

¹²² Ibid., s. 56.

¹²³ Se FB, ändringslag SFS 1978:853, 6 kap. 10 a § om rättens möjlighet att på talan av föräldrarna överföra vårdnaden till dem från särskilt förordnade vårdnadshavare och 6 kap. 12 § om rättens behörighet och handläggning m.m..

¹²⁴ FB, ändringslag SFS 1978:853.

¹²⁵ Prop. 1978/79:12 s. 2.

¹²⁶ ÄSoL SFS 1980:620 och prop. 1979/80:1 s. 1.

¹²⁷ Prop. 1979/80:1 s. 2.

¹²⁸ Ibid., s. 86.

¹²⁹ ÄLVU SFS 1980:621.

2.2.2 Reformens innebörd och syfte

Den 15 februari 1983 utfärdades lag (1983:47) om ändring i föräldrabalken som kom att träda i kraft den 1 juli 1983. Även denna reform var omfattande och i föräldrabalkens sjätte kapitel gjordes flera ändringar. Reglerna som rörde domstolens beslut i vårdnadsfrågan i en tvist mellan föräldrar flyttades från FB 6 kap. 7 § till FB 6 kap. 5 §. Den regel som stadgade vilken effekt en äktenskapsskillnad fick för vårdnaden om gemensamma barn flyttades till FB 6 kap. 3 §.

I kraft 1 januari 1977 [1 januari 1979]. ¹³⁰	I kraft 1 juli 1983. ¹³¹
FB 6 kap. 7 §	FB 6 kap. 5 §
<p>Stå barn under vårdnad av bägge föräldrarna och vilja föräldrarna eller en av dem att vårdnaden icke längre skall tillkomma dem gemensamt, har rätten på ansökan [talan] av endera att förordna vem av dem som skall ha vårdnaden om barnen eller, om ej alla barnen böra stå under den enes vårdnad, hur de skola fördelas mellan föräldrarna. <i>Äro föräldrarna ense, skall rätten besluta i överensstämmelse med vad de önska, om det ej är uppenbart stridande mot barnens</i></p> <p><i>bästa.</i> I annat fall beslutar rätten efter vad som finnes skäligt med hänsyn till barnens bästa. <i>Finnes med hänsyn till barnens bästa uppenbart att ingendera av föräldrarna bör utöva vårdnaden, skall denna anförtros åt särskilt förordnad förmyndare.</i></p> <p>Dömes till äktenskapsskillnad mellan föräldrarna, <i>skall rätten tillika förordna angående vårdnaden om barnen. Härvid äger första stycket motsvarande tillämpning. Äro föräldrarna ense om att vårdnaden skall tillkomma dem gemensamt, skall dock rätten besluta i överensstämmelse därmed, om det ej är uppenbart stridande mot barnens bästa.</i></p>	<p>Står barnet under vårdnad av båda föräldrarna och vill någon av dem att vårdnaden inte längre skall vara gemensam, skall rätten på talan av en av dem eller båda anförtro vårdnaden om barnet åt en av föräldrarna efter vad som är bäst för barnet. Rätten kan också i mål om äktenskapsskillnad utan yrkande förordna om vårdnaden enligt vad som nu har sagts, om gemensam vårdnad är uppenbart oförenlig med barnets bästa.</p> <p>6 kap. 3 § 2 st</p> <p>Om det döms till äktenskapsskillnad mellan föräldrarna <i>står barnet även därefter under båda föräldrarnas vårdnad, om inte den gemensamma vårdnaden upplöses enligt 5, 7 eller 8 §. Skall barnet även efter domen på äktenskapsskillnad stå under båda föräldrarnas vårdnad, skall rätten i domen erinra om att vårdnaden alltjämt är gemensam.</i></p>

Med stöd av proposition 1981/82:168 gjordes omfattande förändringar i föräldrabalken 6 kap. Reglerna som tidigare funnits i FB 6 kap. 7 § delades upp och flyttades till FB 6 kap. 5 § och 3

¹³⁰ FB, ändringslag SFS 1976:612, omtryckt med samma innebörd i FB, ändringslag SFS 1978:853.

¹³¹ FB, ändringslag SFS 1983:47.

§ 2 st. Förändringen innebar dels att den gemensamma vårdnaden inte längre som utgångspunkt löstes upp i och med äktenskapsskillnad. Om någon av föräldrarna, med stöd av 6 kap. 5 §, yrkade att den gemensamma vårdnaden skulle upplösas skulle domstolen, precis som förut, anförtro vårdnaden till en av föräldrarna ensam, baserat på vad som bedömdes vara bäst för barnet. Utan särskilt yrkande skulle rätten också i samband med äktenskapsskillnad förordna om vårdnaden åt en av föräldrarna ensam, om gemensam vårdnad var uppenbart oförenlig med barnets bästa.¹³² Socialnämnden hade, liksom barnavårdsnämnden tidigare, också talerätt i vårdnadsfrågan.¹³³ I ett mål om äktenskapsskillnad, eller i ett mål om vårdnaden enligt FB 6 kap. 5 §, kunde rätten självmant förordna att vårdnaden skulle flyttas över till en eller två särskilt förordnade vårdnadshavare, om båda föräldrarna var olämpliga som vårdnadshavare. Det gjordes då med stöd av FB 6 kap. 7 § som även reglerade socialnämndens talerätt.¹³⁴

Möjligheten för ogifta föräldrar att, vid enighet, få till stånd gemensam vårdnad förenklades genom att en anmälan om det till pastorsämbetet räckte, i stället för att som tidigare förutsätta en ansökan till rätten.¹³⁵ Om ett förordnande däremot hade meddelats angående vårdnaden tidigare behövde föräldrarna väcka talan gemensamt hos domstol och domstolen skulle då, förutsatt att det inte var uppenbart oförenligt med barnets bästa, besluta att vårdnaden skulle tillkomma dem gemensamt.¹³⁶

I enlighet med utredningens fokus på barns behov och rätt infördes en inledande bestämmelse i föräldrabalkens sjätte kapitel som skulle ge uttryck för de grundläggande behov som barn ansågs ha rätt att få tillgodosedda av, i först hand, sina föräldrar.¹³⁷ Vårdnadshavarnas rätt och skyldighet att bestämma i frågor som rör barnets personliga angelägenheter stadgades i en uttrycklig bestämmelse. Regeln kompletterades med en skyldighet för vårdnadshavaren att, i takt med barnets stigande ålder och mognad, ta allt större hänsyn till barnets synpunkter och önskemål.¹³⁸ Ingen av dessa regler innehöll någon tydlig rättsföljd utan var i första hand avsedda att ge föräldrar *vägledning* i sin uppfostran av barnen, men förväntades också kunna få betydelse i en tvist mellan föräldrarna.¹³⁹

Ett viktigt syfte med de nya reglerna som föreslogs i 1981 års proposition var ”att stärka barns rättsliga ställning”.¹⁴⁰ I ingressen till propositionen uttrycks att en ökad användning av gemensam vårdnad skulle främjas. En av utgångspunkterna var också att barn har behov av *goda kontakter* även med *en förälder som inte är vårdnadshavare*.¹⁴¹ Umgängesrätten, som tidigare varit formulerad som en rätt för en förälder att umgås med sitt barn formulerades nu om för att vara en rättighet för barnet.¹⁴² Vikten av att föräldrar i så stor utsträckning som

¹³² FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 5 §.

¹³³ FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 7 § vid en förälders försumliga utövande av vårdnaden och 8 § om barnet stadigvarande vårdats och fostrats i ett annat hem.

¹³⁴ Prop. 1981/82:168 s. 69.

¹³⁵ FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 4 § 2 st.

¹³⁶ FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 4 § 1 st.

¹³⁷ FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 1 § och prop. 1981/82:168 s. 22.

¹³⁸ FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 11 §.

¹³⁹ Prop. 1981/82:168 s. 22.

¹⁴⁰ Ibid., s. 1.

¹⁴¹ Prop. 1981/82:168 s. 1.

¹⁴² Jmf FB, ändringslag SFS 1976:612, 6 kap. 11 § och FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 15 §, prop. 1981/82:168 s. 7.

möjligt i samförstånd skulle kunna hitta lösningar på motsättningar i frågor om vårdnad och umgänge poängterades. Samarbetssamtal hade med framgång börjat bedrivas på försök i vissa kommuner men att införa en skyldighet för kommunerna att erbjuda samarbetssamtal ansågs föra för långt i statens styrning av kommunens verksamhet. Målet som uttrycktes i propositionen var att ”få föräldrarna att nå sådana samförstånds lösningar i fråga om barnen som gagnar samtliga inblandade parter”.¹⁴³ En hänvisning till socialtjänstlagen med en erinran om stöd och hjälp som barn och vårdnadshavare hade möjlighet att få från socialnämnderna infördes i FB 6 kap. 14 §.

Förändringen i förädrabalken innebar också en viss utvidgning av socialnämndens möjlighet att föra talan om ändring i vårdnaden jämfört med barnavårdsnämndens tidigare talerätt. Från att ha omfattat situationer då en förälder ”grovt missbrukar eller grovt försummar vårdnaden om sitt barn eller annars utövar vårdnaden på ett sätt som innebär en fara för barnets utveckling” ändrades formuleringen till att gälla situationer då ”en förälder vid utövandet av vårdnaden om ett barn gör sig skyldig till missbruk eller försummelse eller i övrigt brister i omsorgen om barnet på ett sätt som medför bestående fara för barnets hälsa eller utveckling”.¹⁴⁴ Skillnaden var alltså att ordet *grovt* togs bort men att situationen behövde bedömas innebära en *bestående* fara för barnets hälsa eller utveckling för att en vårdnadsöverflytt skulle aktualiseras. Ändring i vårdnaden kunde innebära att vårdnaden anförtroddes den ena föräldern ensam efter att ha tillkommit föräldrarna gemensamt, att den flyttades från den ena föräldern till den andre eller från den ena eller båda föräldrarna till särskilt förordnade förmyndare.¹⁴⁵ I propositionen återgavs utredningens uttalande om att syftet med ändringen var att skapa större möjligheter än förut att ta ifrån en olämplig förälder den juridiska vårdnaden om barn. Departementschefen var dock noga med att påtala att ett ingripande enligt LVU i de flesta fall borde vara tillräckligt för att skydda barnet från en förälder som missbrukar sitt ansvar som vårdnadshavare.¹⁴⁶ Han framhöll att det var angeläget att alla ansträngningar gjordes för att hitta lämpliga lösningar i samförstånd med föräldrarna och barnet när det uppkommit problem i *familjen*.¹⁴⁷ Departementschefen tycktes alltså föreställa sig en situation där problemen existerade i familjen som helhet och en tydligare ansvarsfördelning mellan föräldrarna inte skulle avhjälpa problemen på ett sätt som blev mindre ingripande för barnet än en placering utanför familjen. I ÄLVU 1 §, (som i nya LVU motsvaras av 2 §) går också att läsa att lagen är tillämplig om ett förhållande i *hemmet* medför fara för barnets hälsa eller utveckling.¹⁴⁸ Vid denna tid var utgångspunkten, som jag tidigare visat, att barn bodde och fick sin huvudsakliga omsorg hos en av föräldrarna, om de inte bodde tillsammans. Om den primära omsorgsföräldern såg brister i den andre förälderns förmåga att tillgodose barnets behov fanns möjligheten för den att själv begära ensam vårdnad. I den mån den bristfälliga föräldern, med den andre vårdnadshavarens insikt, svarade för en betydande del av den faktiska vården skulle båda kunna anses ha underlåtit att tillgodose barnets behov. Trots att regeln möjliggjorde en vårdnadsöverflytt mellan föräldrarna framstår det alltså, mot bakgrund av departementschefens resonemang och övrig

¹⁴³ Prop. 1981/82:168 s. 47 f.

¹⁴⁴ Se FB, ändringslag SFS 1976:612, [SFS 1978:853], 6 kap. 9 § och FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 7 §.

¹⁴⁵ FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 7 §.

¹⁴⁶ Prop. 1981/82:168 s. 37.

¹⁴⁷ Ibid., s. 68.

¹⁴⁸ ÄLVU, SFS 1980:621, 1 §.

lagstiftning, inte som att den var tänkt att användas för att utesluta den sekundära omsorgsföräldern ur vårdnaden. I propositionen angavs att socialnämndens initiativ till förändring i vårdnaden inte nödvändigtvis behövde förutsätta att ett beslut om vård enligt LVU har meddelats, men att det torde vara ett undantag att bestämmelsen annars skulle aktualiseras.¹⁴⁹

2.2.2.1 Domstolens beslutsutrymme

En äktenskapsskillnad föranledde alltså inte per automatik längre en ändring i vårdnaden.¹⁵⁰ I specialmotiveringen till FB 6 kap. 3 § angavs att det kunde vara lämpligt att domstolen underrättade socialnämnden om att en skilsmässa mellan föräldrar var förestående och att ingen av parterna hade begärt att ensam få utöva vårdnaden, om så var fallet. På så sätt möjliggjordes för socialnämnden att lämna eventuella upplysningar till domstolen som innebar att gemensam vårdnad kunde antas vara uppenbart oförenligt med barnets bästa.¹⁵¹ I samband med äktenskapsskillnad var alltså domstolens beslutsutrymme litet, eftersom en förändring av vårdnaden som utgångspunkt inte alls var aktuell. Om någon av föräldrarna i samband med äktenskapsskillnad, eller annars, ville få den gemensam vårdnaden upplöst var domstolen däremot fortfarande tvungen att avgöra vem av föräldrarna som skulle anförtros vårdnaden.¹⁵²

I FB 6 kap. 6 § reglerades numera förutsättningarna för att vårdnaden skulle föras över från den ena föräldern ensam till den andre. Det förutsatte, liksom tidigare, att den andre föräldern ville få vårdnaden överförd till sig och ansökan skulle ges in av den föräldern eller av båda tillsammans. Domstolen kunde alltså inte, med stöd av denna regel, föra över vårdnaden på en förälder som inte ville ha den. Även om den ursprungliga vårdnadshavaren var direkt olämplig kunde en sekundär omsorgsförälder i princip känna sig förvissad om att inte, mot sin vilja, utses till vårdnadshavare. Vid dess ointresse ansågs det nämligen att det kunde vara lämpligare att föra över vårdnaden på en särskilt förordnad förmyndare.¹⁵³

I och med att gemensam vårdnad skulle fortsätta automatiskt utan särskilt beslut efter äktenskapsskillnad, och för många föräldrar enkelt kunde fås genom registrering, avlastades domstolen.¹⁵⁴ I de fall som föräldrar i enighet vände sig till rätten skulle deras överenskommelse, som utgångspunkt, godkännas. Mer omfattande utredningsåtgärder ansågs endast behövas om någonting gav särskild anledning till det eller om någon av föräldrarna ville ha ensam vårdnad men föräldrarna inte var ense om vem av dem som därmed skulle utöva vårdnaden.¹⁵⁵

2.2.2.2 Grunder för bedömning vid val av vårdnadshavare

Den bestämmelse som tidigare uttryckligen medgav att domstolen skulle besluta i enlighet med föräldrarnas önskemål togs bort, för att betona att barnets bästa hade företräde framför föräldrarnas överenskommelse.¹⁵⁶ Men om föräldrarna var överens om vem av dem som skulle

¹⁴⁹ Prop. 1981/82:168 s. 68.

¹⁵⁰ FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 3 § 2 st.

¹⁵¹ Prop. 1981/82:168 s. 62 f.

¹⁵² FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 5 §.

¹⁵³ FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 7 § 3 st. och prop. 1981/82:168 s. 69

¹⁵⁴ Prop. 1981/82:168 s. 58.

¹⁵⁵ Ibid., s. 65.

¹⁵⁶ Ibid., s. 34 f.

utöva vårdnaden ensam ansågs det *ligga i sakens natur* att den lösningen i allmänhet kunde antas vara bäst för barnet.¹⁵⁷ Men det sågs inte som uteslutet att en överenskommelse mellan föräldrarna baserades på andra faktorer än hänsyn till barnets intressen, till exempel ekonomiska överväganden eller rättvisa mellan föräldrarna.¹⁵⁸

När domstolen i en tvist mellan föräldrarna skulle besluta om vem av föräldrarna som skulle anförtros vårdnaden ensam skulle det baseras på vad som är bäst för barnet. Regeringens ursprungliga förslag på lydelse var: ”[...] åt den av föräldrarna som är lämpligast som vårdnadshavare”.¹⁵⁹ Lagrådets framhöll dock att förslaget, som skiljde sig från motsvarande bestämmelses föregående formulering, kunde uppfattas som att domstolen skulle jämföra föräldrarnas personliga egenskaper vilket lagrådet inte antog var syftet.¹⁶⁰ Det som skulle vara avgörande var barnets bästa, och i det inverkar också andra faktorer än föräldrarnas egenskaper, menade lagrådet som fick gehör för sin synpunkt. Vidare framhöll lagrådet att en formulering som tog sikte på föräldrarnas lämplighet föranledde en jämförelse som kunde kännas nedsättande för den förälder som bedömdes mindre lämplig än den andre.¹⁶¹ Det reflekterar en hänsynsfullhet gentemot föräldrarnas upplevelse av att bli bedömda vilket tyder på att lagrådet såg vårdnadshavarskapet som nära kopplat till föräldrarnas personlig identitet mer än som en grannliga uppgift. Samtidigt skulle flera faktorer vägas in för att garantera det för barnet bästa utfallet. Gällande den situation då domstolen stod inför bedömningen av om vårdnaden skulle flyttas från den ena föräldern till den andre ansågs det än mer angeläget att inte endast se till föräldrarnas jämförbara lämplighet, eftersom en överflyttning i sig torde inverka på förhållandet för barnet.¹⁶² En viss övervikt fanns då alltså mot ett beslut om att låta vårdnaden kvarstå hos den förälder som redan hade vårdnaden.

Den nya bestämmelsen som samlade barnets grundläggande behov, och placerades i inledningen av föräldrabalkens sjätte kapitel, angav att barn har rätt till omvårdnad, trygghet och en god fostran samt att det skall behandlas med aktning för sin person och egenart och får inte utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling. Agaförbudet, som trätt i kraft 1 juli 1979, placerades alltså nu tillsammans med de övriga grundläggande rättigheter som barnets vårdnadshavare, enligt efterföljande paragraf, skulle se till att barnet fick tillgodosedda.¹⁶³ Ansvar för innebar dock inte att vårdnadshavaren personligen var tvungen att tillgodose behoven, vilket går att utläsa ur den passiva formulering som regeln ger uttryck för.¹⁶⁴ Uppräkningen i FB 6 kap. 1 § skulle dock ge vårdnadshavare vägledning i sin uppfostran av barnen men tänktes också få betydelse som bedömningsgrund vid domstolens beslut vid val av vårdnadshavare vid en tvist.¹⁶⁵ Vidare nämndes vikten av föräldrarnas förmåga att förstå barnets känslor, sätta gränser och fostra barnet till en självständig individ. Även sådana bedömningar, samt barnets yttre miljö och dagliga kontakter skulle inverka på valet av

¹⁵⁷ Ibid., s. 36 och s. 65.

¹⁵⁸ Ibid., s. 34 f.

¹⁵⁹ Ibid., s. 64.

¹⁶⁰ Ibid., s. 88.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Prop. 1981/82:168 s. 89.

¹⁶³ FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 1 och 2 §§.

¹⁶⁴ Vårdnadshavaren ska enligt FB 6 kap. 2 § ”se till att barnets behov enligt 1 § blir tillgodosedda”. Se även prop. 1975/76:170 s. 76 ang vårdnadshavares möjlighet att ”lämna barnet till annan för den rent faktiska vården”.

¹⁶⁵ Prop. 1981/82:168 s. 22.

vårdnadshavare.¹⁶⁶ Sådana faktorer kan till stor del räknas in i vad som kan sammanfattas som den faktiska omsorgen om barnet och den primära omsorgsföräldern torde därmed ha fått en fördelaktig position i en tvist.

Vad som avsågs med en olämplig förälder, som skulle kunna fråntas vårdnaden genom socialnämndens talerätt, beskrevs mest utförligt i själva lagtexten; ”en förälder som vid utövandet av vårdnaden om ett barn gör sig skyldig till missbruk eller försummelse eller i övrigt brister i omsorgen om barnet på ett sätt som medför bestående fara för barnets hälsa eller utveckling.”¹⁶⁷ Departementschefen påpekade att en sådan åtgärd i praktiken torde aktualiseras först efter att frivilliga insatser eller vård enligt LVU hade prövats och om en återförening med föräldrarna inte kunde komma till stånd trots omfattande insatser.¹⁶⁸ Därmed lämnades den vidare bedömningen av en förälders olämplighet till socialnämnden och den lagstiftningen som reglerade dess insatser. Departementschefen påpekade dock också att beslut om vård enligt LVU i och för sig inte skulle ses som en nödvändig förutsättning för att tillämpa föräldrabalkens bestämmelse men angav inte heller några självständiga bedömningsgrunder.¹⁶⁹ I författningskommentaren framgår att en vårdnadsöverflytt endast borde ske om ”det finns någon annan, lämplig person som är villig att utöva vårdnaden och som barnet har ett så gott förhållande till att barnet självt kan eller rimligen bör acceptera denne som vårdnadshavare”.¹⁷⁰ Därefter följer slutsatsen att ett sådant beslut om att omedelbart skilja en förälder från vårdnaden i allmänhet endast skulle kunna meddelas ”om den andra föräldern är lämplig att ensam ta över ansvaret för barnet”.¹⁷¹ Formuleringen att *den andra föräldern* skulle *ta över* antyder att lagstiftaren i första hand tänkte sig att den lite ovanliga situationen innebar att den sekundära omsorgsföräldern skulle bli den primära. Regeln var, utifrån den tolkningen tillsammans med tolkningen av ÄLVU:s resonemang om ”förhållande i *hemmet* [min kursivering]”, i första hand avsedd att tillämpas när den primära omsorgsföräldern bedömdes olämplig.¹⁷²

I en annan ny bestämmelse, angavs att barnets anknytning och trygga anpassning i ett fosterhem undantagsvis skulle kunna vara skäl för att frånta båda föräldrarna vårdnaden, trots att de inte nödvändigtvis var olämpliga.¹⁷³ Den bestämmelsen skulle syfta till att skydda barn från att ryckas upp från en miljö där de hade starkare förankring än i det tidigare hemmet.¹⁷⁴

2.2.3 Argument och framträdande intressen

I den allmänna motiveringen och presentationen av reformens inriktning inledde regeringen med att beskriva 70-talets familjerättsliga reformer som viktiga och motiverade av strävan mot jämställdhet mellan kvinnor och män. Jämställdhet framstår därmed som ett prioriterat intresse. Äktenskapsreformen, ogifta fäders ökade möjligheter att få vårdnad om sina barn och möjligheten till gemensam vårdnad för ogifta och frånskilda föräldrar nämndes särskilt som

¹⁶⁶ Ibid., s. 65.

¹⁶⁷ FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 7 §.

¹⁶⁸ Se prop. 1981/82:168 s. 37 och 68.

¹⁶⁹ Ibid., s. 68.

¹⁷⁰ Prop. 1981/82:168 s. 68.

¹⁷¹ Prop. 1981/82:168 s. 68.

¹⁷² Se ovan 2.2.2 *Reformens innebörd och syfte*.

¹⁷³ FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 8 §.

¹⁷⁴ Prop. 1981/82:168 s. 70.

redan tagna steg i en riktning mot förbättringar i den familjerättsliga lagstiftningen.¹⁷⁵ Föräldrarätten ansågs däremot allt för ensidig och barns behov behövde, enligt propositionen och den föregående utredningen, markeras tydligare i lagstiftningen. Förslagen präglades av utredningens bild av barns behov och de nio punkterna som listats i betänkandet återgavs i propositionen.¹⁷⁶ Dessa behov angavs som en viktig grundval för utformningen och tillämpningen av den lagstiftning regeringen ville genomföra.¹⁷⁷ Förändringar i samhället, kunskap om barn och om barns förmåga samt en samtida strävan efter att fostra barn till självständiga individer motiverade regler som skulle ta hänsyn till barns egen kompetens och självständighet i högre grad än tidigare. Utgångspunkten var det tydligt värdebaserade ställningstagandet om att föräldrars överordnade ställning avspeglades i allt för hög utsträckning i den förevarande lagstiftningen.¹⁷⁸

Syftet med lagstiftningen som 1977 hade möjliggjort gemensam vårdnad för ogifta och skilda föräldrar beskrevs nu i första hand vara att främja goda förhållanden mellan barnet och båda föräldrarna.¹⁷⁹ Argumentationen för att ytterligare modernisera lagstiftningen bestod i hög grad av värdebaserade ställningstaganden kring vilka värderingar som ansågs råda i samhället. Den befintliga familjerättsliga lagstiftningen ansågs till stor del återspegla gamla värderingar, samtidigt som departementschefen också framhöll att den redan utgick från barns bästa.

För egen del vill jag till en början framhålla att flertalet av de bestämmelser som nu gäller på föräldrarättens område har sina rötter i ett samhälle som återspeglade andra förhållanden och värderingar än dem som råder i dag. Bestämmelserna utgår bl. a. från den starka föräldramyndighet som rådde tidigare. Kunskaperna om barns villkor och behov har därefter ökat. Numera finns en stor medvetenhet om att barn har en med stigande ålder och mognad allt större förmåga att själva ta ansvar i frågor som rör deras personliga förhållanden. En strävan i dagens samhälle är att fostra barn till självständiga individer. Även om lagstiftningen redan i dag har barnens bästa som utgångspunkt anser jag, i likhet med utredningen och flertalet remissinstanser, att det är angeläget att lagstiftningen i högre grad än de nuvarande reglerna sätter barnens behov i centrum och framhäver att förhållandet mellan föräldrar och barn skall bygga på ömsesidigt hänsynstagande och ömsesidig respekt.¹⁸⁰

Citatet visar hur reformen i hög grad utgick ifrån en vision om de uppväxtvillkor lagstiftaren ville skapa för alla barn. Samtidigt som man etablerade en viktig förutsättning genom att framhärda flera påståenden om den allmänna kunskapen och rådande värderingar uttryckte departementschefen att det var angeläget att stimulera normförskjutningen och bidra till attitydförändringar. Nya lagregler som än tydligare skulle markera barns intresse förväntades bidra till en önskvärd förändring av synen på föräldra-barnrelationen, trots att rättsutvecklingen

¹⁷⁵ Ibid., s. 17. De stärkta möjligheter för fäder att få vårdnaden om barn som åsyftas bestod i att den formella bedömningen av vem av föräldrarna som var mest lämpade öppnades upp vid 1973 års äktenskapsreform. I jämförelse med den tidigare bestämmelsen som stadgade att en far endast kunde få vårdnaden om barnet ifall han visade att modern inte var lämplig, löd bestämmelsen därefter att vårdnaden skulle överföras om det funnes skäligt med hänsyn till barnets bästa, se prop. 1973:32 s. 25 och FB, ändringslag SFS 1973: 646, 6 kap. 12 §.

¹⁷⁶ Prop. 1981/82:168 s. 9 Bilaga 1 b. Se även s. 28 i denna uppsats.

¹⁷⁷ Prop. 1981/82:168 s. 18.

¹⁷⁸ Ibid., s. 17 f.

¹⁷⁹ Ibid., s. 25.

¹⁸⁰ Prop. 1981/82:168 s. 18.

redan beskrevs vara på rätt spår. Reglerna skulle framhäva att förhållandet mellan barn och föräldrar *skall* bygga på ömsesidig respekt vilket bedömdes bidra till att ytterligare stärka barnets position. Remissinstanserna var, enligt departementschefen, i mycket hög utsträckning positiva till förslagets inriktning, men mottagandet av de specifika förslagen var blandade.¹⁸¹ Det kan förklaras av reformens idealistiska prägel och att argumentationen knyter an till vissa värden som redan ansågs etablerade i lagstiftningen. Argumentationen byggde till stor del på prognoser om att de föreslagna förändringarna skulle tillgodose barns intressen. Att hålla med om att målet är angeläget är dock inte nödvändigtvis samma sak som att instämma i hur det ska uppnås.

En viktig del av argumentationen för att öka användningen av gemensam vårdnad bestod av en genomgång av de erfarenheter av gemensam vårdnad som gjorts sedan den förra reformen.¹⁸² Möjligheterna till gemensam vårdnad för ogifta och särlevande föräldrar beskrevs dock ha använts i begränsad omfattning. Detta förklarades delvis med att möjligheterna till underhållsbidrag och bidragsförskott inte varit tillgängliga vid gemensam vårdnad.¹⁸³ Möjligheten hade också endast varit i kraft under en kort tid och departementschefen ansåg att ytterligare utvidgningar av institutet gemensam vårdnad skulle göras med försiktighet. En viss utvidgning menade han dock ändå var möjlig att gå vidare med.¹⁸⁴ Både positiva och negativa erfarenheter återgavs i propositionen, men de positiva formulerades i högre grad som sanningar i presens, medan de negativa beskrevs som upplevelser hos vissa föräldrar.

Det tillgängliga utredningsmaterialet visar att en klar majoritet av de ogifta eller frånskilda föräldrar som har gemensam vårdnad är nöjda med de nya vårdnadsreglerna. De vill också i allmänhet rekommendera gemensam vårdnad även för andra föräldrar.¹⁸⁵

Presensformen signalerar att dessa erfarenheter har accepterats som allmängiltiga och sanna. Jämfört med följande citat, som återger negativa erfarenheter med en mycket högre grad av distans och tvivel, framstår det förra som självklart.

Bland negativa reaktioner hos föräldrarna framhålls det arbetskrävande i att hålla fortlöpande och nära kontakter med varandra och att ha en god planering. Några föräldrar har upplöst den gemensamma vårdnaden eller överväger att göra det, eftersom de finner vårdnadsformen svår eller alltför krävande. Det förekommer också att föräldrarna tycker sig märka att barnet inte far väl av de praktiska arrangemang som har valts.¹⁸⁶

Genom ord som tydligt signalerar att det är föräldrarnas åsikter och uttalanden som återfinns i materialet i de här delarna upprätthålls en distans till de negativa upplevelserna. Om dessa delar hade följt samma mönster som formuleringen i det föregående citatet hade det till exempel kunnat stå att *det är arbetskrävande att hålla fortlöpande kontakter, att vårdnadsformen är svår och att föräldrar har märkt att barnen inte far väl*. Trots att inga uppgifter om barnens egen

¹⁸¹ Ibid., s. 17 f.

¹⁸² Se prop. 1981/82:168 s. 25 f.

¹⁸³ Prop. 1981/82:168 s. 19.

¹⁸⁴ Ibid., s. 19.

¹⁸⁵ Ibid., s. 27.

¹⁸⁶ Ibid.

upplevelse finns vågar sig departementschefen ändå på att dra en slutsats, till synes utifrån en logik som bygger på antagandet om att rättslig vårdnad ökar kontakterna mellan barnet och den sekundära omsorgsföräldern.

Hur barnet självt upplever en gemensam vårdnad, när föräldrarna bor isär, saknas det närmare uppgifter om. I många fall torde den gemensamma vårdnaden bidra till att tillgodose barnets behov av nära och goda relationer till båda sina föräldrar.¹⁸⁷

En undersökning som lyftes fram uppgavs visa att kontakterna mellan barn och föräldrar som inte bor tillsammans med barnet var betydligt tätare när föräldrarna hade gemensam vårdnad än när de inte hade det.¹⁸⁸ Vad som inte framkom i propositionen var dock att undersökningen byggde på ett litet underlag och att författarna till den själva framhöll att det inte var möjligt att slå fast ett enkelt samband mellan vårdnadsform och umgängesfrekvens. Mer sannolikt, menade de, var att det var de faktorer som hade gjort att föräldrarna hade valt gemensam vårdnad, i kombination med vårdnadsformen, som bidragit till grad och kvalitet i umgänget mellan barnet och den särlevande föräldern.¹⁸⁹ I propositionen framhölls att de föräldrar som valt gemensam vårdnad hade varit intresserade av, och haft en ambition om, att upprätthålla en nära och god kontakt med barnet trots särboendet.¹⁹⁰ Argumentationen är alltså i hög grad värdebaserad, trots att den tycks innehålla ett visst mått av rationalitet genom att hänvisa till forskning som stödjer den prognos som görs. Det verkar dock inte ha funnits något egentligt belägg för att gemensam vårdnad skulle leda till goda relationer snarare än det omvända; att goda relationer hade banat väg för en fungerande gemensam vårdnad.

I redovisningen av de erfarenheter som exemplifierades framgår att kvinnor och män såg olika fördelar med gemensam vårdnad.

Bland de positiva upplevelser som redovisas från tillfrågade föräldrar är, främst från männens sida, känslan av att få vara med och ta del i vad som händer barnet och en tätare och mer otvungen samvaro med barnet. Från framför allt kvinnornas sida anges som särskilt positivt att slippa att ensam behöva ta ansvaret för barnet och att ha någon att tala med om barnets uppfostran.¹⁹¹

Av citatet framgår att kvinnor såg det som positivt att slippa ensamt ansvar medan männen såg det som positivt att ta del i barnets liv och samvara med barnet. Utifrån de beskrivna upplevelserna blir konklusionen att de kvinnor som kom till tals såg sig själva som presumtiva ensamma vårdnadshavaren med ett betungande ansvar och att männen såg sig som presumtiva icke-vårdnadshavare utan insyn och med en begränsad kontakt med barnet. Den förändring lagstiftaren strävade efter var därmed att öka männens delaktighet i vårdnaden och minska kvinnors ensamma vårdnadsansvar. Departementschefen betonade dock särskilt i ett tidigare avsnitt att det, liksom vid 1976 års reform, inte var fråga om en förändring som förutsatte en uppdelning av den faktiska omvårdnaden.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ Ds s. 1981:18 s. 106.

¹⁹⁰ Prop. 1981/82:168 s. 27.

¹⁹¹ Ibid.

En vanlig missuppfattning är att gemensam vårdnad innebär att barnet skall bo växelvis under längre eller kortare perioder hos båda föräldrarna (s. k. delad vårdnad). Ett sådant växelvis boende har ofta kritiserats i den allmänna debatten om gemensam vårdnad. För att undvika missförstånd vill jag understryka att det inte i första hand är denna form av delad faktisk vårdnad som avses när frågan om en utvidgning av möjligheterna till gemensam vårdnad diskuteras i det följande.¹⁹²

Det var alltså den rättsliga och symboliska vårdnaden som skulle delas i första hand. Eftersom vårdnadshavarens skyldighet att tillgodose barnets behov inte ålade vårdnadshavaren en personlig plikt att ge barnet omsorg så fick gemensam vårdnad, för den sekundära omsorgsföräldern, i första hand karaktären av en rättighet. Med det menar jag att skyldigheten att agera i praktiken endast låg latent så länge barnets behov faktiskt blev tillgodosedda, vilket de till stor del torde ha blivit genom den primära omsorgsföräldern. Rätten att delta i beslut kring barnet låg dock redo att tas i anspråk vid gemensam vårdnad. Eftersom det särskilt framhölls att det fanns en allmänt negativ inställning till växelvis boende, och därmed delad faktisk omsorg, torde inte förändringarna ha varit avsedda att avlasta den primära omsorgsföräldern rent praktiskt. Den sekundära omsorgsförälderns intresse av gemensam vårdnad bottnade, enligt de återgivna positiva upplevelserna hos fäder, i en önskan om insyn och *otvungen samvaro* med barnet. Det speglar en förväntan om ett begränsat mått av faktiskt ansvar och gemensam vårdnad kan, med den utgångspunkten, ha varit av större intresse för den sekundära än för den primära omsorgsföräldern. Syftet med att förtydliga att ingen delad faktisk vårdnad var avsedd kan givetvis också ha varit att trygga den primära omsorgsföräldern som kan ha varit ovillig till en sådan förändring.

Automatisk gemensam vårdnad för alla föräldrar, och domstolens eventuella möjlighet att döma till gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja, hade också varit föremål för utredningens överväganden. Avsnittet som behandlar frågan om gemensam vårdnad som huvudregel för alla föräldrar inleddes med att slå fast den grundprincip som utredningen utgått från i sitt arbete.

En utgångspunkt för utredningen har varit att båda föräldrarna till ett barn skall känna lika stort ansvar för barnet vare sig de är gifta eller frånskilda eller över huvud taget inte har varit gifta med varandra.¹⁹³

Om den tidigare reformen tycktes vila på lagstiftarens uppfattning av vad föräldrar *kände* så kan 1983 års reform tyckas vila på en uppfattning om vad föräldrar *skulle* känna. Med den utgångspunkten så diskuterades automatisk gemensam vårdnad för alla föräldrar och möjligheten att döma till gemensam vårdnad mot en förälders vilja. På så sätt skulle barnets behov av samhörighet med båda föräldrarna markeras tydligt. Utredningens majoritet landade dock i att inte lägga fram något sådant förslag. Även departementschefen sällade sig till uppfattningen om att en fungerande, och för barnet gynnande, gemensam vårdnad kräver särskilda förutsättningar - som ibland saknas.¹⁹⁴ Gemensam vårdnad beskrevs som en ansträngande vårdnadsform som kräver täta kontakter och ett gott förhållande mellan föräldrarna. Det antogs också kunna leda till slitningar som kunde komplicera samarbetet.

¹⁹² Ibid., s. 19.

¹⁹³ Prop. 1981/82:168 s. 28.

¹⁹⁴ Ibid.

Gemensam vårdnad ansågs därmed inte vara lämpligt att tvinga på föräldrar som inte båda var positivt inställda till en sådan vårdnadsform.¹⁹⁵

Argumentationen för fortsatt gemensam vårdnad efter äktenskapsskillnad fokuserade däremot till stor del på den läkande funktion det kunde ha vid problem som äktenskapsskillnaden ofrånkomligen ansågs medföra.¹⁹⁶ Äktenskapsskillnaden, som tidigare beskrivits som mindre konfliktfylld efter äktenskapsreformen 1973, framhölls nu som en uppenbar källa till problem. Samtidigt som gemensam vårdnad just beskrivits som en ansträngande vårdnadsform som riskerar att leda till slitningar mellan föräldrar framhölls nu fortsatt gemensam vårdnad, utan ett särskilt förordnande efter äktenskapsskillnad, som en möjlighet att undvika konflikter.

Utredningen anser att de problem som en skilsmässa ofrånkomligen för med sig ofta ökar genom den prestigekamp om barnen som föräldrarna kan driva. Enligt utredningen torde det många gånger kunna skapas bättre förutsättningar för att skilsmässan görs upp i godo, om vårdnadsfrågan inte måste ingå i denna uppgörelse. Utredningen anser vidare att den obligatoriska prövning som domstolen i dag skall göra markerar en onödigt negativ inställning till möjligheten för båda föräldrarna att ha ett fortsatt gemensamt ansvar för sina barn.¹⁹⁷

Intresset som lyftes fram som skyddsvärt här var alltså en harmonisk skilsmässa. Att makarna inte nödvändigtvis skulle behöva ställas inför ett förordnande om vårdnaden om barnen antogs främja sådana möjligheter. Den verklighetsbild som målades upp var att föräldramyndigheten var förknippad med prestige som riskerade att äventyras av att domstolen lyfte frågan. Den kritik som lyftes fram mot gemensam vårdnad för ogifta och separerade föräldrar var bland annat att den i vissa fall kunde användas för att föräldrarna själva skulle slippa till ställning, åstadkomma rättvisa mellan föräldrarna och att föräldrarna riskerade att ge sig in i vårdnadsformen utan att ha löst sina inbördes konflikter. Därmed fanns det risk för att både föräldrarna och barnet försattes i en svår situation, menade kritikerna. Barn befarades också av kritikerna komma att användas som kontaktlänk av en förälder som inte förmådde skilja sig från sin tidigare partner. Oron var att den gemensamma vårdnaden inte skulle fungera men att föräldrarna inte förmådde att se och lyfta riskerna.¹⁹⁸ Departementschefen avfärdade dock oron.

För egen del ser jag fördelar i att en äktenskapsskillnad inte automatiskt behöver medföra ett förordnande från domstolens sida om vårdnaden om makarnas barn. Med hänsyn till vad jag tidigare har sagt om nyttan med gemensam vårdnad är det en naturlig utgångspunkt att denna vårdnadsform fortsätter även efter det att föräldrarna har skilt sig och utan att domstolen behöver ta upp frågan.¹⁹⁹

Departementschefens ståndpunkt förmedlades utan ett förtydligande om vilka fördelar som åsyftades, men de mest konkreta fördelarna med gemensam vårdnad som hade presenterats var de erfarenheter som återgetts i tidigare avsnitt. Det tidigare citerade antagandet om att gemensam vårdnad leder till bättre relationer mellan barn och båda dess föräldrar låg också i linje med behov som utredningen hade slagit fast att barn har. I propositionen definierades

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ Ibid., s. 29.

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ Ibid., s. 27 f och 29 f.

¹⁹⁹ Ibid., s. 30.

däremot inte begreppet föräldrar vilket medför att det endast framstår som synonymt med rättsliga föräldrar. Propositionens beskrivning av fortsatt gemensam vårdnad efter skilsmässa som en naturlig utgångspunkt, med hänvisning till den nytta som tidigare presenterats, visar än en gång på propositionens värdebaserade prägel. Det tyder på en politisk vilja att begränsa konsekvenserna av äktenskapsskillnad, som hade blivit mer vanligt förekommande. Öron över att barnen skulle riskera att komma i kläm eller glömmas bort, avfärdades med det självklara i att separerande föräldrar skulle diskutera barnets fortsatta förhållanden.

Inte några föräldrar torde undgå praktiska problem när en äktenskapsskillnad är förestående. I fråga om barnen reser sig omedelbart frågan var de skall bo och hur underhållsansvaret för dem skall fördelas mellan föräldrarna. I samband med detta torde det i de flesta fall bli aktuellt att diskutera också vem av dem som skall ha den juridiska vårdnaden om barnen. Att denna fråga skulle 'glömmas bort' ter sig därför enligt min mening inte särskilt sannolikt. Däremot kan det finnas en risk för att föräldrarna inte får eller nås av den information som är nödvändig för att de skall kunna lösa frågan om den juridiska vårdnaden på ett sätt som svarar mot barnens behov. [...] Med en sådan förbättrad information kan jag inte se att en ordning, enligt vilken den gemensamma vårdnaden automatiskt fortsätter efter en äktenskapsskillnad om inte föräldrarna eller någon av dem begär annat, skulle behöva få några negativa följder.²⁰⁰

Återigen framhölls att en äktenskapsskillnad alltid innehåller något mått av praktiska problem, bland annat gällande omsorgen om barnen. Departementschefen konstaterade alltså att det fanns fördelar med gemensam vårdnad och att eventuella risker för barnen var kopplade till bristande information. Genom att göra föräldrarna ordentligt uppmärksamma på de juridiska, ekonomiska och faktiska effekterna av de olika vårdnadsformerna samt på de "allvarliga påfrestningar som barnen utsätts för vid en äktenskapsskillnad", menade departementschefen att han inte kunde se några nackdelar med automatiskt fortsatt gemensam vårdnad. Därefter nämndes domstolens möjlighet att, utan yrkande, upplösa den gemensamma vårdnaden i samband med äktenskapsskillnaden om det framkom uppgifter om att gemensam vårdnad var uppenbart oförenligt med barnets bästa för att den ena föräldern var olämplig eller av något annat skäl.²⁰¹ Man målade alltså upp en bild av att lämpliga föräldrar tar ställning till barnens behov tillsammans, bara de får rätt information. Olämpliga föräldrar antogs bli uppfångade av domstolens möjlighet att ta upp vårdnadsfrågan ex officio eller genom socialnämndens ansvar och ökade möjligheter att väcka talan om att frånta en olämplig förälder vårdnaden. Rättens möjlighet att besluta om att frånta en olämplig förälder vårdnaden enligt FB 6 kap. 7 § begränsades dock till situationer då en förälders rättsliga vårdnad bedömdes innebära "en bestående fara för barnets hälsa eller utveckling". Genom ordet *bestående* var det ett strängare rekvisit än för vård enligt ÄLVU 1 §, som blev tillämplig om förhållandet "i hemmet medförde fara för hans hälsa eller utveckling".²⁰²

Lagstiftaren framhöll också att föräldrabalkens rättsliga skydd för barn bara var en del av medlen för att främja goda uppväxtvillkor. Socialpolitiska åtgärder var en annan del. Den nya

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² ÄLVU, SFS 1980:621, 1 §.

lagstiftning om socialtjänsten, som framhöll samhällets ansvar för att tillhandahålla stöd- och hjälpinsatser, samt samordning mellan socialtjänstens regler om skydd av barn i utsatta situationer och föräldrabalkens regler om vårdnad, framhölls som viktiga i arbetet med att tillförsäkra barn goda uppväxtförhållanden.²⁰³

2.2.4 Förändrade maktpositioner

1983 års reform präglades av en förändrad syn på barn och angelägenheten i att stärka barns position i förhållande till föräldrar. Barn sågs både som omsorgskrävande och som självständiga individer och barns rättigheter utifrån båda aspekterna fick utrymme i lagen. Domstolens skyldighet att besluta efter barnets bästa, vid föräldrarnas oenighet i vårdnadsfrågan, var kvar sedan tidigare och förtydligades till viss del. Vad som ansågs vara barnets behov fick stor betydelse och den förälder som bäst antogs kunna tillgodose dem hade ett överläge i en tvist. Bedömningen av vad som var bäst för barnet skulle inte bara fokusera på föräldrarnas personliga egenskaper utan på situationen i sin helhet. Den primära omsorgsföräldern kunde fortfarande förvänta sig ett överläge i en tvist eftersom barnets behov av både praktisk och känslomässig omsorg betonades starkt i propositionen och fick en framträdande plats i lagstiftningen. De uttryckliga behoven bestod till stor del av vad som kan betecknas som den grundläggande omsorgen. Gemensam rättslig vårdnad framställdes som mindre kontroversiellt än hälftendelad faktisk vård vilket tyder på att en primär omsorgsförälder ofta torde ha varit lätt att identifiera. En rättslig konstruktion som byggde på en verklighetsbild där det prioriterade intresset - barnets behov, i praktiken kunde tillgodoses genom en förälders försorg gynnade den förälderns maktposition eftersom den framstod som resursstark.

Men, även om barnets behov av nära och goda relationer med båda föräldrarna ännu inte var en i lagen uttryckt bedömningsgrund vid avgörandet av vårdnadsfrågan, lyftes denna aspekt som ett komplement. I författningskommentaren till FB 6 kap. 5 § uppgavs att den förälder som bäst kunde antas främja ett nära och gott umgänge mellan barnet och den andra föräldern skulle anförtros vårdnaden om inga andra omständigheter talade för en annan lösning.²⁰⁴ Detta innebar en viss trygghet för en förälder som oroade sig för att eventuellt betraktas som den sekundära omsorgsföräldern. Att ha en positiv inställning till den andre föräldern kunde då väga upp vid obetydliga skillnader i den faktiska omvårdnaden.

Barnets behov av sina föräldrar, betonades också genom att umgängesrätten ändrades från att tillkomma den sekundära omsorgsföräldern till att tillkomma barnet.²⁰⁵ Genom att analysera vilka aktörer som berörs i sammanhanget, och hur, kan vi dock se att den sekundära omsorgspersonens position därigenom kan ha stärkts. Den kunde inte längre hävda sin egen personliga rätt till umgänge men, genom att hänvisa till barnets behov, ändå få igenom sin vilja - möjligen med ökad kraft. Barnets umgängesrätt satte i högre grad press på vårdnadshavaren, tillika den primära omsorgsföräldern, att bidra till umgänget än när umgängesrätten tillkom den andre föräldern. Vårdnadshavarens huvuduppgift var att tillgodose barnets behov, inte den andre förälderns. Genom att lagstiftningen stärkte, och rättsligt inmutade, ett konkret behov hos barnet av båda föräldrarna som sådana, uppstod förutom en moralisk också en rättslig

²⁰³ Prop. 1981/82:168 s. 18.

²⁰⁴ Ibid., s. 66.

²⁰⁵ Se prop. 1981/82:168 s. 74 f och FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 15 §.

skyldighet för den primära omsorgsföräldern att bidra till dess tillgodoseende. Formellt sett var det vid denna tid endast vårdnadshavarens skyldighet att tillgodose behovet vilket innebar att den sekundära omsorgsföräldern inte heller hade ett formellt ansvar att bidra.²⁰⁶

De resonemang och bestämmelser som betonade barnets position, behov och intressen skulle i teorin kunna ge en kraftkänsla hos barnet. En individ som har kunskap om sina rättigheter och berättigade behov, och som dessutom är medveten om rättens tvistelösningsfunktion, kan hämta kraft ur stadgade rättigheter för att genomdriva sina intressen i en tvist – och därmed också utanför den formella rätten. Detta förutsätter dock både rättshandlingsförmåga och talerätt. Även om propositionen framhöll betydelsen av att se barnet som kompetent och förmöget att ta ansvar framhölls också dess skydds- och omsorgsbehov. Barnet ansågs fortfarande vara beroende av vuxna omsorgspersoner för att tillgodose dess basala behov av omsorg och ge det vägledning. Därmed var barnet fortfarande i underläge och föräldrarna hade, genom sina inneboende resurser, makt. Om vi leker med tanken att det hade funnits alternativa, och för barnet likvärdiga, omsorgspersoner tillgängliga så hade barnet (förutsatt att det hade kunskap om förhållandena) kunnat hämta en kraftkänsla i de stadgade rättigheterna och pressa föräldrarna att bättre leva upp till sina skyldigheter. Först om barnets intressen lika väl hade kunnat tillgodoses utan föräldrarnas medverkan hade barnet varit oberoende. Dess rättigheter hade då haft en handlingsdirigerande effekt på föräldrarna i den mån de var intresserade av att behålla vårdnaden om barnet. I och med den aktuella reformen betonades dock i stället barnets behov av just sina föräldrar vilket kan anses ha förstärkt en social konstruktion som ytterligare motverkar ett sådant oberoende.

Några remissinstanser tog upp förekomsten av våld och övergrepp mot kvinnor och barn men aspekten fick inget utrymme i propositionen.²⁰⁷ Ett osynliggörande av illegitima maktbaser kan främja dess inflytande genom att dess latent funktion därmed ges oreflekterat utrymme.

2.2.5 Sammanfattning av 1983 års reform

Sammantaget bestod argumentationen för en ökad användning av gemensam vårdnad till stor del av värdebaserade argument och reformen tycks rättspolitiskt motiverad. Värden som framhölls som eftersträvansvärda var till exempel jämlikhet mellan kvinnor och män och synen på barn som individer i sin egen rätt med beaktansvärda behov. En betydande del av argumenten för fortsatt gemensam vårdnad efter äktenskapsskillnad fokuserade på relationen mellan föräldrarna och värdet av att minimera konflikten dem emellan. Detta i sin tur antogs leda till bättre förutsättningar för barnets relationer med båda föräldrarna. En betydande del av argumentationen för gemensam vårdnad utgjordes också av redovisningen av de erfarenheter som hade gjorts av föräldrar med gemensam vårdnad sedan förra reformen. Materialet beskrevs dock som begränsat och gemensam vårdnad mellan särlevande och ogifta föräldrar hade ännu inte använts i någon särskilt stor omfattning. Erfarenheterna tillmättes dock ändå betydelse, särskilt i den mån de stärkte lagstiftarens bild av att gemensam vårdnad upplevts positivt av föräldrarna. Lagstiftarens utgångspunkt i att gemensam vårdnad var naturligt eftersträvansvärt syns också genom att de mer rationellt präglades argumenten bestod i att övertyga läsaren om att förändringen inte innebär några nackdelar, snarare än att övertyga om fördelarna.

²⁰⁶ FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 15 § 1 st.

²⁰⁷ Se t.ex. prop. 1981/82:168 s. 130 Bilaga 3: 3.4.33 F. ordföranden i upplösta föreningen Nike.

Det förenklade förfarandet för ogifta föräldrar för att få igenom gemensam vårdnad, och den sänkta tröskeln för att låta den bestå efter en äktenskapsskillnad, vägdes dock fortfarande upp av en låg tröskel för att upphäva den. Den räckte att den ena föräldern motsatte sig den gemensamma vårdnaden för att rätten skulle tvingas att upplösa den. En bedömning gjordes därefter av vem av föräldrarna som bäst kunde tillgodose barnets behov, som främst utgjordes av olika aspekter av omsorg. Den förälder som torde ha varit mest benägen att vända sig till domstol för att upplösa den gemensamma vårdnaden kan antas ha varit den förälder som förväntade sig att få bifall för sina yrkanden. Den primära omsorgsföräldern kunde hämta kraft i antagandet om att bli anförtrodd ensam vårdnad och hade därmed också ett överläge i informella förhandlingar med den andre föräldern. Däremot innebar ställningstagandet för barnets behov av kontakt med båda föräldrarna, oaktat en egentlig prestation, att även den sekundära omsorgsföräldern tillerkändes en betydande position. Den förälder som tidigare befunnit sig i underläge på grund av bristande förmåga att tillgodose barnets behov kunde nu finna ett visst berättigande i sin blotta existens.

I den mån reglerna kring domstolens beslut i vårdnadsfrågan blev mindre tydliga präglades konflikthanteringen i högre grad av en maktbaserad ansats. Ett exempel på det är att betydelsen av föräldrarnas inställning togs bort i själva lagtexten, men fortfarande fanns kvar i tolkningsunderlaget i form av uttalandet om att föräldrarnas överenskommelse bör anses vara barnets bästa. En extra omväg, via ett antagande om barnets bästa, skapade mer otillgängliga regler som domstolen i sin privilegierade position hade bättre kunskap om än parterna själva. Ett uttalat mål för den eftersträlvade konflikthanteringen och samförståndslösningar mellan föräldrarna var att alla parter skulle gagnas, därmed även föräldrarna.²⁰⁸ Det kan förstås som en satsning mot en behovsbaserad konflikthantering. En sådan ansats förutsätter relativt jämlika parter som i lika mån är lyhörda för varandras perspektiv, vilket lagstiftaren därmed får antas ha förväntat sig vara det rådande förhållandet vid merparten av de aktuella situationerna. Frånvaron av resonemang kring förekomst av våld talar också för att lagstiftaren hade en bild av att föräldrar i grund och botten var jämlika parter i en konflikt.

2.3 Proposition 1990/91:8 Om vårdnad och umgänge.

2.3.1 Förhållanden inför reformen

1988 hade Sverige tillträtt Europarådskonventionen och Haagkonventionen som bland annat innebar att avgörande om vårdnad kunde erkännas och verkställas i Sverige och tvärtom.²⁰⁹ Processen med att godkänna och ratificera barnkonventionen var också i gång parallellt med arbetet med den aktuella reformen av vårdnadslagstiftningen. Den 21 juni 1990 ratificerades barnkonventionen som bland annat betonade barnets bästa, familjen som grundläggande enhet och vikten av respekt för båda föräldrarnas betydelse för sina barn.²¹⁰

ÄLVU hade varit föremål för översyn och två betänkanden som behandlade de bestämmelserna hade överlämnats. Enligt socialberedningens betänkande om socialtjänstens arbete med utsatta

²⁰⁸ Prop. 1981/82:168 s. 47.

²⁰⁹ Schiratzki, 1997, s. 96.

²¹⁰ Se prop. 1989/90:107 inklusive bilaga 1: Konvention om barnets rättigheter - preambeln, artikel 3, 4 och 9 samt bet. 1989/90:SOU28. Åhman & Leviner, 2020, s. 25.

familjer fanns det ett behov av stora förändringar och en ny LVU föreslogs.²¹¹ Den nya lagen skulle bättre garantera rättssäkerhet, fokusera mer på den unges vårdbehov och mindre på den yttre miljön i hemmet och föräldrarnas levnadssätt. Den frivilliga vårdens företrädare skulle förtydligas och arbetet mot en återförening med föräldrarna skulle förbättras.²¹² Det andra betänkandet, som framhöll att nödvändiga ändringar kunde göras inom ramen för den befintliga lagstiftningen, föreslog att lagen inleddes med en bestämmelse som tydliggjorde att frivilliga insatser enligt SoL hade företrädare.²¹³ 1 juli 1990 trädde nya LVU i kraft.²¹⁴ I lagens 2 § stadgades att en *påtaglig risk* för att den ungas hälsa eller utveckling skulle skadas kunde föranleda beslut om vård enligt lagen. Avsikten med att överge begreppet *fara* var inte att åstadkomma någon saklig förändring i förutsättningarna för att bereda vård utan endast att precisera dem. Konkreta omständigheter och ett tydligt vårdbehov ansågs krävas för att vård med stöd av LVU skulle kunna beslutas.²¹⁵

I propositionen som föregick införandet av nya LVU betonades att huvudprincipen i socialtjänstlagen var att vård skulle ske i frivilliga former och att individen själv hade ansvaret för sin situation.²¹⁶ Tvångsomhändertaganden av barn och unga uppgavs ha minskat stadigt sedan 1982 års LVU infördes.²¹⁷ Utgångspunkten i att barn har rätt att växa upp med sina föräldrar uttalades tydligt och den nya lagen föreskrev att socialnämnden hade ett ansvar för att upprätthålla kontakten mellan barn och föräldrar under vårdtiden i syfte att främja en återförening.²¹⁸

Det tredje och sista delbetänkandet om barnens rätt, SOU 1987:7, hade publicerats. Utredningen föreslog talerätt för barn i vårdnadsfall men betonade samtidigt värdet av samförståndslösningar mellan föräldrarna framför tvistelösningar i vårdnadsfrågan.²¹⁹ I en departementspromemoria som upprättats inom justitiedepartementet föreslogs ändringar i den gällande lagstiftningen om vårdnad och umgänge. Promemorian remissbehandlades och lades till grund för propositionen.²²⁰

2.3.2 Reformens innebörd och syfte

Den 13 december 1990 utfärdades lag (1990:1526) om ändring i föräldrabalken som kom att träda i kraft den 1 mars 1991. FB 6 kap. 5 § som reglerade rättsens beslut i vårdnadsfrågan i en tvist mellan föräldrar fylldes med ytterligare en möjlighet att åstadkomma gemensam vårdnad.

I kraft 1 juli 1983. ²²¹	I kraft 1 mars 1991. ²²²
FB 6 kap. 5 §	FB 6 kap. 5 §

²¹¹ Se SOU 1986:20 och SOU 1986:21.

²¹² SOU 1986:21 s. 7.

²¹³ Ds s. 1987:3.

²¹⁴ LVU, SFS 1990:52.

²¹⁵ Prop. 1989/90:28 s. 106 f.

²¹⁶ Ibid., s. 42 f.

²¹⁷ Prop. 1989/90:28 s. 41 f.

²¹⁸ Ibid., s. 52 och s. 115. LVU, SFS 1990:52, 14 § och 21 §.

²¹⁹ SOU 1987:7 s. 14 f.

²²⁰ Ds 1989:52.

²²¹ FB, ändringslag SFS 1983:47.

²²² FB, ändringslag SFS 1990:1526.

<p>Står barnet under vårdnad av båda föräldrarna och vill någon av dem att vårdnaden inte längre skall vara gemensam, skall rätten på talan av en av dem eller båda anförtro vårdnaden om barnet åt en av föräldrarna efter vad som är bäst för barnet. Rätten kan också i mål om äktenskapsskillnad utan yrkande förordna om vårdnaden enligt vad som nu har sagts, om gemensam vårdnad är uppenbart oförenlig med barnets bästa.</p>	<p>Står barnet under vårdnad av båda föräldrarna och vill någon av dem att vårdnaden inte längre skall vara gemensam, skall rätten efter vad som är bäst för barnet anförtro vårdnaden åt en av föräldrarna <i>eller, om den förälder som har begärt upplösning av den gemensamma vårdnaden inte motsätter sig fortsatt gemensam vårdnad, låta den gemensamma vårdnaden bestå.</i></p> <p>Frågor om ändring i vårdnaden enligt första stycket prövas på talan av en av föräldrarna eller båda. I mål om äktenskapsskillnad får rätten utan yrkande anförtro vårdnaden om barnet åt en av föräldrarna, om gemensam vårdnad är uppenbart oförenlig med barnets bästa.</p>
--	---

Rätten skulle vid en tvist mellan föräldrarna fortfarande, efter vad som bedömdes vara bäst för barnet, anförtro vårdnaden åt en av föräldrarna. Däremot infördes nu också formellt möjligheten att, om den förälder som hade begärt upplösning av den gemensamma vårdnaden inte motsatte sig fortsatt gemensam vårdnad, besluta att låta den gemensamma vårdnaden bestå.²²³ Detta innebar alltså ett fränsteg från den tidigare ordningen som innebar att domstolen hanterade oenighet mellan föräldrar genom att utse en av dem att ensam bestämma i frågor som rörde barnets personliga angelägenheter. Den nya ordningen, med innebörden att rätten kunde besluta om gemensam vårdnad under förutsättning att en av föräldrarna ville ha gemensam vårdnad och den andre åtminstone inte motsatte sig det, gällde också för de fall en tvist uppstod utifrån den situation att den ena föräldern inledningsvis hade vårdnaden ensam.²²⁴ Ytterligare förenkling i förfarandet för att få till gemensam vårdnad mellan ogifta föräldrar gjordes genom en möjlighet för föräldrarna att anmäla det direkt till socialnämnden i samband med faderskapsbekräftelsen.²²⁵ En ny regel infördes som uttryckligen stadgade att rätten, vid bedömningen av vad som var bäst för barnet, skulle fästa avseende särskilt vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna.²²⁶ Denna bestämmelse placerades i direkt anslutning till reglerna om tvistelösning mellan föräldrar.²²⁷ Reglerna kring umgänge mellan barnet och den förälder som det inte bodde tillsammans med utvecklades också. En skyldighet för vårdnadshavaren att främja umgänget genom att lämna upplysningar infördes, som ett led i förtydligandet av värdet av relationen mellan barnet och den sekundära omsorgsföräldern.²²⁸

Det huvudsakliga syftet med de förslag som presenterades i propositionen var att ”bana väg för en utveckling mot att föräldrarna själva i så stor utsträckning som möjligt skulle kunna komma

²²³ FB, ändringslag SFS 1990:1526, 6 kap. 5 § 1 st.

²²⁴ FB, ändringslag SFS 1990:1526, 6 kap. 6 § 1 st.

²²⁵ FB, ändringslag SFS 1990:1526, 6 kap. 4 §.

²²⁶ FB, ändringslag SFS 1990:1526, 6 kap. 6 a §.

²²⁷ Se FB, ändringslag SFS 1990:1526, 6 kap. 5 och 6 §§.

²²⁸ FB, ändringslag SFS 1990:1526, 6 kap 15 §.

överens i vårdnads och umgängesfrågor”.²²⁹ En av förändringarna var dock alltså att gemensam vårdnad skulle kunna komma i fråga, inte bara när föräldrarna var ense om det, utan också om ingen av dem uteslöt vårdnadsformen.²³⁰ Det kan tolkas som att lagstiftaren vidgade synen på vilka förutsättningar som krävdes för att en behovsbaserad konflikthantering mellan föräldrarna skulle anses fungera tillfredsställande. Tidigare behövde båda föräldrarna vara positivt inställda till varandra och vårdnadsrelationen för att lagstiftaren skulle ha förtroende för att de skulle hantera uppkomna frågor på ett för alla parter acceptabelt sätt. Nu var det alltså tillräckligt att den ena var positiv och den andre i alla fall inte uttryckligen negativ.

2.3.2.1 Domstolens beslutsutrymme

Domstolens utrymme att besluta i vårdnadsfrågan ökade i och med att möjligheten att besluta om gemensam vårdnad öppnades upp i de fall då en förälder ville ha gemensam vårdnad och den förälder som i första hand önskade ensam vårdnad inte motsatte sig det. Domstolen hade därmed tre möjliga alternativ till beslut om vårdnaden i en tvist mellan föräldrar, bortsett från de fall då båda föräldrarna visade sig brista i omsorgen på ett sätt som föranledde en vårdnadsöverflytt till särskilt förordnade förmyndare.²³¹ Sveriges domareförbund påtalade dock i sitt remissyttrande att konsekvenserna av förändringen i praktiken var begränsade. Förbundet menade att domstolarna redan innan, inom ramen för sin utredningsskyldighet, försökte utröna om föräldrar i en tvist ändå kunde tänka sig gemensam vårdnad och att endast de som verkligen motsatte sig det torde ha hållit fast vid sin ursprungliga talan om ensam vårdnad.²³² Om någon av föräldrarna i en tvist, eller i samband med äktenskapsskillnad, motsatte sig gemensam vårdnad var domstolen fortfarande tvungen att upplösa den och avgöra vem av föräldrarna som skulle anförtros vårdnaden.²³³ I dessa fall ankom det på domstolen att frågan blev tillbörligt utredd. Socialnämnden skulle ges tillfälle att yttra sig och, om domstolen ansåg att ytterligare utredning behövdes fick den uppdra åt socialnämnden eller något annat organ att utse någon att verkställa en sådan.²³⁴ I författningskommentaren framgår att det generellt ansågs vara tillräckligt att socialnämnden bereddes tillfälle att under en kortare tid lämna upplysningar om föräldrarna var eniga eller om domstolen redan hade tillgång till erforderlig utredning.²³⁵

Rättens möjlighet att, i samband med äktenskapsskillnad eller i ett pågående vårdnadsfall, ex officio besluta i vårdnadsfrågan, gällde att vägra gemensam vårdnad om det var uppenbart oförenligt med barnets bästa.²³⁶ Vad som avsågs med *uppenbart oförenligt* behandlades inte närmare i denna proposition. Målsättningen som uttalades var att gemensam vårdnad skulle användas *i så många fall som möjligt*, vilket indikerar att domstolens vägran skulle kräva mycket starka skäl.²³⁷ Socialnämndens talerätt, och förutsättningarna för rätten att frånta en förälder vårdnaden, enligt FB 6 kap. 7 § förblev oförändrade. Rekvisitetet *bestående fara för barnets hälsa eller utveckling* tillsammans med lagstiftarens resonemang bakom regeln, som

²²⁹ Prop. 1990/91:8 s. 1.

²³⁰ Ibid.

²³¹ FB, ändringslag SFS 1990:1526, 6 kap. 7 §.

²³² Prop. 1990/91:8 s. 130.

²³³ FB, ändringslag SFS 1990:1526, 6 kap. 5 och 6 §.

²³⁴ FB, ändringslag SFS 1990:1526, 6 kap. 19 §.

²³⁵ Prop. 1990/91:8 s. 65.

²³⁶ FB, ändringslag SFS 1990:1526, 6 kap. 4 § 1 st och 5 § 2 st.

²³⁷ Prop. 1990/91:8 s. 35. Se även Schiratzki, 1997, s. 266.

gav uttryck för att frivilliga insatser och därefter vård enligt LVU skulle användas i första hand, innebar att en sådan vårdnadsöverflytt också ställde höga krav.

2.3.2.2 Grunder för bedömning vid val av vårdnadshavare

Vad som bedömdes vara bäst för barnet skulle fortfarande avgöra domstolens beslut om vem av föräldrarna som fick vårdnaden, om gemensam inte var aktuell. Nytt var dock den särskilda aspekt som lagfästes som bedömningsgrund – barnets behov av nära och god kontakt med båda föräldrarna.²³⁸ Det innebar att ”frågan om barnets behov av kontakt med båda föräldrarna” skulle ges ”en särskilt framträdande plats vid valet av vårdnadshavare”.²³⁹ Valet av vårdnadshavare gjordes alltså uttryckligen beroende av vem av föräldrarna som bäst antogs främja barnets relation med den andre föräldern. Gemensam vårdnad ansågs typiskt sett gagna barnets intresse och motstånd mot gemensam vårdnad betraktades därför som ett möjligt tecken på att inte sträva efter barnets bästa, även om legitima skäl ansågs vara möjliga.²⁴⁰

Om en förälder yrkade på ensam vårdnad skulle domstolen under processen ”utreda om föräldern ändå kunde tänka sig att den gemensamma vårdnaden fick bestå”.²⁴¹ Mot bakgrund av synen på barnets behov och domstolens position kan det tänkas ha inneburit en viss påtryckning som kan liknas vid en maktbaserad konflikthanteringsansats. I propositionens resonemang om umgängessabotage hänvisades till ett färskt avgörande i Högsta domstolen som särskilt betonade vårdnadshavarens ansvar för att tillgodose barnets behov av umgänge med den andre föräldern.²⁴² Avgörandet innebar att vårdnaden om en sjuårig flicka flyttades från mamman ensam där hon bott sedan hon var tre år, till pappan ensam på grund av att mamman hindrat umgänget mellan barnet och pappan. Den stora omställningen som domstolen menade att en flytt från modern och system skulle innebära antogs flickan *klara* med hänvisning till att hon var *trygg, stabil* och hade en *god relation* till fadern. Moderns argument om att dottern hade behov av henne som vårdnadshavare på grund av sin ålder och kön avfärdades med hänvisning till att föräldrabalken inte bygger på uppfattningen om att en förälders kön gör den ena mer lämpad än den andre att vara vårdnadshavare.²⁴³ Propositionens argument för att särskilt betona barnets behov av kontakt med båda föräldrarna vid valet av vårdnadshavare framstår genom hänvisningen till praxis som mer bunden och rättsligt lojal, och därmed i lägre grad politiskt motiverad.

2.3.3 Argument och framträdande intressen

Ett framträdande värde som bland annat framträder i förändringarnas syfte, var samförstånd mellan föräldrar.²⁴⁴ Föregående reformer, 1976 och 1983, beskrevs som motiverade av strävan efter att inte göra skillnad på barn vars föräldrar var gifta och andra barn samt att stärka barns rättsliga ställning genom att markera barns behov i lagstiftningen.²⁴⁵ I det nu aktuella syftet framträder en ambition om att minska rättens inflytande över familjeförhållandena till förmån för föräldrarnas gemensamma beslutsfattande. De konkreta förslagen handlade till stor del om

²³⁸ FB, ändringslag SFS 1990:1526, 6 kap. 6a.

²³⁹ Prop. 1990/91:8 s. 37.

²⁴⁰ Prop. 1990/91:8 s. 34.

²⁴¹ Ibid., s. 59.

²⁴² Ibid., s. 39.

²⁴³ NJA 1989 s. 335.

²⁴⁴ Se t.ex. syftet att *bana väg för överenskommelser* i prop. 1990/91:8 s. 1.

²⁴⁵ Prop. 1990/91:8 s. 23 f.

att ytterligare öppna upp för användandet av gemensam vårdnad och markera barnets behov av båda föräldrarna.²⁴⁶ Propositionens allmänna motivering inleddes dock med en beskrivning av den gällande ordningen som innebar att den faktiska omsorgen om barnet normalt sköttes av en av föräldrarna när de levde isär.

Att ha vårdnad om ett barn innebär att ha det juridiska ansvaret för barnets person. Normalt svarar det juridiska ansvaret också mot den faktiska vården om barnet. Om föräldrarna har gemensam vårdnad om barnet men bor isär, kommer dock i allmänhet den dagliga vården om barnet att ligga på huvudsakligen den ena föräldern.²⁴⁷

Lagstiftaren framhöll alltså återigen skillnaden mellan rättslig vårdnad och faktisk vårdnad om barn till särlevande föräldrar. Genom att använda den passiva formuleringen *kommer [...] ligga på* angående den dagliga vården undvek man helt att adressera hur och varför det antogs vara så. Genom att utelämna orden *ansvar för* i den sista meningen kan man också ana ett undvikande av en formell uppdelning av föräldrarnas olika ansvar. Ett annat sätt att formulera det hade exempelvis varit att skriva att föräldrarna *vanligtvis väljer* att den ena ska *ansvara för barnets dagliga vård*.

Argumenten för att öka användningen av gemensam vårdnad ytterligare hade även i denna reform en tydlig värdebaserad prägel och förändringen i 6 kap. 5 § förefaller rent pedagogiska i syfte att påverka föräldrar och normer. Trots att regeln om barnets behov av båda sina föräldrar, i FB 6 kap. 6 a §, riktade sig till domstolen i sin bedömning av vårdnaden, kan den även betraktas som pedagogiskt riktad till föräldrar som övervägde att ansöka om ensam vårdnad. Under allmänna utgångspunkter och reformens inriktning, gav lagstiftaren tyngd åt resonemanget om barns behov av båda föräldrarna genom att anföra att det råder enighet om dess värde inom vetenskapen.

Det råder i dag stor enighet inom beteendevetenskapen om att det för ett barns utveckling är viktigt att barnet har nära och goda relationer till båda föräldrarna även om dessa är i konflikt med varandra. Under de olika faserna i barnets utveckling kan föräldrarna stå barnet olika nära och fylla olika behov. Särskilt när barnet kommer upp i skolåldern har det ofta ett påtagligt behov av goda kontakter med föräldern av samma kön.²⁴⁸

Till skillnad från vad som framhölls i Högsta domstolens avgörande från 1989 menade nu alltså lagstiftaren att förälderns kön kunde ha betydelse för barnet.²⁴⁹ Vidare angavs i propositionen att en bristfällig kontakt med en förälder kunde försämra barnets utveckling och att risken var stor för att barnets självkänsla skulle undermineras som en följd av en bristfällig eller negativ bild av föräldern och en därigenom försvårad identifikation. En undersökning om skolpojkar med sociala problem som hade visat att endast en bråkdel av dem som upplevt en separation hade ett fungerande umgänge med den frånvarande föräldern, vanligtvis fadern, åberopades

²⁴⁶ FB, ändringslag SFS 1990:1526, 6 kap. 4, 5, 6, 10 och 20 §§ var ägnade att öka användningen av gemensam vårdnad, 6 kap. 18 § gällde samarbetsamtal och endast en förändring i 6 kap. avsåg någonting annat, nämligen domstolens utredningsskyldighet i 6 kap. 19 §.

²⁴⁷ Prop. 1990/91:8 s. 23.

²⁴⁸ Ibid., s. 25.

²⁴⁹ NJA 1989 s. 335.

också i argumentationen.²⁵⁰ Genom att skriva att det *råder en stor enighet* undvek lagstiftaren att ange en särskild källa. Genom en läsning av annat material har jag dock funnit att resonemanget är hämtat från den promemoria som föregått propositionen. Promemorian hänvisade i sin tur till en bilaga med forskning sammanställd av överläkare Carl Göran Svedin.

I bilagan sammanfattade överläkaren bland annat att gemensam vårdnad är den vårdnadsform som bäst tillgodosåg psykologiska behov hos både barn och föräldrar, att barn i disharmoniska familjer riskerade att utveckla beteenderubbningar och psykisk ohälsa i högre grad än barn ur skilsmässofamiljer och att barn som saknar eller har ett mycket konfliktfyllt umgänge med den icke hemmaboende föräldern riskerade att utveckla beteenderubbningar och psykisk ohälsa.²⁵¹ Ett forskningsresultat som överläkaren hänvisade till hade visat att barn 6-12 år, som stod under vårdnad av antingen mamman eller pappan, i jämförelse med barn i kärnfamiljer inte uppvisade skillnader avseende självkänsla, övrig psykisk hälsa eller social kompetens. Andra faktorer, som var mer kopplade till *föräldrastil*, *samarbetsförmåga* och *konflikter* påverkade däremot barnets mående. Forskningen tydde också, enligt överläkaren, på ett samband mellan barnets anpassning och boende hos den förälder av samma kön.²⁵² Huvudsaken gällande det gemensamma föräldraansvaret uppgavs vara relationen mellan föräldrarna, oavsett vilken praktisk utformning vården hade. Om relationen mellan föräldrarna efter skilsmässan var god spelade *vårdformen* ingen roll: var den dålig hjälpte det inte att byta vårdform. Vidare nämndes internationella studier hade gett liknande resultat och barn till ”föräldrar som valt (inte dömts) ’joint custody’” mådde bättre än barn i familjer med enskild vårdnad.²⁵³ Föräldrarna, framför allt fäderna, uttryckte också större tillfredsställelse med en sådan vårdnadsform.²⁵⁴

I propositionen återgavs dock endast bilden av att vetenskapen visat att relationen mellan barn och föräldrar är viktig, och lagstiftaren lät påskina att en slutsats kunde dras om att gemensam rättslig vårdnad leder till det. Som skäl för en utvidgad möjlighet att döma till gemensam vårdnad angavs värdet av barnets goda förhållande till båda föräldrarna. Departementschefen konstaterade, utan att utveckla hur eller varför, att ett ”gemensamt rättsligt ansvar kan många gånger bidra till detta”.²⁵⁵ Kopplingen mellan den rättsliga vårdnaden, och den bristfälliga kontakten som ansågs ha en negativ inverkan på barns mående, och äldre barns upplevelse av den sekundära omsorgsföräldern som en ”mer eller mindre utomstående person”, förklarades inte heller närmare.²⁵⁶ Det okommenterade påståendet framstår, just på grund av avsaknaden av närmare förklaring, som en logisk självklarhet men är tydligt värdebaserad. Med stöd av en argumentation som fokuserade på värdet av en fungerande relation mellan barnet och båda föräldrarna framställdes gemensam vårdnad som ett viktigt inslag i en utveckling som allt mer hade kommit att betona barnets intresse.²⁵⁷

Med tanke på den stora betydelse som tillmättes barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna, kan det tyckas märkligt att (även denna) propositionen betonade att den

²⁵⁰ Prop. 1990/91:8 s. 25.

²⁵¹ Ds 1989:52 Bilaga 1, s. 15.

²⁵² Ibid., s. 11.

²⁵³ Ibid., s. 10.

²⁵⁴ Ibid.

²⁵⁵ Prop. 1990/91:8 s. 31.

²⁵⁶ Ibid.

²⁵⁷ Ibid.

dagliga omsorgen om barnet inte förväntades delas av föräldrarna. Det kan dock enkelt förklaras med att en nära och god kontakt inte ansågs förutsätta daglig omsorg. Den sekundära omsorgsföräldern framstår närmast som ett objekt för barnets behov och den primära omsorgsföräldern som ansvarig för behovstillfredsställelsen. Att den önskvärda kontakten gjordes beroende av att den sekundära omsorgsföräldern hade del i den rättsliga vårdnaden, kan förstås som en misstro mot att den primära omsorgsföräldern frivilligt skulle tillgodose just detta behov hos barnet. Det kan dock också få sin förklaring i argumentationen kring varför interimistiska beslut om vårdnaden skulle användas med försiktighet.

Erfarenheter från bl.a. Finland, där interimistiska beslut normalt bara avser bostadsfrågan, tyder på att det har ett stort psykologiskt värde att ingen förälder blir avskuren från ansvaret för barnet i avvaktan på det slutliga avgörandet. Ett fortsatt gemensamt vårdnadsansvar kan ha en allmänt gynnsam inverkan på vårdnadsutredningen. Det kan ibland lindra de tendenser till misströstan och hopplöshet som kan följa på ett interimistiskt beslut som har gått en förälder emot. Detta kan i sin tur förhindra att känslan av ansvar och intresse för barnet avtar, något som är till gagn för barnet.²⁵⁸

Den psykologiska effekten av att bli avskuren från [det rättsliga] ansvaret för barnet antogs alltså kunna leda till att den sekundära omsorgsföräldern tappade intresset för barnet. Den sekundära omsorgsföräldrarnas ansträngningar för att tillgodose barnets behov och upprätthålla en fungerande kontakt med barnet förväntades alltså botten i det rättsliga förhållandet. Liknande antaganden fanns också med i propositionen från 1976.²⁵⁹ Ytterligare formuleringar, som hämtades ur argumentationen från 1976 års reform, tyder på att lagstiftaren fortfarande till stor del var inriktad på att minska konflikten mellan föräldrarna och dämpa den sekundära omsorgsförälderns känsla av förlust.

”Vid många separationer vållar vårdnadsfrågan allvarliga motsättningar mellan föräldrarna. För många, kanske de flesta, föräldrar är det svårt att acceptera att förlora vårdnaden om ett barn. Däremot torde förhållandena ibland vara sådana att den ena föräldern tämligen lätt kan acceptera att den andra får ta hand om den dagliga vården om barnet, om han eller hon bara får stå kvar som rättslig vårdnadshavare jämte den andra föräldern.”²⁶⁰

Ordet *förlora* signalerar att den rättsliga vårdnaden är en tillgång och ordet *får* används i relation till den primära omsorgsföräldern för att beteckna dennes privilegium i att ta hand om den dagliga vården. Eftersom det beskrivs som lättare att acceptera att gå miste om den dagliga vården än om det rättsliga vårdnadshavarskapet rangordnas statusen i de olika rollerna. Till skillnad från motsvarande argument från 1976 skriver departementschefen nu *han eller hon* i stället för bara *han* för att beteckna den sekundära omsorgsföräldern.²⁶¹ Detta visar att en skiftning hade skett gällande synen på värdet av könsneutrala resonemang.

Argumentationen i övrigt utgjordes till stor del av samma erfarenheter som låg till grund för 1983 års reform. De erfarenheter som föräldrar med gemensam vårdnad hade gjort var positiva,

²⁵⁸ Ibid., s. 48.

²⁵⁹ Se 2.1.3 *Argument och framträdande intressen* med hänvisning till prop. 1975/76:170 s. 145.

²⁶⁰ Prop. 1990/91:8 s. 32.

²⁶¹ Jmf prop. 1975/76:170, s. 143 f.

kontakterna med barnet var tätare och föräldrar skulle rekommendera vårdnadsformen till andra, framhöll departementschefen.²⁶² Formuleringarna var i det närmaste identiska med de från 1983 års proposition vilket kan vara en indikation om att det inte fanns någon ny forskning som låg till grund för påståendena.²⁶³ Men ingenting skrevs heller ut om att erfarenheterna var gjorda innan den förra reformen, vilket skulle kunna vara ägnat att leda till antagandet om att de var färskare än så. Däremot användes ordet *torde*, till skillnad från *föret*, vilket gav utrymme för visst tvivel till skillnad från *föret*; ”erfarenheten *torde* även visa att en klar majoritet av de särboende föräldrar som har gemensam vårdnad är nöjda med denna vårdnadsform.”²⁶⁴ En skillnad i hur de gjorda erfarenheterna formulerades var att *männen* byttes ut mot *papporna* och *kvinnorna* byttes ut mot *den förälder som har barnet boende hos sig* i den i övrigt identiska meningen om positiva upplevelser av gemensam vårdnad.²⁶⁵ På så sätt osynliggjordes de könsrelaterade skillnaderna i upplevelserna till viss del. Angående just denna särskilt synliggjorda erfarenhet skrev departementschefen 1990 att dessa positiva upplevelser *brukar* framhållas, vilket signalerade att fler studier hade gjorts.²⁶⁶ Även kritiken tycks återanvänd från 1983, men nedkortat och i något mildare formuleringar som gav sken av att det är en liten grupp som framställt kritiken.²⁶⁷ Departementschefen fortsatte sedan med att kort konstatera att de flesta var eniga om att gemensam vårdnad i de flesta fall är att föredra.

På det hela taget *torde* det dock råda en betydande enighet om att gemensam vårdnad i det helt övervägande antalet fall är att föredra framför ensam vårdnad. I likhet med det stora flertalet remissinstanser anser jag därför att det finns anledning att gå vidare på den inslagna vägen och öka möjligheterna att få till stånd gemensam vårdnad.²⁶⁸

Inget resonemang fördes i propositionen om varför den tidigare reformen, som använt samma argument, inte varit tillräcklig. Inte heller kring vad det var som utmärkte de föräldrar som var nöjda med gemensam vårdnad eller vad frivilligheten som villkor kan ha haft för betydelse. Den föregående vårdnadsreformen beskrevs som lyckad, och propositionen framhöll att allt fler föräldrar såg det som självklart att de båda skulle vara delaktiga i sitt barns uppfostran och utveckling även efter en separation. Fler föräldrar uppgavs komma överens men de tvistiga målen tycktes ha blivit mer komplicerade.²⁶⁹ Ordet *möjlighet*, som har en positiv konnotation, användes konsekvent för att beskriva vad lagförändringen avsåg att öka. För den förälder som helst ville ha gemensam vårdnad var det givetvis en möjlighet, men för den förälder som helst ville ha ensam vårdnad innebar förändringarna snarare en påtryckning och risk. En alternativ formulering skulle kunna vara att den förändrade lagstiftningen helt enkelt syftade till att fler föräldrar skulle få del i den rättsliga vårdnaden om sina barn.

²⁶² Prop. 1990/91:8 s. 32.

²⁶³ Jmf prop. 1981/82:168 s. 27.

²⁶⁴ Prop. 1990/91:8 s. 32

²⁶⁵ Se ovan 2.2.3 *Argument och framträdande intressen*, samt prop. 1990/91:8 s. 32 jmf prop. 1981/82:168 s. 27.

²⁶⁶ Prop. 1990/91:8 s. 32.

²⁶⁷ Ibid.; *Det finns också de som hävdar att det finns en risk...* jämför tex med *I den kritik som har förts fram mot gemensam vårdnad - såväl i remissyttrandena över utredningens betänkande som i den allmänna debatten - hävdas dock att...* i prop. 1981/82:168 s. 27.

²⁶⁸ Prop. 1990/91:8 s. 32.

²⁶⁹ Ibid., s. 26.

En diskussion om möjligheterna att införa *obligatorisk* gemensam vårdnad för alla föräldrar fördes återigen upp av en remissinstans, men departementschefen avvisade en sådan tanke. Han framhöll att det kunde finnas situationer då det inte var förenlig med barnets bästa, även om en förälder inte var uppenbart olämplig som vårdnadshavare. Detta kunde vara fallet till exempel vid så svåra och djupa konflikter att föräldrarna inte över huvud taget förmådde att samarbeta, ”exempelvis vid fall av hustrumisshandel”.²⁷⁰ Departementschefen fortsatte:

Om föräldrarna under sådana omständigheter skulle påtvingas gemensam vårdnad, skulle det bli nödvändigt att modifiera den utgångspunkt som institutet gemensam vårdnad bygger på i dag, nämligen att föräldrarna i princip kan enas i alla frågor som rör barnet. Det skulle bli nödvändigt att införa en möjlighet till tvistlösning i frågor som inryms i vårdnaden. [...] En sådan ordning är naturligtvis inte otänkbar. [...] För egen del anser jag inte heller att tiden är mogen att överväga gemensam vårdnad i fall då en av föräldrarna inte kan tänka sig detta. Däremot kan det finnas anledning att överväga andra utvägar.²⁷¹

Som exempel på sätt att modifiera vårdnadsrätten, så att enighet inte skulle krävas i alla frågor, angavs att domstolen skulle kunna bestämma om barnets boende, kontakt med den föräldern den inte bodde hos eller frågan om barnets skolgång. En sådan ordning framställdes som möjlig, vilket förstärktes med ordet *naturligtvis*. Men tiden ansågs alltså inte mogen för detta. En sådan formulering implicerar att det var en tidsfråga innan föräldrar kunde förväntas dela det rättsliga ansvaret om barn trots djupa konflikter och våld. För ogifta samboende föräldrar sågs gemensam vårdnad som en förvisso naturlig lösning utan principiella problem, men en obligatorisk gemensam vårdnad för dem ansågs bli svårtillämpad eftersom det inte fanns någon entydig och synlig markering av att ett samboförhållande förelåg.²⁷²

2.3.4 Förändrade maktpositioner

Eftersom en förälder fortfarande kunde framtvunga ett beslut om vem av föräldrarna som skulle anförtros vårdnaden ensam hade den förälder som bäst kunde antas tillgodose barnets behov ett formellt överläge. Däremot blev det nu allt tydligare i lagstiftningen att ett framtvingande av ett sådant beslut som utgångspunkt ansågs strida mot barnets intresse. I praktiken torde det innebära att hävkraften som tidigare hade följt av huvudansvaret för den faktiska omsorgen nu minskade drastiskt. Dessutom tillskrevs föräldrarna som sådana en väsentlig betydelse genom den nya bestämmelsen som uttryckligen stadgade att barnets behov av båda föräldrarna skulle tillmätas särskilt värde vid bedömningen av barnets bästa.²⁷³ Omsorgsbehovet, som kom till uttryck i kapitlets första paragraf, fick alltså konkurrens, vilket jämnade ut föräldrarnas resursstyrka. Den nya bestämmelsen innebar att den som kunde antas bäst främja ett nära och gott umgänge mellan barnet och den andre föräldern skulle förordnas till vårdnadshavare. Detta var dock ingen ny princip, menade departementschefen, och hänvisade till uttalandet i 1983 års proposition.²⁷⁴ Genom att hänvisa till befintlig rätt med formuleringen att den *också* präglades av principen om bäst främjande av nära och gott umgänge med den andre föräldern, gavs

²⁷⁰ Ibid., s. 32.

²⁷¹ Ibid., s. 32 f.

²⁷² Ibid., s. 35.

²⁷³ FB, ändringslag SFS 1990:1526, 6 kap. 6 a §.

²⁷⁴ Prop. 1990/91:8 s. 61, med hänvisning till prop. 1981/82:168 s. 66.

resonemanget tyngd. Vid en närmare läsning av det äldre materialet kan man dock se att bäst främjande av nära och gott umgänge med den andre föräldern nämndes angående val av vårdnadshavare först som *annan viktig faktor* efter en rad andra omständigheter. Dessförinnan nämndes förmågan att tillfredsställa barnets behov av omvårdnad, trygghet och en god fostran, föräldrarnas förmåga att förstå barnets känslor, föräldrarnas förmåga att sätta gränser för barnets handlande i balans med fostran till självständigt ansvarstagande, barnets [eventuellt destruktiva] beroende av en förälder, barnets yttre miljö och hur de dagliga kontakterna med personer i barnets omgivning sköts.²⁷⁵

I 1990 års proposition nämndes inte barnets grundläggande behov enligt FB 6 kap. 1 § som avgörande för vårdnadsfrågan och begreppet *omsorg* togs inte upp i relation till vårdnaden mer än för att beskriva förevarande ordning.²⁷⁶ Regeln som stadgade barnets rätt att få de uppräknade behoven enligt 6 kap. 1 § tillgodosedda hade en handlingsdirigerande karaktär och saknade egentlig rättsföljd. Vårdnadshavarnas skyldigheter enligt FB 6 kap 2 § att tillgodose behoven var inte sanktionerad. Även den regeln saknade rättsföljd vilket gav den en främst handlingsdirigerande funktion, trots att uttalanden i 1983 års proposition angav att det stadgade ansvaret för barnets grundläggande behov kunde få betydelse vid domstolens beslut i vårdnadsfrågan.²⁷⁷ Regeln, som tydligt angav betydelsen av barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna i valet av vårdnadshavare, visade därmed att intresset av att främja den sekundära omsorgsföräldrarnas position gavs företräde. I ljuset av att propositionen hänvisat till ett avgörande som, redan innan aktuell reform, hade gett en sekundär omsorgsförälder ensam vårdnad med stöd av att båda föräldrarna ansågs lämpliga som vårdnadshavare men att barnets behov av god kontakt bäst kunde tillgodoses på så sätt, signalerade lagstiftaren att ”god kontakt” ansågs väga tyngre än kontinuitet.²⁷⁸ Detta bekräftades också i ett uttalande om att omställningsproblem kunde vara ett pris värt att betala för en fungerande relation mellan barnet och båda föräldrarna och att kontinuitet och stabilitet inte slentrianmässigt skulle ges företräde framför behovet av en god relation till båda föräldrarna.²⁷⁹

Vårdnadshavaren hade också ålagts en skyldighet att lämna upplysningar till den andre föräldern för att underlätta umgänge. *Umgängessabotage*, som avsåg en förälders obstruerande av barnets kontakt med den andre föräldern, betraktades som ett hot mot barnets psykiska hälsa som krävde åtgärder. Ett förslag om automatisk vårdnadsöverflyttning i sådana fall förkastades men genom den sammantagna rättskonstruktionen kring synen på barns behov kan maktpositionerna föräldrarna emellan tyckas ha förändrats avsevärt.²⁸⁰

En primär omsorgsförälder kunde visserligen fortfarande förvänta sig ett visst inflytande genom att tillgodose barnets grundläggande behov, men lagstiftarens resonemang tyder på en syn på rollerna som ombytbara. Eftersom omsorgsansvaret inte heller tillskrevs vårdnadshavarna

²⁷⁵ Prop. 1981/82:168 s. 65 f.

²⁷⁶ En del remissinstanser nämnde dock omsorg i olika avseenden i sina kommentarer kring de föreslagna förändringarna.

²⁷⁷ Prop. 1981/82:168 s. 22.

²⁷⁸ Se ovan 2.3.2.2 *Grunder för bedömning vid val av vårdnadshavare* och prop. 1990/91:8 s. 39 med hänvisning till NJA 1989 s. 335.

²⁷⁹ Prop. 1990/91:8 s. 61.

²⁸⁰ *Ibid.*, s. 39.

personligen, och inställningen till den andra föräldern gavs stor betydelse, kan den omsorgsrelaterade maktpositionen anses ha börjat tappa fästet i och med denna reform. Den primära omsorgsföräldrarnas position som tidigare, genom synen på omsorgsrollen som mer beständig, givit den en närande maktbas var nu försvagad. Den sekundära omsorgsföräldrarnas position stärktes genom lagstiftarens tydliga signaler om strävan efter gemensam vårdnad och förgängligheten i omsorgspositionen. Den förälder som upplever sig mest sårbar, genom ett vårdnadsbeslut som går den emot, kan antas vara mest mottaglig för belöningar och bestraffningar och därmed mest exponerad för tärande maktutövning.

Barnets bästa skulle avgöra val av vårdnadshavare när ett sådant val var nödvändigt, men om gemensam vårdnad var möjligt skulle det ha företräde.²⁸¹ Kritik, gällande risken att en förälder skulle kunna känna sig tvingad att godta gemensam vårdnad, ansåg departementschefen vara svår att förstå eftersom gemensam vårdnad fortfarande inte skulle komma i fråga om någon av föräldrarna motsatte sig det.²⁸² I nästa stycke resonerade han dock vidare om att den presumptive ensamma vårdnadshavarens inställning till att dela den rättsliga vårdnaden med den andre föräldern kunde påverka bedömningen vid val av vårdnadshavare. Att departementschefen i följande resonemang föreställer sig att det är den primära omsorgsföräldern som är ovillig att dela vårdnaden går att utläsa av att oviljan ses som ett tecken på ointresse att upprätthålla en god kontakt mellan barnet och *den andre föräldern*.

På motsvarande sätt som i fråga om ovilja att delta i samarbetsamtal uppkommer fråga om vilken betydelse som bör tilläggas det förhållandet att en förälder motsätter sig gemensam vårdnad. Med utgångspunkt i att gemensam vårdnad typiskt sett kan gagna ett barns intresse ligger det typiskt sett också ofta närmast till hands för en förälder som vill sätta barnets bästa i centrum att sträva efter gemensam vårdnad. En förälders motstånd mot gemensam vårdnad kan därför vara ett tecken på att intresset och ambitionen hos den föräldern att söka upprätthålla en nära och god kontakt mellan barnet och den andra föräldern är mindre. Men motståndet kan naturligtvis också botten i andra orsaker. Det kan bero på en strävan hos föräldern att skydda barnet mot att fara illa. Det kan ha sin grund i sådana förhållanden som hustrumisshandel eller ständiga trakasserier från en makes sida, förhållanden som kan göra det svårt eller omöjligt med en vårdnadsform som förutsätter enighet i frågor som rör barnet. I det enskilda fallet måste bedömningen därför vara mycket lyhörd och noggrant inriktas på de omständigheter och behov som föreligger i just det fallet.²⁸³

Den förälder som inte såg värdet i den andre föräldern tappade alltså trovärdighet som vårdnadshavare och makt både i tvisten och därmed i de informella förhandlingarna. Utan den underförstådda premisen att bli anförtrodd vårdnaden, baserat på att vara den som tillgodosåg barnets basala behov, kan möjligheterna att ställa krav utanför rätten också antas minska. Resonemanget om att det kunde finnas en legitim anledning för en förälder att motsätta sig gemensam vårdnad eller umgänge kan uppfattas som en sorts bevisbörda för den föräldern. Det framgår inte av resonemanget vad det skulle innebära om vårdnadsformen försvåras eller

²⁸¹ Ibid., s. 3.

²⁸² Ibid., s. 34.

²⁸³ Ibid.

omöjliggörs. Genom att beteckna vårdnadsformerna som ett objekt döljs den praktiska omedelbara effekten – en vårdnadsform som omöjligt kan utövas lämnar barnet utan företräde. Med vårdnadshavare som inte kan utöva sina skyldigheter, eftersom det är omöjligt, så kan inte barnet få sina rättigheter tillgodosedda, vilket riskerar att försätta barnet i en rättslös position.

2.3.5 Sammanfattning av 1990 års reform

Reformens syfte var att ytterligare öka användningen av gemensam vårdnad och argumentationen har en starkt värdebaserad och pedagogisk prägel. Skillnaden mellan att bejaka gemensam vårdnad och att inte motsätta sig det kan tyckas liten och ändringen förefaller rent pedagogisk. Tillsammans med resonemanget om barns behov och de övriga ändrade reglerna med fokus på samarbete och umgänge hade reformen en betydelsefull och starkt konstruerande funktion för familjerelationerna. Sedan lång tid tillbaka skulle barnets bästa vara i fokus, men genom att laborera med barnets behov och etablera presumtioner om vad det var flyttades aktörerna runt barnet omkring utan att barnets *rättsliga ställning* förändras formellt. Hade ett betydande fokus i stället lagts vid barnets behov av stabilitet och kontinuerlig omsorg hade konstruktionen i stället styrts mot en förstärkning av den primära omsorgsförälderns position.²⁸⁴ Men i enlighet med den redan inslagna vägen fördelades nu alltså ytterligare tyngd i den sekundära omsorgsförälderns vågskål. Ett större praktiskt ansvar lades på den primära omsorgsföräldern genom ansvaret för barnets relation till den andre föräldern. Lagstiftningen betonade föräldrarnas värde och familjen som barnets naturliga uppväxtmiljö vilket gav kraft åt föräldrar i relation till både staten, varandra och barnet.

Reformen tycks vara sprungen ur en politisk vilja att just jämna ut maktförhållandet mellan föräldrarna för att stimulera samförståndslösningar. Genom att understryka föräldrarnas värde i sig, oberoende av faktisk prestation eller funktion, gavs företräde för en makt- eller behovsbaserad konflikthanteringsansats direkt mellan föräldrarna, framför en regelbaserad. Reglernas konkreta innebörd blev mindre tydlig eftersom barnets stadgade behov krävde resurser som kunde antas vara fördelade mellan föräldrarna; den ena föräldern bidrog som vårdnadshavare i första hand med omsorg och den andre föräldern säkerställde relationen till sig själv genom sin del i vårdnaden. En av de främsta fördelarna med en regelbaserad konflikthanteringsansats är att skydda en svagare part. I den mån föräldrarna inte har en jämlik, och närande, maktbas riskerar konflikten att utvecklas till en maktkamp och möjligen som leder till en godtycklig maktbaserad hantering.

2.4 Proposition 1997/98:7 - Vårdnad, boende och umgänge.

2.4.1 Förhållanden inför reformen

Den 1 juni 1993 trädde en bestämmelse i kraft i föräldrabalken som stadgade att rätten skulle beakta risken för att ett barn, i samband med utövande av umgänge, kunde utsäts för övergrepp, olovligt föras bort, kvarhållas eller annars fara illa.²⁸⁵ Den 1 januari 1996 infördes ytterligare

²⁸⁴ Se prop. 1990/91:8 s. 61.

²⁸⁵ FB, ändringslag SFS 1993:213, 6 kap. 15 § 4 st och prop. 1992/93:139 s. 7.

en regel om att rätten skulle även ta hänsyn till barnets vilja, med beaktande av barnets ålder och mognad, i bedömningen av både umgänges- och vårdnadsfrågor.²⁸⁶

Vårdnadstvistutredningen, SOU 1995:79, hade kommit och automatisk vårdnad för alla föräldrar hade återigen behandlats och förkastats. Förslag lämnades dock om att utöka domstolens beslutsalternativ när en eller båda föräldrarna ville få ändring i vårdnaden. Förslaget innebar att domstolen, mot en förälders uttryckliga vilja, skulle kunna förordna om gemensam vårdnad eller vägra att upplösa den. Exemplet som angavs på en situation då det kunde aktualiseras var att en fader skulle kunna få del i vårdnaden trots att modern motsatte sig det, när ett barn fötts utanför äktenskapet.²⁸⁷ För att ytterligare öka användningen av gemensam vårdnad föreslogs att domstolen inom ramen för en vårdnadstvist skulle kunna bestämma om barnets boende. Fler förslag lämnades, huvudsakligen på temat att öka användningen av gemensam vårdnad, främja samarbete mellan föräldrar och betoning av principen av barns bästa vid tillämpningen av bestämmelserna i FB 6 kap.²⁸⁸ Minskade kostnader för domstolsförfarandet och en stor besparing av barns lidande i utdragna domstolsprocesser som inte ansågs gå att ”mäta i pengar” förväntades bli konsekvenserna av lagförslagen.²⁸⁹

2.4.2 Reformens innebörd och syfte

Den 28 maj 1998 utfärdades lag (SFS 1998:319) om ändring i föräldrabalken som kom att träda i kraft den 1 oktober 1998. FB 6 kap. 5 §, som reglerade rättens beslut i vårdnadsfrågan i en tvist mellan föräldrar, möjliggjorde nu för domstolen att besluta om gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja.

I kraft 1 mars 1991. ²⁹⁰	I kraft den 1 oktober 1998. ²⁹¹
FB 6 kap. 5 §	FB 6 kap. 5 §
Står barnet under vårdnad av båda föräldrarna och vill någon av dem att vårdnaden inte längre skall vara gemensam, skall rätten efter vad som är bäst för barnet anförtro vårdnaden åt en av föräldrarna eller, om den förälder som har begärt upplösning av den gemensamma vårdnaden inte motsätter sig fortsatt gemensam vårdnad, låta den gemensamma vårdnaden bestå.	Står barnet under vårdnad av båda föräldrarna eller en av dem och vill någon av dem få ändring i vårdnaden, skall rätten efter vad som är bäst för barnet förordna att vårdnaden skall vara gemensam eller anförtro vårdnaden åt en av föräldrarna.
[Föräldrarnas talerätt i målet och rättens möjlighet att besluta ex officio vid mål om äktenskapsskillnad.]	Rätten får inte besluta om gemensam vårdnad, om båda föräldrarna motsätter sig det. [Föräldrarnas talerätt i målet och rättens möjlighet att besluta ex officio vid mål om äktenskapsskillnad – stycket oförändrat.]

²⁸⁶ FB, ändringslag SFS 1995:1242, 6 kap. 15 § 4 st och 10 d §.

²⁸⁷ SOU 1995:79 s. 9.

²⁸⁸ Ibid., s. 8 f.

²⁸⁹ Ibid., s. 12.

²⁹⁰ FB, ändringslag SFS 1990:1526.

²⁹¹ FB, ändringslag SFS 1998:319.

Den 1 oktober 1998 trädde återigen en ny formulering av FB 6 kap 5 § i kraft.²⁹² Förändringen angående domstolens prövning av vårdnadsfrågan i en tvist mellan föräldrar innebar att det inte längre var ett hinder för domstolen, att en av föräldrarna motsatte sig gemensam vårdnad. Regeln i FB 6 kap. 6 §, som tidigare reglerade den situation att en av föräldrarna hade ensam vårdnad vid inledandet av en tvist, inkluderades i FB 6 kap. 5 §. FB 6 kap. 6 § fick nytt innehåll med möjligheten för föräldrar att skriva avtal om vårdnaden. Vad som var bäst för barnet skulle sedan tidigare vara domstolens utgångspunkt i beslutet om vårdnad, men en ny regel i FB 6 kap. 2 a §, som fick en central placering i början av kapitlet, stadgade numera att barnets bästa skulle ”komma i främsta rummet vid avgörande av alla frågor som rör vårdnad, boende och umgänge”.²⁹³ Bestämmelsen i FB 6 kap. 6 a §, som tidigare angav att barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna särskilt skulle uppmärksammas vid en sådan bedömning, fördes in i den nya bestämmelsen. Även bestämmelsen om att domstolen skulle beakta risken för att barnet i samband med umgänget utsattes för övergrepp, olovligen bortfördes eller hölls kvar eller annars för illa, som sedan 1991 funnits i FB 6 kap. 15 §, placerades i portalparagrafen om barnets bästa.²⁹⁴ Risken skulle därmed beaktas, inte bara vid umgängesfrågan, utan också i beslut om vårdnadsform och vårdnadshavare. I direkt anslutning till den nya bestämmelsen infördes ytterligare en ny bestämmelse om att hänsyn till barnets vilja, med beaktande av barnets ålder och mognad, också skulle tas vid avgöranden av frågor om vårdnad, boende och umgänge.²⁹⁵ Dessutom infördes två nya bestämmelser som gav rätten möjlighet att besluta om barnets boende och umgänge med den särlevande vårdnadshavaren, inom ramen för gemensam vårdnad.²⁹⁶

Det övergripande syftet med de föreslagna ändringarna var enligt propositionen att ”betona vikten av samförståndslösningar”, ”underlätta för föräldrar att i så stor utsträckning som möjligt komma överens” och att ”bana väg för ökad användning av gemensam vårdnad”.²⁹⁷ Syftena hade en tydlig pedagogisk utformning och förändringarna framstår som starkt handlingsdirigerande.

2.4.2.1 Domstolens beslutsutrymme

Domstolens beslutsalternativ ökade alltså ytterligare i och med denna reform och det fanns inte längre någon formell anledning för domstolen att, inom ramen för sin utredningsskyldighet, reda ut möjligheten för om en negativt inställd förälder skulle kunna ändra uppfattning i vårdnadsfrågan. I en tvist mellan en förälder som ville ha gemensam vårdnad och en förälder som ville ha ensam vårdnad var domstolens första uppgift att bedöma vilken vårdnadsform som var mest lämplig.²⁹⁸ För att fler beslut om gemensam vårdnad skulle kunna fattas hade domstolen numera också möjlighet att kombinera ett sådant beslut med beslut om boende och umgänge. Det gav domstolen ytterligare utrymme.

²⁹² FB, ändringslag SFS 1998:319, 6 kap. 5 §.

²⁹³ FB, ändringslag SFS 1998:319, 6 kap. 2 a §.

²⁹⁴ Se prop. 1997/98:7 s. 104.

²⁹⁵ FB, ändringslag SFS 1998:319, 6 kap. 2 b §.

²⁹⁶ FB, ändringslag SFS 1998:319, 6 kap. 14 a och 15 a §§.

²⁹⁷ Prop. 1997/98:7 s. 1.

²⁹⁸ FB, ändringslag SFS 1998:319, 6 kap. 5 § 1 st.

Om föräldrarna var ense om att utöva vårdnaden gemensamt skulle domstolen, sedan 1977, besluta i enlighet med deras önskemål, om det inte uppenbart stred mot barnets bästa.²⁹⁹ Samma bedömning skulle 1998 fortfarande göras av rätten och av socialnämnden vid prövningen av ett avtal.³⁰⁰ Skillnaden efter denna reform var att det sedan inte längre stod var för sig och en av föräldrarna fritt att begära ensam vårdnad om den gemensamma inte fungerade. Om föräldrarna var ense om att en av dem skulle utöva vårdnaden skulle rätten besluta i enlighet med deras önskemål, och socialnämnden godkänna avtalet, och om det var till barnets bästa.³⁰¹ För den förälder som sedan inte tyckte att en sådan ordning fungerade var det, från och med 1998, möjligt att väcka talan och få till stånd en gemensam vårdnad oberoende av den andra förälderns vilja. Domstolens beslutsutrymme avgjordes alltså i högre grad av föräldrarnas inställning om de önskade gemensam vårdnad. Om överenskommelsen mellan dem var att den ena skulle utöva vårdnaden ensam var domstolen och socialnämnden, enligt lagtextens ordalydelse, mer fria att göra en bedömning av barnets bästa. En överenskommelse mellan föräldrarna antogs dock i allmänhet vara i enlighet med barnets bästa.³⁰²

2.4.2.2 Grunder för bedömning vid val av vårdnadsform och vårdnadshavare.

Under förutsättning att det var bäst för barnet skulle gemensam vårdnad nu alltså kunna komma i fråga även om en av föräldrarna motsatte sig det, men inte båda. Att det *numera* rådde en *allmän enighet* om att barnets bästa skulle stå i centrum vid lagstiftning som rör barn uttalades i propositionen, vilket återigen antyder att fokus på barnets bästa skulle vara en nyhet i någon mån.³⁰³ Till skillnad från tidigare skulle domstolen nu i större utsträckning självständigt bedöma om det var till barnets bästa att stå under vårdnad av båda föräldrarna eller inte. Förut antogs gemensam vårdnad vara till barnets bästa med stöd av att föräldrarna var ense om, eller åtminstone accepterade, det. Numera var det möjligt för domstolen att bedöma att det var till barnets bästa, trots att en förälder motsatte sig det. Tidigare avsåg bedömningen av barnets bästa främst vilken av föräldrarna som bäst kunde antas tillgodose barnet olika behov när gemensam vårdnad inte var aktuellt. Nu, med fler beslutsalternativ vid en tvist mellan föräldrar, kan bedömningen tänkas ha blivit mer komplicerad. I stället för att bara ställa föräldrarna och deras respektive omgivande omständigheter mot varandra, behövde nu bedömningen beakta fler alternativ och aspekter.

Fler föräldrar, som kunde identifieras som den sekundära omsorgsföräldern, hade nu formellt sett större möjligheter att övertyga domstolen om sitt berättigande som vårdnadshavare, i stället för att behöva övertyga den andre föräldern. Vid bedömningen av vad som var bäst för barnet skulle det fästas särskilt avseende vid dess behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Risken för att utsättas för övergrepp eller föras bort skulle enligt samma bestämmelse beaktas. Enligt ordalydelsen var det senare alltså en bedömningsgrund som kom i andra hand. Det kommenterades dock inte särskilt i propositionen. Däremot betonades att det var *risken* som skulle beaktas angående den senare aspekten. Det krävdes alltså inte att det var ställt utom allt tvivel att ett för barnet skadligt förhållande skulle inträffa för att det skulle

²⁹⁹ FB, ändringslag SFS 1976:612, 6 kap. 8 § och därefter FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 4 § 1 st.

³⁰⁰ Prop. 1997/98:7 s. 109 och FB, ändringslag SFS 1998:319, 6 kap. 6 § 2 st.

³⁰¹ Prop. 1997/98:7 s. 109 och FB, ändringslag SFS 1998:319, 6 kap. 5 § 1 st.

³⁰² Prop. 1997/98:7 s. 109 och prop. 1990/91:8 s. 59.

³⁰³ Prop. 1997/98:7 s. 34.

inverka på beslutet. Konkreta omständigheter som talade för att det fanns en risk att barnet för illa skulle räcka.³⁰⁴ Att barnets bästa kom till uttryck i en portalparagraf ansågs betona ”att barnets bästa alltid skall finnas med som en bas för bedömningen”.³⁰⁵ Tillsammans med uppräknningen av barnets grundläggande rättigheter enligt 6 kap. 1 § ansågs de två särskilda faktorerna tillräckliga för att precisera bedömningen av barnets bästa. En mer utförlig definition ansågs riskera den nödvändiga flexibiliteten i det enskilda fallet.³⁰⁶

Angående barns bästa i en skilsmässosituation vilade 1998 års reform delvis på överläkaren Torgny Gustavssons resonemang. I vårdnadstvistutredningen som legat till grund för propositionen återgavs delar av ett föredrag han hållit vid domstolsverkets seminarium. Överläkaren uttryckte att det var ett självklart grundperspektiv att barnets bästa ska vara avgörande när vårdnads- och umgängesfrågan ska lösas, men - vid föräldrarnas separation finns det alltid nackdelar och problem. Han beskrev att långa och destruktiva strider om vårdnad kan liknas vid barnmisshandel och ger psykiska besvär. Det bästa för barn är sammanlevande och samverkande föräldrar, och efter det kan det vara mer korrekt att tala om *den minst dåliga lösningen*, menade överläkaren.³⁰⁷ Denna retorik tycks inte ligga i linje med den realitet som lagstiftaren ville framhålla och *barnets bästa* förblev ledord.³⁰⁸

2.4.3 Argument och framträdande intressen

Argumentationen för förändringen i bestämmelsen om domstolens prövning av ändring i vårdnaden mellan föräldrarna kännetecknas åter av värdebaserade argument. Betoning var på barns behov av båda sina föräldrar och värdet av flexibilitet i regelsystemet. Att barnets bästa skulle stå i centrum för lagstiftningen inledde de allmänna utgångspunkterna i ett kombinerat värdebaserat och rationellt argument; det *råder numera allmän enighet* om det och sedan poängterades att samma grundsyn kom till uttryck i barnkonventionen.³⁰⁹ Därmed fanns det rent rättsliga skäl att ytterligare betona en sådan utgångspunkt i lagstiftningen. Genom att framhärda barnfokuset som, i någon mening, en nyhet (genom ordet *numera*) insinuerade regeringen att det inte alltid har varit så. *Barnets bästa* positionerades som subjekt i meningen och *stå* som predikat, vilket gör att barnets bästa framstod som någonting fast medan dess plats sågs som rörlig. Det kan alltså tolkas som att dess centrala plats var ny, medan definitionen av barnets bästa som begrepp sågs som oföränderligt. Att de tidigare reformerna med samma inriktning uppfattades som framgångsrika, och att de hade verkat i rätt riktning, användes som ett argument för att *fortsätta på den inslagna vägen*.³¹⁰ Målet som angavs var att föräldrar skulle ha gemensam vårdnad i alla fall då det är bäst för barnet.³¹¹ Men, eftersom det bästa för barn inte ansågs kunna bestämmas generellt, presenterades i stället en ökad flexibilitet i regelsystem som en viktig del av lösningen.

Bedömningen av vad som i ett enskilt fall är bäst för ett barn kan inte göras schablonmässigt utan måste bli beroende av omständigheterna i det särskilda fallet.

³⁰⁴ Ibid., s. 48, med hänvisning till prop. 1992/93:139 s. 28 f. och s. 37.

³⁰⁵ Prop. 1997/98:7 s. 47.

³⁰⁶ Prop. 1997/98:7 s. 47.

³⁰⁷ SOU 1995:79, bilaga 15 s. 325.

³⁰⁸ Se prop. 1997/98:7 s. 46.

³⁰⁹ Prop. 1997/98:7 s. 34.

³¹⁰ Ibid., s. 35.

³¹¹ Ibid.

För att barnets bästa skall kunna tillgodoses måste regelsystemet ge de rättstillämpande myndigheterna det utrymme som behövs för att de skall kunna beakta de individuella förhållandena och välja den lösning som bäst svarar mot behovet i det enskilda fallet.³¹²

Som jag visat i tidigare avsnitt var barnets bästa inte en ny målsättning för lagstiftningen. Redan på 70-talet skulle domstolen besluta efter vad som var bäst för barnet vid val av vårdnadshavare. Nu blev däremot domstolens handlingsutrymme större och ytterligare alternativ stod till buds oberoende av föräldrarnas inställning. Åtminstone oberoende av en förälders inställning. Om båda föräldrarna motsatte sig gemensam vårdnad ansågs det inte finnas förutsättningar för en sådan vårdnadsform.³¹³ En förälders ovilja till att själv ta del i vårdnaden ansågs också innebära att gemensam vårdnad inte kunde antas vara i enlighet med barnets bästa. Lagstiftaren uttalade specifikt att bestämmelsens utformning visserligen medgav att en ensam vårdnadshavare kunde driva igenom gemensam vårdnad mot den andres vilja, men en sådan lösning avfärdades utan något längre resonemang.³¹⁴

Bestämmelsen möjliggör i och för sig för domstolen att förordna en förälder som vårdnadshavare mot hans eller hennes vilja. Om en förälder uttryckligen förklarar att han eller hon inte vill ha del i vårdnaden om barnet, får det dock som regel antas att en sådan lösning inte är förenlig med barnets bästa.³¹⁵

Det exempel som i stället gavs för att illustrera värdet av förändringen var att en far kunde få del i vårdnaden mot en ogift moders vilja.³¹⁶ Trots att beskrivningen av den förälder som inte ville ha del i vårdnaden gjordes könsneutral framträder bilden, delvis mot bakgrund av exemplet, av att den förälder vars motvilja skulle beaktas var den sekundära omsorgsföräldern och att det vanligtvis var en man. Motiveringen till ett sådant resonemang var visserligen *barnets bästa*, vilket är det tydligt uttalade intresset som ges företräde i lagstiftningen. I argumentationen framstår det dock som att den sekundära omsorgsförälderns vilja till viss del styr bedömningen av barnets bästa i vårdnadsfrågan.

Argumenten för den nya möjligheten att besluta om gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja följde samma logik som tidigare argumentation för ökad användning av gemensam vårdnad – barn behöver nära och goda relationer till *båda* sina *föräldrar* just för att de är föräldrar. Detta framkommer extra tydligt i bemötandet av en remissinstans invändning om att samma reglering borde gälla särskilt förordnade vårdnadshavare. Lagstiftaren betonade då att det just var det goda förhållandet mellan barn och båda föräldrarna som skulle främjas och markeras.³¹⁷ Lagstiftaren uppgav att det var viktigt för barnens skull att båda föräldrarna tar ansvar och är delaktiga i barnets förhållanden. Det är värdeargument, men genom att hänvisa till att ”föräldrabalkens regler om vårdnad och umgänge bygger på den uppfattningen” gavs det rationell tyngd.³¹⁸

³¹² Ibid.

³¹³ Prop. 1997/98:7 s. 51.

³¹⁴ Ibid., s. 106.

³¹⁵ Ibid.

³¹⁶ Ibid.

³¹⁷ Ibid., s. 52.

³¹⁸ Ibid., s. 49.

Gemensam vårdnad är ett viktigt inslag i den utveckling som har skett mot en starkare betoning på barnets intresse, och möjligheterna till gemensam vårdnad har utvidgats successivt. Syftet med bestämmelserna om gemensam vårdnad är framför allt att främja goda förhållanden mellan barnet och båda föräldrarna. Ett gemensamt rättsligt ansvar kan många gånger bidra till detta.³¹⁹

Återigen framhölls alltså barns behov av nära och god relation till båda sina föräldrar och antagandet om att gemensam rättslig vårdnad leder dit. Genom att hänvisa till att föräldrabalkens regler bygger på den uppfattningen styrktes påståendet genom rationaliteten i att rättskonstruktionen ska bygga på kontinuitet. Argumentationen ger intryck av att vara bunden av den befintliga rätten vilket skapar en känsla av lojalitet. Resonemangen visar att lagstiftningen förväntades fungera som ett pedagogiskt budskap till föräldrar genom att förmedla hur lagstiftaren önskade att de skulle handla. Att betoningen på det enskilda barnets bästa, och den flexibilitet det förutsatte, ansågs ställa höga krav på den som skulle fatta beslut skulle inte utgöra ett hinder för reformen.³²⁰ Det skulle delvis kunna förklaras av att det främst var föräldrarna själva som förväntades ändra inställning. Lagstiftningsarbetet kring vårdnadsfrågan hade alltså en starkt föräldrafostrande karaktär. Hellre än att resonera om handlingsalternativ och rättsföljder i situationer då föräldrar inte agerade i enlighet med vad dess position fordrar, målade lagstiftaren upp bästa tänkbara visioner.

Av avgörande betydelse för att barn skall få växa upp under trygga och goda förhållanden är att föräldrar och andra fostrare handlar i en anda av omtanke om barnet och låter barnets rättmätiga behov gå före det egna intresset. Föräldrarna står under olika perioder i barnets utveckling barnet olika nära och fyller olika behov. De måste respektera att barnet känner lojalitet och samhörighet med dem båda även om de är i konflikt med varandra. Barnet skall inte behöva välja sida och ta ansvar i föräldrarnas konflikter i samband med separation eller skilsmässa, men det skall inte heller lämnas okunnigt om föräldrarnas beslut.³²¹

Citatet lyfter fram lagstiftarens bild av vad föräldrar *måste* göra, och vad barn *inte ska behöva* göra. Men ingen tydlig sanktion eller konsekvens kopplades till ett oönskat beteende. Den förälder som undervärderade barnets relation till, och stadgade behov av, den andre föräldern kan dock antas ha uppfattats sätta sina egna intressen framför barnets. En förälder som uttryckte sig positivt om den andre kan tänkas ha fått en automatiskt framskjuten position i jämförelse med en som var kritisk. Föräldrarnas inställning till varandra fick på så sätt betydelse för hur de skulle betraktas i en tvist. Bestämmelsen om barnets bästa, och betydelsen av kontakten med båda föräldrarna, leder också till den slutsatsen.³²²

Beskrivningarna, av hur föräldrar måste respektera barnets lojalitet med och behov av den andre föräldern, är neutrala i fråga om vilken förälder som ansågs riskera att fela. Trots det är det möjligt att, i ljuset av de aktuella och i tiden senaste förändringarna, ana att det var den primära omsorgsföräldern som befarades ifrågasätta den sekundära omsorgsförälderns relevans.³²³

³¹⁹ Ibid.

³²⁰ Ibid., s. 51.

³²¹ Ibid., s. 35.

³²² FB, ändringslag SFS 1998:319, 6 kap. 2 a §.

³²³ Att en förälder fortfarande förväntades ta ett större omsorgsansvar styrks av uttalanden om att barnet normalt bor hos en av föräldrarna, se prop. 1997/98:7 s. 36. Ett antagande om en sådan generell ordning leder mig till

Strax efter uttalandena om barnets behov av samhörighet med båda föräldrarna följde ett kort konstaterande, utan närmare förklaring, av obetydligheten i föräldrarnas inbördes relation och beteende mot varandra.

Det är också viktigt att hålla i minnet att vårdnaden om barn inte har med rättvisa mellan föräldrarna att göra och att beslut i vårdnadsfrågan inte är belöning eller bestraffning för hur föräldrarna har betett sig mot varandra.³²⁴

Konstaterandet lämnades okommenterat och det framgår inte i propositionen vilken typ av beteende som avsågs. Däremot återfinns den nästan exakta formuleringen i en bilaga till vårdnadstvistutredningen som återgav utdrag ur överläkaren Torgny Gustavssons föreläsning. Rättvisaspekten nämndes då i ett sammanhang kring föräldrarnas förmåga att prioritera barnets behov framför sina egna. Överläkaren utvecklade resonemanget:

Även en make som betett sig förolämpande kan vara en god förälder, en hustru som blir övergiven är inte självklart den lämpligaste mamman. Och den förälder som skulle gå under om hon/han inte fick barnet, är definitivt inte den bästa - där blir barnet mer till för föräldern än tvärtom.³²⁵

Det första meningen ger två exempel på försvar av en far som framställs som orättfärdigt ifrågasatt som förälder. Den situation som fick exemplifiera det övergripande syftet med lagändringen är en moder som har ensam vårdnad om barnet och utan något godtagbart skäl motsätter sig att ha gemensam vårdnad med barnets far som vill ha del i vårdnaden:

Ofta kommer det i dessa fall inte i fråga att föra över vårdnaden till fadern ensam, varför gemensam vårdnad är enda sättet för fadern att få del i vårdnaden. Ett sådant arrangemang kan då vara till barnets bästa, trots moderns motstånd. Det är bl.a. för sådana situationer som lagändringen är avsedd.³²⁶

Möjligheten att gå emot en förälders vilja och döma till gemensam vårdnad verkar alltså främst varit avsedd att släppa in en far i gemensam vårdnad med en mor. Trots domstolens nya möjlighet att besluta i en tvist framträder en bild av att förändringarna i lagen är avsedda att i första hand verka handlingsdirigerande. Tillsammans med de syften som inledningsvis ramar in propositionen – att ”betona vikten av samförståndslösningar, underlätta för föräldrar att i så stor utsträckning som möjligt komma överens och att bana väg för ökad användning av gemensam vårdnad” tycks domstolens ökade beslutsutrymme utgöra en markering.³²⁷ Föräldrar skulle styras mot att samarbeta och komma överens utan rättens inblandning. Kritiska invändningar om att fäder åker snålskjuts genom gemensam vårdnad, och ges makt och rättigheter utan att åläggas ansvar för den dagliga omsorgen, lyftes fram men möttes av ett konstaterande om att det ”emellertid på det hela taget torde råda en stor enighet om att gemensam vårdnad i de flesta fall är att föredra”.³²⁸

antagandet om att den föräldern, alltså den primära omsorgsföräldern, i högre utsträckning kan förväntas ifrågasätta den andre förälderns värde för barnet än tvärtom.

³²⁴ Prop. 1997/98:7 s. 35.

³²⁵ SOU 1995:79 s. 326, bilaga 15.

³²⁶ Prop. 1997/98:7 s. 108.

³²⁷ Se prop. 1997/98:7 s. 1.

³²⁸ Prop. 1997/98:7 s. 49.

Att domstolen skulle kunna besluta om umgänge och boende inom ramen för gemensam vårdnad skulle minska betydelsen av att föräldrarna var oeniga om dessa avgörande frågor och domstolens beslutsutrymme ökade därför ytterligare.³²⁹ Att föräldrarna då i stället riskerade att hamna i tvist om boendet ansågs möjligt, men likt tidigare uttalanden antogs inte den praktiska omsorgen om barnet väcka lika starka känslor som den rättsliga vårdnaden.

Mot en sådan ordning kan riktas invändningen att föräldrarna kommer att tvista om boende och umgänge i stället för om vårdnaden. En sådan risk kan naturligtvis inte uteslutas. Många gånger torde det emellertid vara lättare för en förälder att acceptera att barnet bor hos den andra föräldern än att vårdnaden ges åt den andra föräldern ensam.³³⁰

Med hänvisning till att föräldrabalken slog fast att barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna skulle ha en särskilt framträdande plats vid bedömningen av vårdnadsfrågor, beskrevs *umgängessabotage* som ett möjligt tecken på att vårdnaden eller boendet kunde behöva ändras.³³¹ Begreppet umgängessabotage tog plats i familjerätten i samband med 1990 års reform då barnets behov av båda föräldrarna förtydligades i lagstiftningen.³³² Begreppet, som betecknar en primär omsorgsförälders obstruktion av barnets umgänge med den andre föräldern, ansågs även 1998 *ge skäl att inta en sträng hållning*.³³³ Umgängesvägran nämndes en gång i propositionen och avsågs beteckna fall då en sekundär omsorgsförälder inte medverkade till att umgås med sitt barn. En förändring i FB 6 kap. 15 §, som innebar att det inte längre var endast vårdnadshavarens, utan också den umgängesaktuella förälderns, ansvar att så långt det var möjligt tillgodose barnets rätt till umgänge förväntades markera den sekundära omsorgsförälderns skyldighet att umgås med barnet.³³⁴ Ett motstånd antogs dock kunna ”ha sin grund i en rad olika omständigheter som kan innebära att ett framtvingat umgänge inte skulle vara till gagn för barnet”.³³⁵ Att införa sanktioner för att tvinga en förälder att umgås med sitt barn bedömdes bland annat därför vara mindre lämpligt.³³⁶

För införandet av den nya möjligheten för domstolen att reglera umgängesfrågan inom ramen för gemensam vårdnad argumenterade regeringen om att minimera risken för en förälder att gå miste om *sin del av vårdnaden*. I propositionen uttrycktes att en vårdnadshavare som ville få umgänget reglerat inte skulle behöva väcka talan om ensam vårdnad och därmed riskera att bli utan. Återigen gavs exempel på ett legitimerande av en sekundär omsorgsförälders känsla av förlust av den rättliga vårdnaden samtidigt som dess acceptans över att den andre föräldern skulle få hand om den dagliga omsorgen framställdes som en uppoffring den kunde vara villig att göra i utbyte.

För de flesta föräldrar är det svårt att acceptera att förlora vårdnaden om barnet. En förälder har många gånger lättare att acceptera att den andra föräldern får hand om den dagliga omsorgen om barnet, om den gemensamma vårdnaden kan bestå. En

³²⁹ Ibid., s. 51.

³³⁰ Ibid.

³³¹ Ibid., s. 61.

³³² Se prop. 1990/91:8 s. 37 f.

³³³ Prop. 1997/98:7 s. 61.

³³⁴ Ibid., s. 59.

³³⁵ Ibid., s. 60.

³³⁶ Ibid.

ordning som den nu diskuterade skulle därför kunna bredda vägen för en ökad användning av gemensam vårdnad.³³⁷

Resonemanget tycks vara hämtat från 1976 års proposition och användes nu, mer än 20 år senare, för att motivera en mer omfattande användning av gemensam vårdnad.³³⁸ Genom att möjliggöra för domstolen att besluta om umgänge även vid gemensam vårdnad skulle den ena förälderns motstånd vålla färre problem för det gemensamma ansvaret, tycks ha varit logiken. Påståendet om att det är *svårt för de flesta föräldrar* formulerades som ett faktum utan hänvisning till någon empirisk undersökning eller vetenskaplig grund. Att argumentet var över 20 år gammalt men framställdes som en given utgångspunkt visar att det var en verklighetsbild som lagstiftaren reproducerade utan ambition att problematisera den. En möjlig invändning skulle kunna vara att påståendet endast torde gälla den sekundära omsorgsföräldern. En primär omsorgsförälder skulle sannolikt uppfatta en förändring av den dagliga omsorgen om barnet som en stor livsförändring.

Trots att lagstiftaren ville underlätta det gemensamma ansvarstagandet, genom att ge domstolen möjlighet att besluta i två viktiga frågor inom den, avfärdades vårdnadstvistutredningens idé om en uppdelning av vårdnadshavarnas uppgifter. Motivet till det var att det inte skulle stå i samklang med ”önskemålet att föräldrar så långt som möjligt skall komma överens i frågor om barnet”.³³⁹ Regeringen ville alltså öka möjligheterna att besluta om gemensam vårdnad genom att ge domstolen utrymme att besluta om boendet och umgänget för att på så sätt eliminera två konfliktområden för föräldrarna. Däremot ville lagstiftaren fortfarande att den gemensamma vårdnaden skulle bygga på ett gemensamt beslutsfattande i övrigt. Enligt departementschefens resonemang i 1990 års proposition skulle det vara nödvändigt att minska kraven på enighet mellan vårdnadshavarna om gemensam vårdnad skulle *påtvingas* föräldrar med ”svåra och djupa konflikter och exempelvis vid fall av hustrumisshandel”.³⁴⁰ Den nu genomförda förändringen kan tolkas som ett sätt att, i viss mån, tillgodose behovet som då påtalades. 1990 bedömdes tiden inte vara mogen, men 1998 års reform tog nästa kliv i den utstakade riktningen. Samtidigt ville regeringen betona att det var viktigt att gå försiktigt fram. Regleringen skulle *markera* att det var barnets bästa som skulle tillgodoses och att ett gemensamt föräldraansvar tillmättes betydelse från allmän synpunkt.³⁴¹ Satsningen på samarbetssamtal förväntades också kunna få föräldrar som inledningsvis inte ville ha gemensam vårdnad att ändra sig och ”förstå att gemensam vårdnad kan vara värd att pröva i barnets intresse”.³⁴² Därmed skulle domstolen inte nödvändigtvis behöva använda möjligheten att döma till gemensam vårdnad mot en förälderns vilja.

Som redan betonats måste möjligheten att döma till gemensam vårdnad mot en förälders vilja användas med stor försiktighet och lyhörddhet. Många gånger kommer avgörandet i vårdnadsfrågan att bli detsamma som med i dag gällande regler, men

³³⁷ Prop. 1997/98:7 s. 62.

³³⁸ Se prop. 1975/76:170 s. 143.

³³⁹ Prop. 1997/98:7 s. 51 f.

³⁴⁰ Se prop. 1990/91:8 s. 32 f.

³⁴¹ Prop. 1997/98:7 s. 52.

³⁴² Ibid., s. 51.

domstolen får en något större handlingsfrihet än för närvarande för att barnets bästa skall kunna tillgodoses.³⁴³

I sammanhanget kan detta tolkas som att lagstiftaren menade att de föräldrar som trots allt fortsatte att motsätta sig gemensam vårdnad kunde tänkas ha godtagbara skäl. Den starkt handlingsdirigerande lagstiftningen, och vetskaper om domstolens möjligheter att trotsa en förälder, förväntades alltså förmå många föräldrar att välja samarbete. En kritik, som lyftes mot den aktuella rättsutvecklingen, var bland annat att situationen för misshandlade kvinnor och deras barn skulle kunna försämrats och att ogifta mödrar inte skulle våga medverka till att fastställa faderskapet i rädsla för att påtvingas gemensam vårdnad. Kritiken avfärdades dels med att de allra flesta mödrar genom socialnämnden skulle bli *väl medvetna* om vikten av att barnet får kunskap om sitt ursprung, dels med ett resonemang om att den som anför vägande skäl för att motsätta sig gemensam vårdnad skulle kunna få gehör för sin ståndpunkt.³⁴⁴

Har motståndet sin grund i sådana förhållanden som misshandel eller trakasserier eller andra former av övergrepp från den andra förälderns sida, kan det vara bäst för barnet att den ena föräldern får ensam vårdnad. Det skall betonas att avgörandet alltid skall ske utifrån vad som är bäst för barnet.³⁴⁵

Resonemanget om att ett motstånd som grundade sig i vissa omständigheter skulle beaktas innebar att en typ av bevisbörda för den förälder som motsatte sig gemensam vårdnad. Eftersom gemensam vårdnad ansågs vara en *naturlig utgångspunkt*, vilket avspeglar en realitet där kärnfamiljen var modellen, kan det avvikande tänkas ha behövt motiveras.³⁴⁶ Regeringen hänvisade också tillbaka till 1990 års proposition som hade resonerat om att det låg nära till hands att tolka en förälders ovilja till gemensam vårdnad, eller till att delta i samarbetsamtal, som ett ointresse av att sätta sitt barns bästa i centrum. Motståndet kunde dock också botten i andra orsaker och en bedömning i det enskilda fallet måste göras, uttrycktes i båda propositionerna.³⁴⁷ Beskrivningar av möjliga legitima orsaker till ett sådant motstånd var våldsutsatthet eller en vilja att skydda barnet.³⁴⁸ Det tidigare resonemanget om (o)rättvisa mellan föräldrarna skulle kunna föra tankarna till känslomässiga svek men också, utifrån återkommande benämningar av våld och *hustrumisshandel*, till en historia av våld. Våldets effekter problematiserades dock inte alls och den bild som regeringen målade upp av parterna i en vårdnadstvist är att de, inför rätten, var jämlika parter som sakligt och objektivt borde kunna reflektera över sin relation. De exempel där propositionen innehåller formuleringar som specificerade kön framställde mödrar genomgående som presumtiva ensamma vårdnadshavare med en eventuell ovilja att dela vårdnaden med barnets pappa.³⁴⁹

2.4.4 Förändrade maktpositioner

1998 drev lagstiftaren rättsutvecklingen ytterligare ett steg för att öka användningen av gemensam vårdnad. Genom att inte längre förutsätta båda föräldrarnas samtycke till

³⁴³ Ibid., s. 51.

³⁴⁴ Ibid., s. 50.

³⁴⁵ Ibid., s. 50 f.

³⁴⁶ Ibid., s. 36 och s. 53.

³⁴⁷ Prop. 1990/91:8 s. 34 och prop. 1997/98:7 s. 107.

³⁴⁸ Se prop. 1997/98:7 s. 106.

³⁴⁹ Se t.ex. prop. 1997/98:7 s. 108.

vårdnadsrelationen berövades den ena föräldern möjligheten att framtvinga ett beslut om vem av föräldrarna som skulle anförtros vårdnaden ensam. I kombination med den allt större tonvikten vid barnet behov av båda föräldrarna, och att tillgodoseendet av det behovet kopplades nära samman med den rättsliga vårdnaden, kunde ett yrkande om ensam vårdnad riskera att uppfattas som möjlig grund för ifrågasättande. Den sekundära omsorgsförälderns maktposition kan därmed ses som ytterligare förstärkt. Genom att förtydliga barnets sociala och psykologiska behov av båda föräldrarna skapades en naturlig plats för den sekundära omsorgsföräldern, utan krav på aktiv prestation. Barnets behov av föräldrarna framställdes som socialt och naturligt, varför den primära omsorgsföräldern inte längre gavs ett tydligt överläge bara genom att tillgodose barnets grundläggande omsorgsbehov. Den primära omsorgsförälderns funktion och prestation diskuterades i princip inte i propositionen, vilket innebar att värdet av den grundläggande omsorgen osynliggjordes. Den kraftkänsla som tidigare gett ett latent överläge för en förälder som förlitat sig på att anförtros vårdnaden ensam om saken ställdes på sin spets, sattes ur spel genom att domstolen skulle kunna döma till gemensam vårdnad i strid med dess uttryckliga vilja. Genom att betona barnets behov av båda föräldrarna, och därmed betydelsen av föräldrarnas positiva inställning till varandra, samtidigt som den primära omsorgsförälderns samtycke inte längre behövdes för gemensam vårdnad, skedde en avgörande förflyttning av maktpositionerna.

Genom att legitimera en förälders invändningar mot att *förlora* den rättsliga vårdnaden, samtidigt som en förälders invändningar mot att *dela* vårdnaden ifrågasattes, lades återigen tyngd i den sekundära omsorgsförälderns vågskål. Eftersom det nu inte längre låg i föräldrarnas respektive makt att välja bort gemensam vårdnad fanns nu inte längre någon formell anledning för dem att hålla sig väl med varandra. Den förälder som tidigare hade oroat sig för att bedömas ”sämre” än den andre skulle inte längre behöva få den andre föräldern att acceptera den som delaktig i vårdnaden. Med den nya ordningen skulle den i stället kunna koncentrera sig på att visa för domstolen att den i princip inte utgjorde ett hinder för barnets bästa. Som utgångspunkt betraktades var och en av föräldrarna som beständiga värden för barnet som kompletterade en omsorg som i denna proposition togs mer eller mindre för given. Eftersom den sekundära omsorgsföräldern skildrades som en oviss resurs, samtidigt som dess värde beskrevs som stort för barnet, attribueras den en betydande makt. Domstolen hade att utgå från att gemensam vårdnad var det bästa för de allra flesta barn och den sekundära omsorgsförälderns engagemang hade beskrivits som skört. Efterfrågan var stor och tillgången osäker.

Den tydliga strävan mot samförstånds lösningar och samarbete mellan föräldrar, i kombination med att lagstiftaren framhärdade vikten av flexibilitet i regelsystemet, ledde till att förutsättningarna för en regelbaserad konflikthanteringsansats minskade. Med sådana förutsättningar ökade inslagen av en maktbaserad konflikthantering i domstolen, med domaren som tredje part, vilket kan förklara lagstiftningens fokus på att stötta föräldrar att nå samförstånd istället för att inleda en tvist. Om en behovsbaserad konflikthantering ska fungera är ett ömsesidigt utforskande av behov en förutsättning. I en relation som inte ger sådana förutsättningar finns det stor risk att intressekonflikter hanteras inom ramen för en maktbaserad ansats även föräldrarna emellan. Att lagstiftaren öppnade upp för fler beslut om gemensam vårdnad, bland annat genom att gå emot en förälders vilja, ökade inte nödvändigtvis förutsättningarna för en behovsbaserad konflikthantering. En risk kan då anses finnas för att

föräldrarnas respektive maktbas var av skild karaktär. I en samarbetsrelation, där den ena parten vill ingå i samarbetet och den andre parten inte vill det, är relationen ojämlig. Den frivilliga föräldrarnas maktbas över den andre kan uppfattas som tärande medan den ofrivilliga föräldrarnas maktbas kan uppfattas som närande. Med det menar jag att den som *vill* samarbeta med en person sannolikt gör det för att den har förtroende för att den andre tillför viktiga resurser och kunskap. Den som *pressas* att samarbeta med en person uppfattar sannolikt i stället relationen som en möjlig exponering för belöningar och bestraffningar. Parternas maktpositioner kan därmed vara formellt jämnstarka men i praktiken ge vitt skilda förutsättningar.

2.4.5 Sammanfattning av 1998 års reform

Ytterligare steg togs i samma riktning som tidigare och lagstiftaren ville återigen öka användningen av gemensam vårdnad. Målet var att föräldrar skulle ha gemensam vårdnad i samtliga fall där det var bäst för barnet, vilket motiverade större frihet för domstolarna och mer flexibla regler.³⁵⁰ Ett hinder mot att döma till gemensam vårdnad togs därför bort; den ena föräldrarnas motstånd. Domstolen gjordes dock fortfarande inte helt fri att besluta. Till exempel kunde gemensam vårdnad inte beslutas mot båda föräldrarnas vilja, och en förälder som inte ville ha del i vårdnaden skulle inte tvingas.

Behovet av flexibilitet och individuella bedömningar av både vårdnads- och umgängesfrågan framhölls som värdefulla. Samtidigt som barnets intresse lyftes fram som det som skulle vara styrande i bedömningarna lades stort fokus på föräldrarnas inställning till varandra och möjligheter att enas. Värdet av föräldrarnas enighet skulle kunna tolkas som att föräldrarätten därmed blev stark i förhållande till barnet, under förutsättning att föräldrarna var ense. Flexibiliteten i regelsystemet var en investering som till stor del var avsedd att underlätta samförstånd och enighet mellan föräldrar.

I de reformer som hittills hade styrt rättsutvecklingen mot en ökad användning av gemensam vårdnad hade lagstiftaren utgått från antagandet om att gemensam vårdnad leder till att barnets relation med båda föräldrarna ges bättre förutsättningar. Goda relationer med båda föräldrarna betraktades som ett viktigt inslag i barnets bästa och gemensam vårdnad ansågs således vara barnets bästa. Resonemanget får dock förstås som att lagstiftaren menade att barnets relation med den andre föräldern - den sekundära omsorgsföräldern, gavs bättre förutsättningar genom dess del i den rättsliga vårdnaden. Effekterna på barnets relation med den primära omsorgsföräldern diskuterades inte och kan förstås som självklart säkrad genom omsorgsrelationen.

Barnets grundläggande behov enligt FB 6 kap. 1 § var fortfarande en viktig grund vid bedömningen av barnets bästa, samt risken för att barnet skulle fara illa. Det förhållande som fick avsevärt störst utrymme i argumentationen kring de ökade möjligheterna till gemensam vårdnad var dock barnets behov av båda föräldrarna. I och med det, och kontinuiteten i rättsutvecklingen, kan förändringarna i maktpositionerna föräldrarna emellan tyckas följa samma utvecklingskurva som tidigare, och vara ägnad att skapa en ökad jämvikt mellan föräldrar oberoende av prestation.

³⁵⁰ Prop. 1997/98:7 s. 35 och s. 50.

2.5 Proposition 2005/06:99 – Nya vårdnadsregler

2.5.1 Förhållanden inför reformen

Vårdnadsrätten hade varit föremål för fortsatt arbete sedan den förra reformen och vissa anslutande frågor hade aktualiserats redan i samband med den förra propositionen. Frågan om automatisk gemensam vårdnad även för ogifta föräldrar hade lyfts flera gånger, även i de tidigare reformerna. I en promemoria som behandlade den frågan, samt frågan om ändrad beslutanderätt i frågor om utövandet av gemensam vårdnad, lämnades dock inga förslag på sådana ändringar.³⁵¹ Argumentet mot automatisk gemensam vårdnad för alla var främst att det inte var lämpligt, eftersom föräldrar som inte bor tillsammans när barnet föds ännu inte hunnit bygga upp ett samarbete kring barnet, till skillnad från separerande föräldrar som fortsätter ha gemensam vårdnad. Departementschefen uttalade att gemensam vårdnad är en krävande vårdnadsform och att föräldrarna måste kunna samarbeta, kompromissa och ha relativt täta kontakter utan konflikter. Eftersom domstolen vid äktenskapsskillnad kunde ta upp vårdnadsfrågan ex officio, om gemensam vårdnad var uppenbart oförenligt med barnets bästa, hade barn till föräldrar som skiljer sig, till skillnad från barn vars sammanboende föräldrar separerar, ett visst skydd mot svåra konflikter. Ett system med automatisk gemensam vårdnad för alla föräldrar ansågs därmed riskera att leda till fler domstolstvister, vilket stod helt i kontrast mot det samförstånd man strävade efter.³⁵² Att införa automatisk gemensam vårdnad för föräldrar som bor tillsammans, utan att vara gifta, ansågs för svårt eftersom sammanboendet är svårt att definiera. Torgny Gustavsson, överläkare i barn- och ungdomspsykiatri, uttalade sig i en bilaga till promemorian om att barn uppskattar gemensam vårdnad och att bägge föräldrarna är aktivt involverade i deras liv. Lagstiftningen borde därför vara utformad så att även ogifta föräldrar generellt skall ha gemensam vårdnad, framhöll han. Han menade att lagstiftarens förväntan om att föräldrar ska samverka och ta ett gemensamt ansvar skulle komma till tydligt uttryck i lagen.³⁵³ Vidare resonerade han om att barns behov skiftar i olika åldrar och att små barn *behöver moderlighet* och större barn *behöver mer och mer av faderlighet* utan att behovet av moderlighet försvinner.³⁵⁴ Pojkar behöver manliga förebilder som det är ont om och även flickor behöver sina fäder bland annat för *komplettering av sin utveckling genom ett ökat inslag av manlig princip*.³⁵⁵ Framför allt behöver dock alla barn kontakt med sitt ursprung och föräldrar med en förmåga till flexibilitet på det personliga planet, menade han.³⁵⁶

1999 och 2000 prövades två vårdnadsärenden i Högsta domstolen. I NJA 1999 s. 451 dömde Högsta domstolen till gemensam vårdnad (efter att tingsrätten och hovrätten dömt till ensam) med en argumentation om att parternas olikheter och delvis konfliktyllda samarbete inte nådde upp till 1998 års propositions förutsättningar för ensam vårdnad. Endast när det framkom särskilda omständigheter som talade *mot* gemensam vårdnad skulle vårdnaden anförtros en förälder ensam, menade HD. I NJA 2000 s. 345 fastställde visserligen Högsta domstolen Tingsrättens domslut om att anförtro vårdnaden till mamman ensam, men resonerade samtidigt

³⁵¹ Ds 1999:57.

³⁵² Ibid., s. 61.

³⁵³ Ibid., s. 124.

³⁵⁴ Ibid., s. 129.

³⁵⁵ Ibid., s. 130.

³⁵⁶ Ibid.

om att det faktum att pappan misshandlat mamman i samband med en hämtning av barnen i skolan, samt andra uppgifter om våld, inte medförde att pappan skulle anses olämplig som vårdnadshavare. Misshandeln sågs däremot som ett exempel på *svårigheter som föräldrarna haft att lösa problem som rör barnen och att samtala om problemen* vilket ledde till slutsatsen att ensam vårdnad var i enlighet med barnens bästa. Hovrätten hade beslutat om gemensam vårdnad, bland annat med argumentet att det besöksförbud som ålagts pappan var en *svårighet av övergående natur* som inte borde hindra gemensam vårdnad.

I juni 2002 beslutade regeringen att tillsätta en kommitté med uppdrag att bland annat utvärdera 1998 års vårdnadsreform. Bland annat fokuserade utredningen på hur reglerna hade tillämpats när det förekommit uppgifter om våld och hur kravet på gemensam beslutanderätt hade förhållit sig till möjligheten att döma till gemensam vårdnad mot den ene föräldrarnas vilja. Eventuella problem som var kopplade till beslutanderätten för frågor om boendeföräldrarnas möjligheter att flytta, barnets skolgång och barnets möjligheter att få tillgång till hälso- och sjukvård uppmärksammades särskilt.³⁵⁷ Utgångspunkten för kommitténs uppdrag var att ingen återgång till ordningen före 1998 års reform, angående domstolens förutsättningar att döma till gemensam vårdnad, skulle ske.³⁵⁸ Utredningen förmedlade att gemensam vårdnad alltid är oförenligt med barnets bästa om det föreligger reella samarbetssvårigheter mellan föräldrarna. Därför föreslogs att domstolen endast skulle kunna besluta om gemensam vårdnad om det kunde antas att föräldrarna kunde samarbeta i frågor som rör barnet. Våld och övergrepp ansågs alltid leda till samarbetssvårigheter och en betydande otrygghet för ett barn, vilket därför ansågs leda till att gemensam vårdnad i sådana fall inte skulle komma i fråga annat än om en utredning kunde visa att det inte fanns någon risk att barnet skulle fara illa. En automatisk prövning av vårdnaden föreslogs för de fall uppgifter om våld kommit till socialnämndens kännedom. Om en förälder avsiktligt hade dödat den andre borde det i princip alltid leda till att den fråntogs vårdnaden, menade utredningen. Eftersom utredningen hade kommit fram till att gemensam vårdnad skulle förutsätta ett fungerande samarbete ansågs inte bestämmanderätten inom vårdnaden behöva ändras.³⁵⁹

2.5.2 Reformens innebörd och syfte

Den 1 juni 2006 utfärdades lag (SFS 2006:458) om ändring i föräldrabalken som kom att träda i kraft den 1 juli 2006. Ett tillägg gjordes i FB 6 kap. 5 § som i övrigt lämnades materiellt oförändrad. Tillägget innehöll en bedömningsgrund för domstolens beslut av vårdnadsform.

I kraft den 1 oktober 1998. ³⁶⁰	I kraft den 1 juli 2006. ³⁶¹
6 kap. 5 §	6 kap. 5 §
Står barnet under vårdnad av båda föräldrarna eller en av dem och vill någon av dem få ändring i vårdnaden, skall rätten efter vad som är bäst för barnet förordna att	Står barnet under vårdnad av båda föräldrarna eller en av dem och vill någon av dem få ändring i vårdnaden, skall rätten

³⁵⁷ SOU 2005:43, del A, s. 25.

³⁵⁸ Kommittédirektiv 2002:89.

³⁵⁹ SOU 2005:43, del A, s. 27 f.

³⁶⁰ FB, ändringslag SFS 1998:319.

³⁶¹ FB, ändringslag SFS 2006:458.

<p>vårnaden skall vara gemensam eller anförtro vårnaden åt en av föräldrarna.</p> <p>Rätten får inte besluta om gemensam vårnad, om båda föräldrarna motsätter sig det.</p> <p>[Föräldrarnas talerätt i målet och rättens möjlighet att besluta ex officio vid mål om äktenskapsskillnad.]</p>	<p>besluta att vårnaden skall vara gemensam eller anförtro vårnaden åt en av föräldrarna.</p> <p><i>Vid bedömningen av om vårnaden skall vara gemensam eller anförtros åt en av föräldrarna skall rätten fästa avseende särskilt vid föräldrarnas förmåga att samarbeta i frågor som rör barnet. Rätten får inte besluta om gemensam vårnad, om båda föräldrarna motsätter sig det.</i></p> <p>[Föräldrarnas talerätt i målet och rättens möjlighet att besluta ex officio vid mål om äktenskapsskillnad – oförändrat.]</p>
--	---

Förändringarna i 6 kap. 5 § 2 st innebar alltså att en särskild bedömningsgrund för domstolens beslut, av om vårnaden skulle utövas gemensamt eller av en förälder ensam, infördes. Domstolens möjligheter att döma till gemensam vårnad mot den ena förälderns vilja lämnades orörd, men i bedömningen av om vårnaden skulle utövas gemensamt eller inte skulle rätten numera fästa särskilt avseende vid föräldrarnas förmåga att samarbeta. Tidigare hade domstolen endast att förhålla sig till vad som var *bäst för barnet*, vilket fylldes med en viss betydelse med hjälp av bestämmelsen i 6 kap. 2 a §. Även den paragrafen förändrades i och med 2006 års reform. Vid bedömningen av barnets bästa skulle nu särskilt avseende fästas både vid barnets behov av en nära och god relation med båda föräldrarna och risken för övergrepp. De båda faktorerna formulerades alltså som likvärdiga punkter efter varandra, till skillnad från bestämmelsen som 1998 sammanförde två äldre bestämmelser och därmed kom att uttrycka att särskilt avseende skulle fästas vid det förra och att den senare skulle beaktas.³⁶² Barnets bästa skulle numera också vara avgörande för alla beslut i vårnadsfrågor till skillnad från att tidigare komma i främsta rummet vid alla avgöranden av vårnadsfrågor. Att *efter vad som är bäst för barnet* togs bort i FB 6 kap. 5 § 1 st var inte avsett att innebära någon egentlig förändring eftersom barnets bästa skulle vara avgörande redan enligt portalparagrafen.³⁶³ Bestämmelsen om att hänsyn ska tas till barnets vilja, som tidigare legat i FB 6 kap. 2 b § flyttades nu in i FB 6 kap. 2 a § 3 st.

Det som uppgavs vara syftet med 2006 års lagförslag var att ”förstärka barnperspektivet”.³⁶⁴ Betydelsen av risken att barn far illa framhölls ytterligare och redan i propositionens ingress uttrycktes att det i princip är bäst för barn att en förälder, som utsätter barnet eller någon annan i familjen för övergrepp, inte få del i vårnaden.³⁶⁵ I lagrådets yttrande framhölls att ett ”huvudsyfte med de föreslagna lagändringarna är att klarare betona betydelsen av barnets bästa

³⁶² Prop. 2005/06:99 s. 42.

³⁶³ Ibid., s. 86 f och s. 39.

³⁶⁴ Ibid., s. 1.

³⁶⁵ Ibid.

vid avgörandet av frågor om vårdnad, boende och umgänge”.³⁶⁶ Barnets bästa framställdes därigenom återigen som någonting definierbart, vars betydelse tidigare reformer inte lyckats betona tillräckligt tydligt. I regeringens resonemang om skälen till att införa föräldrarnas samarbete som bedömningsgrund förtydligades, återigen, att gemensam vårdnad i de allra flesta fall är en ur barnets perspektiv mycket bra vårdnadsform. Målet bör vara att föräldrarna ska ha gemensam vårdnad i samtliga fall där detta är bäst för barnet, menade regeringen.³⁶⁷ Däremot ansågs rättspraxis ha utvecklats mot en presumtion för gemensam vårdnad i högre grad än vad regeringen ansåg varit syftet.³⁶⁸

Ett underliggande syfte med den aktuella, och föregående, reform kan utläsas av beskrivningen av 2002 års vårdnadskommittés uppgifter. Utvärderingen av 1998 års reform skulle inriktas bland annat på vad den inneburit för ”strävandena att föra bort vårdnadsfrågorna från domstolarna”.³⁶⁹ Således strävade lagstiftningen efter att vårdnadsfrågor skulle lösas någon annanstans än i domstolarna. Satsningarna på samarbetsamtal och stöd för föräldrar att nå samförståndslösningar stämmer överens med en sådan strävan.

2.5.2.1 Domstolens beslutsutrymme

Domstolens formella beslutsutrymme förändrades inte vid denna reform. Föräldrarnas inställning kan dock sägas ha återfått en viss, om än indirekt, betydelse eftersom domstolen skulle bedöma deras samarbetsförmåga. Domstolen skulle fortfarande besluta om vårdnaden skulle utövas gemensamt eller anförtros en av föräldrarna, och gemensam vårdnad var ett möjligt utfall så länge inte *båda* föräldrarna motsatte sig det.

2.5.2.2 Grunder för bedömning vid val av vårdnadsform och vårdnadshavare

Betydelsen av barnets bästa fick en mer framträdande formulering genom 2006 förändring och skulle numera vara avgörande för alla beslut i vårdnadsfrågor. Två faktorer framhölls som extra betydande i denna bedömning; 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 samt barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna.³⁷⁰ I samma bestämmelse hade regeln om hänsyn till barnets vilja nu flyttats in, vilket innebar att även barnets eget perspektiv skulle beaktas i bedömningen. Lagstiftaren uttryckte att barnperspektivet både innebar att ”se med barnets ögon” och att analysera vilka konsekvenser olika beslut kunde få för barnet.³⁷¹ Vidare uttalade regeringen att barnets grundläggande rättigheter i FB 6 kap. 1 § ”också kan vara till hjälp” i bedömningen.³⁷² Det är en relativt vag formulering som kan tolkas som att den aspekten var en grund som kom i andra hand. Däremot framhölls aga-förbudet och barnets rätt att behandlas med aktning för sin person och egenart i FB 6 kap. 1 § ett som rationellt argument för att lyfta fram risken för att barnet eller någon annan i familjen utsattes för våld i bestämmelsen om barnets bästa.³⁷³ Omständigheter som räknades upp som möjligt

³⁶⁶ Ibid., s. 170.

³⁶⁷ Ibid., s. 50.

³⁶⁸ Ibid., s. 51 och s. 87.

³⁶⁹ Ibid., s. 37.

³⁷⁰ FB, ändringslag SFS 2006:458, 6 kap. 2 a §.

³⁷¹ Prop. 2005/06:99 s. 39 och s. 45.

³⁷² Ibid., s. 39.

³⁷³ Ibid., s. 41.

betydelsefulla vid en sådan riskbedömning var *tidigare övergrepp, hot om övergrepp, allmän attityd till våld, missbruksproblem och psykisk sjukdom*.³⁷⁴

Även i samband med denna reform uttalade lagstiftaren att det var *självlart* att barnets bästa bör vara avgörande vid beslut om vårdnad, boende och umgänge eftersom det är barnets tillvaro som regleras. Däremot framhöll regeringen också i denna reform, att det som är bra för föräldrarna oftast också är bra för barnet.³⁷⁵ Till skillnad från tidigare skulle domstolen i bedömningen av vårdnadsform nu ta hänsyn till föräldrarnas samarbetsförmåga och regeringen framhöll att gemensam vårdnad normalt förutsätter ett någorlunda konfliktfritt samarbete.³⁷⁶ Föräldrarnas enighet, som innan 1998 års reform ansågs vara en förutsättning för att gemensam vårdnad skulle fungera, återfick nu alltså en viss betydelse även om en återgång till tidigare reglering inte var aktuell. Det var nu inte föräldrarna själva, eller en av dem, som gavs förtroende att bedöma möjligheterna för ett fungerande samarbete. Samarbetet och föräldrarnas möjlighet att enas blev i stället föremål för domstolens bedömning. Regeringen menade att barn inte mår bra av föräldrars ständiga konflikter och att gemensam vårdnad inte skulle få användas för att tvinga föräldrar att samarbeta.³⁷⁷

2.5.3 Argument och framträdande intressen

I både FB 6 kap. 5 och 2 a §§ gjordes alltså förändringar som kom att få betydelse för domstolens bedömning av vårdnadsfrågan. Sedan förra reformen var vårdnadsformen domstolens första fråga att ta ställning till. Först om gemensam vårdnad inte var aktuell skulle domstolen ta ställning till vem av föräldrarna som skulle anförtros vårdnaden ensam. I bakgrunden för reformen beskrevs den tidigare utvecklingen på familjerättens område sedan 70-talet som präglad av strävanden att tillgodose barnets intressen i relation till föräldrarna.³⁷⁸ Även i 2006 års reform beskrevs barnets bästa som det helt överordnade intresset som skulle styra både rättsutvecklingen och tillämpningen av rätten.³⁷⁹ Att barnets bästa skulle vara en utgångspunkt i bedömningar enligt FB 6 kap ansågs ge uttryck för att ett tydligare barnperspektiv kom till uttryck genom reformen. Portalparagrafen från 1998 ansågs knyta regleringen närmare barnkonventionen.³⁸⁰ 2006 konstaterades återigen att det var en självklarhet att barnets bästa bör vara avgörande när det fattas beslut om vårdnad, boende och umgänge.³⁸¹ Men vid den här reformen användes det inte som argument för att fortsätta på den inslagna vägen utan snarare som förklaring till behovet av att skapa en ytterligare nyans i innehållet.

Att det är barnets bästa som bör vara avgörande när det fattas beslut om vårdnad, boende och umgänge är självklart. Det är barnets tillvaro och framtid som regleras. Visserligen är det som är bra för föräldrarna också oftast bra för barnet. För att tillvaron skall fungera för barnet på bästa sätt måste den också fungera någorlunda för föräldrarna. Annars kan det uppstå slitningar som går ut över barnet på ett

³⁷⁴ Ibid., s. 42.

³⁷⁵ Ibid., s. 39.

³⁷⁶ Ibid., s. 51.

³⁷⁷ Ibid.

³⁷⁸ Ibid., s. 34.

³⁷⁹ Ibid., s. 34 och s. 95.

³⁸⁰ Ibid., s. 39.

³⁸¹ Ibid.

skadligt sätt. Men frågor om vårdnad, boende och umgänge har inte med rättvisa mellan föräldrarna att göra. Det är barnets intressen som måste stå i fokus. När det gäller vårdnad, boende och umgänge bör det inte finnas några intressen som kan ta över.³⁸²

Detta var alltså en del av argumentationen för att förtydliga *barnperspektivet* och innehållet i FB 6 kap. 2 a §. Eftersom domstolen skulle besluta efter vad som var bäst för barnet i frågan om vårdnaden skulle utövas gemensamt eller av en förälder ensam, hade bestämmelsen stor betydelse för tolkningen av FB 6 kap. 5 §. Att den övergripande betydelsen av FB 6 kap. 2 a § föreslogs komma till tydligare uttryck i lagen motiverades i första hand av att barnkonventionen gav uttryck för att barnets bästa ska *komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn* när åtgärden vidtas av privata eller offentliga organ.³⁸³ Privatpersoner ingick dock inte i formuleringen. Argumentationen framstår i den delen starkt bunden av barnkonventionen och därmed också rationell. Den tidigare formuleringen i föräldrabalken; att barnets bästa skulle *komma i främsta rummet vid avgörande av vårdnadsfrågor* enligt FB 6 kap., stämde dock överens med den svenska översättningen av barnkonventionens artikel, med den skillnaden att den svenska lagstiftningen tog sikte på *avgöranden* till skillnad från barnkonventionen som omfattade *alla åtgärder*. Uttrycket *komma i främsta rummet* beskrevs markera att barnets bästa ska finnas med som *en utgångspunkt* för bedömningen vid tillämpning av de mer konkreta reglerna. Förändringen till att barnets bästa skulle *vara avgörande* ansågs ge tydligare uttryck för betydelsen av barnets bästa.³⁸⁴ Det skulle inte finnas några andra intressen som skulle kunna gå före.³⁸⁵ Den engelska ordalydelsen i barnkonventionens tredje artikel är dock att barnets bästa ska vara ”a primary consideration” – ”en primär hänsyn”. I arbetet med att ta fram barnkonventionen valdes formuleringen för att visa att barnets bästa är ett viktigt intresse, men att andra hänsyn kan komma att behöva tas och andra intressen kan, under vissa omständigheter, väga tyngre.³⁸⁶ Mot bakgrund av det kan alltså föräldrabalkens regel om barnets bästa sägas gå steget längre än barnkonventionen.

Betydelsen av risken för att barnet far illa lyftes fram i bestämmelsen om barnets bästa vilket motiverades av att 2002 års vårdnadskommitté hade funnit att ”många barn upplever våld i familjen”.³⁸⁷ Regeringen inledde sin argumentation med att påminna om den över 20 år gamla bestämmelsen om barnets grundläggande rättigheter som inleder 6 kap.³⁸⁸ Redan där betonades barnets rätt att behandlas med aktning för sin person och egenart och att inte utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling.³⁸⁹ Vårdnadskommittén hade i sina undersökningar trots detta funnit att domstolarna tycktes tona ner betydelsen av att en förälder gjort sig skyldig till övergrepp. I stor utsträckning hade de dömt till gemensam vårdnad mot en

³⁸² Ibid.

³⁸³ Ibid., s. 38.

³⁸⁴ Ibid., s. 39.

³⁸⁵ Ibid., s. 85.

³⁸⁶ Se Åhman & Leviner, 2020, s. 81.

³⁸⁷ Prop. 2005/06:99 s. 41.

³⁸⁸ Prop. 2005/06:99 s 41.

³⁸⁹ FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 1 §.

förälders vilja trots sådana uppgifter. Flera remissinstanser hade också uttryckt en oro över att risken för att barn far illa inte uppmärksammades tillräckligt av domstolarna.³⁹⁰

Som för att dämpa eventuella reaktioner på förslag, som skulle kunna tolkas som ett förminskande av båda föräldrarnas betydelse för barnet, var lagstiftaren därefter noga med att framhålla de positiva effekter som följt av tidigare reformers betoning av barnets behov av båda sina föräldrar. Regeringen poängterade att ”båda föräldrarna har betydelse för barnets välbefinnande och utveckling”, och att lagen hade spelat en stor roll för barns tillgång till sina föräldrar och därmed barnets bästa.³⁹¹ ”Utan tvekan är det i de allra flesta fall bäst för barnet att ha en nära och god kontakt med båda sina föräldrar”, framhöll regeringen.³⁹² Genom att både i denna och tidigare reformer genomgående formulera att det är bäst för barnet med en *nära och god* kontakt undvek regeringen att markera en gränsdragning angående relationens kvalitet. Med det menar jag att det är enkelt att hävda att en nära och god relation är bra – gott är gott. Men det är svårare att definiera vad som är en god kontakt och vart gränsen går för när kontakten existerar men inte är god. Genom 2006 års förändringar närmade sig regeringen den frågan något och tycks ha vilat dra en viss gräns vid att barn inte skulle behöva umgås med en förälder som utsätter dem för våld, övergrepp eller annan kränkande behandling.

Men barnets rätt till båda sina föräldrar får inte innebära att barnet måste leva eller umgås med en förälder under alla förhållanden. Ett barn måste ha en absolut rätt att inte själv bli utsatt för våld, övergrepp eller annan kränkande behandling. Det är också väl belagt att det innebär en risk för barnets psykiska hälsa att tvingas se eller höra våld i hemmet. Som Brottsoffermyndigheten framhåller kan reaktionerna bli väl så allvarliga när barn bevittnar våld i sin närmiljö som när barnet själv varit utsatt för det direkta övergreppet. Barn känner ofta skuld för våldet och för att inte kunna ingripa till skydd för den som är direkt utsatt. Barn kan också uppleva stark oro för att drabbas av likartade övergrepp. Även lindrigare våld kan uppfattas som allvarligt.³⁹³

Den här argumentationen visar att ett intresse, som visserligen sedan 70-talet hade lyfts fram som betydelsefullt, fick förnyad uppmärksamhet 2006. Sedan 80-talet hade *barns behov* ansetts styra rättsutvecklingen men fokus riktades främst mot behovet av båda föräldrarna. Den tidigare rättsutvecklingen beskrevs som positiv och ändamålsenlig, men 2006 tycks lagstiftaren ha sett ett visst behov av att bromsa in den, också baserat på intresset av barns bästa. Risken att barn far illa skulle väga tungt i bedömningen av vårdnadsfrågor. I *de allra flesta fall* torde det vara bäst för barnet att en förälder som ”utsätter barnet eller någon annan i familjen för våld, trakasserier eller andra kränkningar” inte får del i vårdnaden, menade regeringen.³⁹⁴ Men, återigen underströk regeringen att en individuell prövning måste göras i varje enskilt fall. En riskbedömning måste göras för att bedöma om barnet riskerar att komma till skada till exempel om våldet riktas mot någon annan i familjen.³⁹⁵ Formuleringen, att barnets rätt till båda sina föräldrar ”inte får innebära att barnet måste leva eller umgås med en förälder under alla

³⁹⁰ Prop. 2005/06:99 s. 41.

³⁹¹ Ibid., s. 42.

³⁹² Ibid.

³⁹³ Ibid.

³⁹⁴ Ibid.

³⁹⁵ Ibid.

förhållanden”, ger anledning att reflektera. En rättighet brukar normalt inte förknippas med någonting som *måste* tas i bruk under några förhållanden. Då ligger det närmare till hands att tala om en skyldighet, som eventuellt är villkorad. För att ett barn, rent hypotetiskt, skulle ha nytta av en rättighet, i den bemärkelsen att den skulle ge kraft i en rättslig eller informell förhandling, är det en förutsättning att den är helt frivillig att göra anspråk på. Eftersom det bara var den umgängesaktuella föräldern, och inte barnet, som hade möjlighet att väcka talan i umgängesfrågan, var det den sekundära omsorgsförälder som hade kraft att hämta ur den stadgade rättigheten. Den primära omsorgsföräldern skulle kunna anses ha en skyldighet att tillgodose rättigheten genom att *lämna ifrån sig* barnet eftersom det är underlåtenheten av den handlingen som var belagd med vite.³⁹⁶

Trots det djärva påståendet om att barn måste ha en *absolut rätt* att inte utsättas för våld, och att det ansågs väl belagt att barn som bevittnar våld löper risk för sin psykiska hälsa, landade alltså regeringen i att varje fall måste bedömas för sig och risker måste vägas mot varandra. Flera omständigheter skulle beaktas men beviskraven skulle inte vara lika höga som i brottmål. Det var risken som skulle bedömas och därmed inte nödvändigt att visa att faran för barnet utom rimligt tvivel skulle uppstå.³⁹⁷ Detta kan jämföras med socialnämndens talerätt i vårdnadsfrågan som sedan 1983 byggde på ett förhållande som medför *bestående fara* för barnets hälsa eller utveckling.³⁹⁸ Det innebär att barnet kan anses ha haft ett starkare skydd mot våld genom bestämmelsen i FB 6 kap. 2 a §, som aktualiserades i tvister mellan föräldrar, än genom rättens skyldighet att besluta om ändring i vårdnaden på talan av socialnämnden eller ex officio i FB 6 kap. 7 §.³⁹⁹ Portalparagrafen om barnets bästa skulle gälla *alla avgöranden* enligt kapitlet, men torde alltså inte aktualiseras genom möjligheten att ex officio fatta ett beslut eller väcka talan.

Samtidigt så skulle risken för övergrepp enligt portalparagrafen vägas mot behovet av nära och god kontakt med båda föräldrarna. Hur en riskbedömning skulle göras diskuterades och regeringen framhöll att den skulle grundas på vad som framkommit om tidigare våldshändelser samt andra faktiska omständigheter som kunde ha betydelse. Ett antal sociala faktorer, så som missbruk och psykisk sjukdom, räknades upp som riskfaktorer. Om det fanns en historia av våld skulle den beaktas vid bedömningen. Synen på riskerna med våld tycks ha utgått från en definition av våld som ett fysiskt angrepp som kan, men inte måste, böttna i behov av makt och kontroll.

Om övergreppen har skett systematiskt under en längre tid, varit allvarliga eller riktats mot flera personer, finns det ofta skäl att utgå från att barnet skulle fara illa med den föräldern som vårdnadshavare. Detsamma gäller om det framgår att övergreppen är ett utslag av förövarens behov av att utöva makt och kontroll över sitt offer. Ett sådant beteende kan vara svårt att förändra och innebär allmänt sett en större risk för att barnet skall fara illa. Om en förälder däremot gjort sig skyldig till

³⁹⁶ FB, ändringslag SFS 2006:458, 6 kap. 21 § 1 st.

³⁹⁷ Prop. 2005/06:99 s. 42. Se även prop. 1992/93:139 s. 37.

³⁹⁸ FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 7 § 1 st.

³⁹⁹ Se även Schiratzki, 1997, s. 223, för en jämförelse mellan riskrekvisitetet i LVU 2 § och fare-rekvisitetet i FB 6 kap. 7 §.

en enstaka överilad handling mot den andra föräldern, kan risken vara mindre för att barnet kommer att fara illa.⁴⁰⁰

I det här resonemanget beskrev regeringen hur våld som har kunnat konstateras skulle bedömas. Exakt vilken koppling som gjordes mellan den rättsliga vårdnaden och utsattheten för våld framgår inte. Resonemangen kan dock förstås som att den rättsliga vårdnaden sågs som närmast automatiskt innebära att en viss omsorg om barnet följer. Riskbedömningar skulle också aktualiseras vid beslut om boendet och umgänge med den sekundära omsorgsföräldern.

Längre ner poängterades också, kort och utan närmare förklaring till hur, att hänsyn *givetvis* även måste tas till barnets egen inställning när omständigheterna beaktas.⁴⁰¹ Det kan tolkas som att barnet tillskrevs ett relativt stort förtroende att bedöma risker på ett objektivt sätt, trots den egna utsattheten. Eventuella effekter av latent våld diskuterades inte som en försvårande omständighet för samarbetet mellan föräldrarna. I stället framträder en bild av att det var den direkta upplevelsen av våldet som ansågs riskera att skada barnet, inte våldets inverkan på den utsatta föräldrarnas förmåga att utöva vårdnad och adekvat omsorg. Regeringen förde dock en diskussion om socialnämndens ansvar, och skyldighet, att ansöka om ändring i vårdnaden till exempel när det förekommit våld i familjen.⁴⁰² Möjligheten att i stället införa en automatisk prövning av vårdnaden när *familjevåld* uppdagas lyftes, men avfärdades med argumentet att socialnämnden behövde ha möjlighet att göra individuella bedömningar.⁴⁰³ Ordet *familjevåld* i det här sammanhanget för tanken till att våldet existerar närmast neutralt mellan familjemedlemmarna vilket kan ha bidragit till att behovet av individuella bedömningar framstod som naturligt. Användningen av uttrycket skulle kunna bero på att regeringen ville att ett större spann av situationer skulle omfattas, men det kan också vara ett sätt att osynliggöra ansvariga aktörer. Ett tydligare synliggörande av den som använder våld i en familj skulle ha en mer känslöväckande diskursiv effekt vilket hade illustrerat situationen i ett annat ljus. Men en rättslig prövning av vårdnadsfrågan ansågs också kunna vara till skada för barnet varför socialnämnden bedömdes behöva utrymme att göra individuella prövningar för om en talan skulle väckas.

Ibland kan det förekomma fall där det inte finns förutsättningar att frånta en förälder vårdnaden, trots att han eller hon har gjort sig skyldig till våld eller andra kränkningar. Om t.ex. en förälder gjort sig skyldig till våld mot den andra föräldern och denne inte motsätter sig att den gemensamma vårdnaden får bestå, kan det bli så att socialnämnden – efter en sammanvägning av vad som är bäst för barnet – gör bedömningen att någon ändring i vårdnadsfrågan trots allt inte bör göras. Socialnämnden bör inte tvingas att föra en talan som nämnden inte själv tror på och initiera en process som kan vara till mer skada än nytta för barnet.⁴⁰⁴

I detta resonemang framställs socialnämnden närmast som en part med ett eget intresse utanför vad rättens stadgar. Vad socialnämnden tror eller inte tror torde ju, enligt min mening, baseras

⁴⁰⁰ Prop. 2005/06:99 s. 43.

⁴⁰¹ Ibid., s. 42 f.

⁴⁰² Ibid., s. 43, ang FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 7 § och Socialtjänstförordningen, SFS 2001:937, 5 kap. 2 §.

⁴⁰³ Prop. 2005/06:99 s. 43, ang FB 6 kap. 7 §.

⁴⁰⁴ Prop. 2005/06:99 s. 44, ang FB 6 kap. 7 §.

på vad lagstiftningen ger uttryck för – om den familjerättsliga lagstiftningen byggde på en tanke om att barn har en absolut rätt att inte utsättas för våld, och att en vårdnadshavares våldsamma beteende innebär en risk för barnet, så torde ju socialnämnden ”tro” på en sådan talan. Här presenterades en realitet som gav sken av att socialnämndens intresse av att slippa föra talan i domstol vägde tyngre än ett barns intresse av att få effekterna av våldet prövade. Det fall att den våldsutsatta föräldern inte skulle motsätta sig gemensam vårdnad problematiserades inte heller. En sådan hållning skulle kunna bero på att den som utsatts för våld bedömer att det föreligger en överhängande risk att den blir utan vårdnad om saken prövas, eller att den agerar i lojalitet med våldsutövaren som en effekt av våldet. Båda dessa möjliga orsaker skulle, utifrån barnets bästa, vara relevanta att belysa vid en prövning av vårdnadsfrågan.

Exempel som regeringen gav på när det skulle vara viktigt för socialnämnden att överväga en överflyttning av vårdnaden enligt FB 6 kap. 7 § var situationer då en förälder dödat eller försökt döda den andre föräldern eller då barnets utsatts för sexuella övergrepp. Då menade regeringen att socialnämnden normalt borde väcka talan för att frånta den våldsamma föräldern vårdnaden. Resonemanget fortsatte kring tillgången på lämplig person att flytta vårdnaden till, och barnets eventuella anknytning till familjehemsföräldrar, vilket tydligt pekar på att lagstiftaren inte föreställde sig en vårdnadsöverflytt från den ena föräldern till den andra i första hand.⁴⁰⁵ Avsnittet om risken för att barn far illa avslutades med ett konstaterande om att barn ändå ansågs garantera det skydd de behöver.

Genom att socialnämnden har möjlighet att – och skall – väcka talan i de fall det finns behov av en överflyttning av vårdnaden finns det garantier för att barnet får det skydd han eller hon behöver och att frågan kommer upp i domstol när detta är till barnets bästa.⁴⁰⁶

Samtidigt var syftet med förändringen i 6 kap. 5 § att strama upp den rättspraxis som sedan 1998 års reform hade kommit att utvecklas mot en presumtion för gemensam vårdnad.⁴⁰⁷ Regeringen ville förtydliga att gemensam vårdnad kunde vara oförenligt med barnets bästa även om föräldrarnas konflikt inte kunde sägas vara så svår att det var omöjligt för dem att samarbeta eller att den ena föräldern var direkt olämplig genom att till exempel ha gjort sig skyldig till våld mot barnet eller den andre föräldern. Någon presumtion för eller mot gemensam vårdnad skulle inte anses gälla. Gemensam vårdnad skulle förutsätta att föräldrarna hade en förmåga att samarbeta i frågor som rörde barnet.

Enligt regeringens mening bör gemensam vårdnad normalt förutsätta att föräldrarna har ett någorlunda konfliktfritt samarbete. Det innebär inte att de alltid måste ha samma uppfattning, men de måste kunna hantera sina delade meningar på ett sätt som inte drabbar barnet. Ett barn mår inte bra av ständiga konflikter mellan föräldrarna. Det är uppenbarligen till nackdel för barnet om en förälder genomgående och för att obstruera motsätter sig den andra förälderns initiativ. Om föräldrarna saknar vilja och förmåga att sätta barnets bästa före den egna konflikten,

⁴⁰⁵ Ibid.

⁴⁰⁶ Ibid.

⁴⁰⁷ Ibid., s. 87.

fär gar detta omvårdnaden om barnet. Gemensam vårdnad bör i sådana fall inte få användas som ett medel för att 'tvinga' föräldrarna att samarbeta.⁴⁰⁸

Regeringen lyfte fram att praxis på vårdnadsområdet efter 1998 års reform hade kommit att utvecklas mot en presumtion för gemensam vårdnad i en högre utsträckning än vad som var avsett.⁴⁰⁹ I 2006 års proposition påpekades att möjligheten att döma till gemensam vårdnad mot en förälders vilja var tänkt att användas med stor försiktighet och lyhördhet redan när den infördes 1998.⁴¹⁰ I 2006 års reform kom dock konfliktfrihet, samarbete och risk för våld i en skarpare belysning. Betydelsen av att en förälder gjort sig skyldig till övergrepp eller uppträtt kränkande på något annat sätt lyftes fram. Precis som i de tidigare reformerna var det barnets bästa och barnets behov som lyftes fram som det relevanta intresset, men innehållet justerades något. Fortfarande påpekades vikten av att göra individuella bedömningar och väga in omständigheterna kring varje enskilt barn.

Regeringen diskuterade också möjligheter att underlätta beslutsfattandet vid gemensam vårdnad, som normalt förutsatte ett gemensamt utövande av rättigheter och skyldigheter. Svårigheter med att tillförsäkra barn tillräckliga stöd och vårdinsatser, särskilt när behovet uppstått på grund av en vårdnadshavares eventuella övergrepp, hade påtalats av remissinstanser. Regeringen ansåg dock att frågan om hur beslutsrätten skulle kunna reformeras krävde djupare analys och ett sådant arbete hade påbörjats på annat håll. Tills vidare påtalades undantagen för det gemensamma beslutsfattandet, som sedan länge gällde om en av vårdnadshavarna till följd av frånvaro, sjukdom eller annan orsak var förhindrad att ta del i beslut som inte utan olägenhet kan skjutas upp och i vardagliga avgöranden som exempelvis om mat, kläder och sovtider.⁴¹¹

2.5.4 Förändrade maktpositioner

2006 års förändringar av förutsättningarna för domstolens bedömning av vårdnadsfrågan kan möjligtvis sägas ha bromsat upp den tidigare utvecklingen mot en förstärkt maktposition för den sekundära omsorgsföräldern. De tidigare reformerna hade tydligt syftat mot en ökad användning av gemensam vårdnad, vilket hade gett den sekundära omsorgsföräldern ökad makt i och med att den ansågs besitta värdefulla resurser för barnet genom sitt föräldraskap. Vikten av att väga in risken för att barnet skulle fara illa och/eller utsättas för våld fanns med som bedömningsgrund för vårdnadsfrågan redan 1998, men nu framhävdes den och en förälders värde för barnet framstod nu inte längre som lika ovillkorligt. En förälder kunde fortfarande inte framtvunga ett beslut som innebar att den ena föräldern skulle förlora vårdnaden och tvisten kunde därmed till stor del komma att röra själva vårdnadsformen. I en tvist där den ena föräldern yrkade om ensam vårdnad och den andre om gemensam hade den primära och den sekundära omsorgsföräldrarnas maktpositioner jämnats ut till viss del. Lagstiftaren gav fortfarande uttryck för att gemensam vårdnad i de flesta fall var bäst för barnet, men om samarbetet inte fungerade mellan föräldrarna kunde ensam vårdnad ändå vara att föredra. De två bedömningsgrunderna som särskilt skulle uppmärksammas i bedömningen av barnets bästa talade som utgångspunkt för gemensam vårdnad – om inte det förelåg en risk för våld eller andra övergrepp. Genom bilden av att våld är någonting som *leder till* samarbetssvårigheter, kan *samarbetssvårigheter*

⁴⁰⁸ Ibid., s. 51

⁴⁰⁹ Se prop. 2005/06:99 s. 87 med hänvisning till NJA 1999 s. 451 och NJA 2000 s. 345.

⁴¹⁰ Prop. 2005/06:99 s. 51.

⁴¹¹ Ibid., s. 51 f.

tolkas som ett vidare område att argumentera inom.⁴¹² Att samarbetsförmågan gjordes relevant kan ha återbördat en viss makt till den primära omsorgsföräldern eftersom den, genom sin konkreta funktion, kan ha antagits ha större kunskap och kontroll över föremålet för samarbetet; barnet. Det kan ha gett ett visst tolkningsföreträde. Men huvudansvaret för den faktiska omsorgen om barnet var inte fortfarande ett formellt skäl för ensam vårdnad.

Eftersom propositionen i sin argumentation framhöll att barnets rätt till *båda* sina föräldrar inte var ovillkorlig framstår det som att våldsriskan i första hand var tänkt att vägas mot barnets behov av en sekundär omsorgsförälder. Även i diskussionen om våld som riktades mot någon annan än barnet lyftes endast riskerna för barnet fram som betydande vid bedömningen. Någon djupare analys av våldets effekter på vårdnadsrelationen och vårdnadshavarskapets primära syfte, när en förälder använde våld mot den andre föräldern, finns inte med i propositionen. Regeringen framhöll dock att det då uppstår en generell svårighet att tillgodose barnets behov.

Det är knappast möjligt att tillgodose barnets behov av trygghet och omsorg inom ramen för gemensam vårdnad om den ena föräldern gör sig skyldig till övergrepp mot den andra föräldern eller någon annan i familjen. Det gäller även om samarbetet mellan föräldrarna kanske ytligt sett verkar fungera.⁴¹³

Genom formuleringen att det *knappast är möjligt att* [...] framställdes det som en självklarhet som inte kräver närmare förklaring. Övergrepp betecknades som ett substantiv vilket skapar en viss distans till vad det faktiskt avsåg beskriva, vilket samtidigt kan tolkas som att en bred definition av våld avsågs. En djupare analys av de processer som kan aktualiseras när en part i en samverkansrelation använder våld skulle till exempel kunna påvisa att gemensamma beslut då inte nödvändigtvis baseras på en verklig uppfattning om barnets bästa utan på rädsla för den egna eller barnets säkerhet. Någon djupare maktanalys gjordes inte heller i propositionen utan fokus koncentrerades vid behovet av att skydda barnet från det direkta våldet.

Till skillnad från vid tidigare reformer använde regeringen i denna proposition i princip genomgående ett könsneutralt språk vilket visar att man inte avsåg att anlägga något könsmaktsperspektiv på våldet. Inte heller förekommer några formuleringar som antyder att det skulle finnas någon relevant könsskillnad avseende utövandet av den praktiska omsorgen om barnet. Det innebär att argumentationen i lägre grad än förut förmedlade en bild av att rättsutvecklingen skulle vara avsedd att åstadkomma någon förändring av maktrelationerna mellan kvinnor och män. I skälen till regeringens förslag om att införa samarbete som bedömningsgrund återgavs däremot en del av resultaten av 2002 års vårdnadskommittés undersökning. Där framgick att modern fick ensam vårdnad i ungefär en tredjedel av fallen och fadern i en knapp tiondel. Det framgick dock inte hur ofta modern respektive fadern hade yrkat om ensam respektive gemensam vårdnad.⁴¹⁴ Påståenden om övergrepp hade förekommit i en tredjedel av de undersökta domarna och domstolen hade dömt till gemensam vårdnad, mot en förälders vilja, i knappt hälften av de fallen. Det kopplades inte till några könsrelaterade uppgifter.

⁴¹² Se prop. 2005/06:99 bilaga 1 s. 114.

⁴¹³ Prop. 2005/06:99 s. 50 f.

⁴¹⁴ Ibid., s. 49.

2.5.5 Sammanfattning av 2006 års reform

Ett syfte med lagändringen som framkommit genom min undersökning av argumenten var att justera den presumtion för gemensam vårdnad som hade uppfattats och utvecklats efter 1998 års lagändring. Liksom i tidigare propositioner har jag funnit att formuleringar och argument återanvändes från tidigare reformer, vilket kan ha bidragit till att skapa en känsla av kontinuitet i rättsutvecklingen.⁴¹⁵ Vid just denna reform tycks regeringen dock ha avsett att ändra kurs i någon mån.

Betydelsen av individuella prövningar poängterades, liksom tidigare, även i denna proposition. Trots att syftet med lagändringarna inte var att förstärka de föregående reformernas inflytande var regeringen noga med att understryka att samma värden som framhållits tidigare fortfarande gällde; barnets bästa skulle styra och gemensam vårdnad var i de flesta fall bäst för barn. Förändringen tycks syfta till att lägga till ytterligare en nyans till bedömningen. Eftersom omständigheterna kring det enskilda barnet måste prövas särskilt för att barnets bästa skulle kunna bedömas var regeringen försiktig med att uttala några allmängiltiga ställningstaganden. Trots att effekterna av våld var ett huvudtema i propositionen var regeringen tydlig med att bedömningen måste göras individuellt, även då en förälder utsatt barnet eller någon annan i familjen för våld eller andra övergrepp.⁴¹⁶ Det som kan tolkas som en motpol till risken för våld beskrevs genomgående med det begrepp som använts sedan 80-talet; *en god och nära relation med båda föräldrarna*. Ingenstans definierades *god och nära*. Att argumentera mot eller för en *god relation* kan tyckas omotiverat eftersom uttrycket som sådant redan innehåller en värdering.

2.6 Proposition 2020/21:150 - Stärkt barnrättsperspektiv i vårdnadstvister

2.6.1 Förhållanden inför reformen

Redan i 2006 års proposition diskuterades vårdnadens innebörd och vilka problem som kunde följa av kravet på enighet när två vårdnadshavare tillsammans ska besluta i frågor som rör barnets personliga angelägenheter. Frågan behandlades därefter i flera olika sammanhang och resulterade slutligen i att en ny bestämmelse i föräldrabalken trädde i kraft den 1 maj 2012.⁴¹⁷ Bestämmelsen innebar att socialnämnden gavs möjlighet att besluta om vissa åtgärder till stöd för ett barn, om endast den ena av barnets vårdnadshavare samtycker och åtgärden krävs med hänsyn till barnets bästa.⁴¹⁸

I november 2013 publicerade Socialstyrelsen en kartläggning av socialnämndens användning av möjligheten att väcka talan om vårdnadsöverflytt när det förekommit våld i familjen eller när en förälder dödat den andra föräldern.⁴¹⁹ Sammanfattningsvis visade kartläggningen att socialnämnden i liten utsträckning hade väckt talan om vårdnadsöverflytt då det hade förekommit allvarligt våld i familjen men i stor utsträckning när den ena vårdnadshavaren hade dödat den andra. Vid sådana fall dröjde ofta ändå en vårdnadsöverflytt, på grund av svårigheter för socialnämnden att hitta en lämplig person att flytta över vårdnaden till. Kartläggningen visade också att socialnämnden hade begränsad kunskap om antalet barn som lever i familjer

⁴¹⁵ Se t.ex. prop. 2005/06:99 s. 50, jmf prop. 1997/98:7 s. 49 och prop. 1990/91:8 s. 31.

⁴¹⁶ Se t.ex. prop. 2005/06:99 s. 42.

⁴¹⁷ FB, ändringslag SFS 2012:131, 6 kap. 13 a §.

⁴¹⁸ FB, ändringslag SFS 2012:131, 6 kap. 13 a §. Se även prop. 2011/12:53 s. 7.

⁴¹⁹ Socialstyrelsen, 2013.

där det förekom allvarligt våld och att riktlinjer och rutiner för vårdnadsöverflytt ofta saknades. Socialstyrelsen kom fram till att socialnämndens ansvar för att uppmärksamma behov av vårdnadsöverflytt inte behövde utökas och ingen automatisk prövning av vårdnaden ansågs nödvändig när det har förekommit dödligt våld i familjen. Behov som identifierades var att förbättra förutsättningarna för att hitta en lämplig person att föra över vårdnaden till och att uppmärksamma socialnämnden på möjligheten att väcka talan enligt FB 6 kap. 7 § FB, inte bara när en vårdnadshavare dödat den andra utan även när det förekommit allvarligt våld i familjen.⁴²⁰ Att den andre föräldern själv väckt talan i vårdnadsfrågan angavs vara ett av skälen till att socialnämnden hade väckt talan i så få fall.⁴²¹

Från och med den 1 april 2016 möjliggjordes för ensamstående kvinnor att låta inseminera sig och bli föräldrar utan att en annan förälder fastställdes.⁴²² I lagstiftningsförfarandet hade regeringen lyft vissa betänkligheter angående en ökad social och ekonomisk sårbarhet för barnet, till exempel om föräldern skulle bli sjuk eller avlida, men konstaterat att barn med en rättslig förälder i stället för två inte hade generellt sämre uppväxtvillkor. Regeringen framhöll att den forskning som fanns tydde på att barn som kommit till genom assisterad befruktning av en ensamstående kvinna hade lika goda uppväxtvillkor som barn som växer upp med två föräldrar. Samhällets förändrade normer och värderingar om familj och föräldraskap framhölls också som en bidragande faktor för att ändra lagstiftningen. Den traditionella kärnfamiljen ansågs inte längre vara den nödvändiga mallen.⁴²³ Den föregående utredningen hade dock påpekat att assisterad befruktning för ensamstående kvinnor skulle ses som ett undantag från huvudregeln om att barn ska ha rätt till två rättsliga föräldrar från födseln.⁴²⁴

I betänkandet SOU 2017:6, utvärderades 2006 års vårdnadsreform i syfte att undersöka hur vårdnadsreglerna hade tillämpats. Eventuella behov av ändringar för att bättre uppnå reformens grundläggande syfte - att stärka barnrättsperspektivet, skulle också övervägas.⁴²⁵ Utredningen sammanfattade att 2006 års reform i många avseenden hade varit lyckad och att barnrättsperspektivet hade stärkts.⁴²⁶ Vissa förbättringsområden identifierades dock och bland annat tyckte man sig se att regleringen som innebar fokus på föräldrarnas samarbete vid bedömningen av vårdnadsform hade kommit att bli konflikt drivande.⁴²⁷ En stor ökning av antalet vårdnadsfall hade skett och troliga förklaringarna till det antogs bland annat vara den förra reformens *ökade möjligheter till ensam vårdnad*, ett *mer jämställt föräldraskap* och en *ökad konfliktbenägenhet*.⁴²⁸ Siffror som presenterades visade att det totala antalet vårdnadsfall hade ökat med 99 procent mellan 2006 och 2015. Efter en borträkning av fall där socialnämnden var part kvarstod en ökning av antalet vårdnadsfall mellan föräldrar med 48

⁴²⁰ Ibid., s. 26.

⁴²¹ Ibid., s. 24 f.

⁴²² Lag om genetisk integritet m.m. SFS 2006:351, 6 kap. 1, 1 a och 1 b §§, 1 kap. 5 §, ändrad genom SFS 2016:18, och FB, ändringslag SFS 2016:17, 1 kap. 3 §. Se även prop. 2014/15:127 s. 8.

⁴²³ Prop. 2014/15:127 s. 12.

⁴²⁴ Ibid., s. 33.

⁴²⁵ SOU 2017:6 s. 3.

⁴²⁶ Ibid., s. 26.

⁴²⁷ Ibid., s. 27.

⁴²⁸ Ibid., s. 28.

procent. Att det innebar att vårdnads mål *med* socialnämnden som part måste ha ökat med drygt 600 procent kommenterades inte.⁴²⁹

Den 1 januari 2020 trädde lag (2018:1197) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter i kraft och barnkonventionen blev därmed lag i Sverige.⁴³⁰

1 mars 2021 ändrades en regel i LVU som innebar en ökad skyldighet för socialnämndens att överväga vårdnadsöverflytt till familjehemsföräldrar.⁴³¹ Möjligheten till vårdnadsöverflytt motiverades bland annat av att det skapar bättre möjligheter till kontinuitet och trygghet för barnet.⁴³²

Den 1 juli 2021 trädde en ny bestämmelse i kraft i brottsbalken som innebar att det kom att betraktas som ett brott mot barn om exempelvis dess förälder utsätter den andre föräldern för våld inför barnet.⁴³³ Regleringen motiverades bland annat av att forskning visat att barn som bevittnat våld i högre grad än andra riskerar att drabbas av fysisk och psykisk ohälsa på både kort och lång sikt.⁴³⁴

2.6.2 Reformens innebörd och syfte

Den 3 juni 2021 utfärdades lag (SFS 2021:528) om ändring i föräldrabalken vars regler i huvudsak kom att träda i kraft den 1 juli 2021. En ny regel om obligatoriskt informationssamtal för den förälder som avser att inleda en vårdnadstvist och en sammanhängande regel i FB 20 kap. kom att träda i kraft den 1 mars 2022.⁴³⁵ I FB 6 kap. 5 § gjordes för min undersökning relevanta ändringar i andra stycket.

I kraft den 1 juli 2006. ⁴³⁶	I kraft den 1 juli 2021. ⁴³⁷
6 kap. 5 §	6 kap. 5 §
Står barnet under vårdnad av båda föräldrarna eller en av dem och vill någon av dem få ändring i vårdnaden, skall rätten besluta att vårdnaden skall vara gemensam eller anförtro vårdnaden åt en av föräldrarna. Vid bedömningen av om vårdnaden skall vara gemensam eller anförtros åt en av föräldrarna skall rätten fästa avseende särskilt vid föräldrarnas förmåga att <i>samarbeta</i> i frågor som rör barnet. <i>Rätten får</i>	Om barnet står under vårdnad av båda föräldrarna eller en av dem och någon av dem vill få ändring i vårdnaden, ska rätten besluta att föräldrarna ska ha gemensam vårdnad om barnet eller att en av dem ska ha ensam vårdnad. Vid bedömningen av om föräldrarna ska ha gemensam vårdnad eller om en av dem ska ha ensam vårdnad ska rätten fästa avseende särskilt vid föräldrarnas förmåga att <i>sätta</i>

⁴²⁹ Ibid. De siffror som anges är att det 2006 kom in 3108 st mål om vårdnad till landets tingsrätter och att det 2015 kom in 6185 st sådana mål. Av dessa avsåg 2822 st tvister mellan föräldrar år 2006 och 4166 st år 2015. Det innebär att siffran för övriga vårdnads mål år 2006, alltså där socialnämnden var part, var 286 st. 2015 var motsvarande siffra 2019 st. Det innebär en ökning av sådana mål med 606 procent.

⁴³⁰ Inkorporeringslag, SFS 2018:1197.

⁴³¹ LVU, ändringslag SFS 2020:1259, 13 § 3 st och Socialtjänstlagen, ändringslag SFS 2020:1260, 6 kap. 8 § 2 st.

⁴³² Prop. 2020/21:35 s. 11.

⁴³³ Brottsbalken, ändringslag SFS 2021:397, 4 kap. 3 §.

⁴³⁴ Prop. 2020/21:170 s. 1.

⁴³⁵ FB, ändringslag SFS 2021:528, 6 kap. 17 c § och 20 kap. 11 §.

⁴³⁶ FB, ändringslag SFS 2006:458.

⁴³⁷ FB, ändringslag SFS 2021:528

<i>inte besluta om gemensam vårdnad, om båda föräldrarna motsätter sig det.</i>	<i>barnets behov främst och ta ett gemensamt ansvar i frågor som rör barnet.</i>
[Föräldrarnas talerätt i målet och rättens möjlighet att besluta ex officio vid mål om äktenskapsskillnad.]	[Föräldrarnas talerätt i målet och rättens möjlighet att besluta ex officio vid mål om äktenskapsskillnad - oförändrat.]

2021 genomfördes ett flertal förändringar i föräldrabalkens sjätte kapitel och det övergripande syftet som uppgavs i propositionen var att ”stärka barnrättsperspektivet i vårdnadsprocessen, skapa bättre förutsättningar för föräldrar att nå samförståndslösningar och stärka skyddet för barn som riskerar att fara illa.”⁴³⁸ Förutom förändringen i FB 6 kap. 5 § 2 st ändrades också bland annat portalparagrafen om barnets bästa i FB 6 kap. 2 a §. Tillämpningsområdet för bestämmelsen vidgades från att ha omfattat alla *beslut* i vårdnadsfrågor, till att i stället omfatta alla *frågor* om vårdnad, boende och umgänge. FB 6 kap. 2 b §, som upphävdes 2006, återinfördes och den hänsyn som tidigare skulle tas till barnets vilja med beaktande av dess ålder och mognad enligt FB 6 kap. 2 a § utvecklades där till en regel om att barnet ska få information och ges möjlighet att uttrycka åsikter som ska tillmätas betydelse i förhållande till barnets ålder och mognad. En regel med möjlighet att föra över vårdnaden på en tillfällig vårdnadshavare infördes i FB 6 kap. 10 d § som ett svar på det behov som lyftes i 2013 års kartläggning av socialnämndernas användning av möjligheten att föra talan om vårdnadsöverflytt. Angående föräldrars vårdnadstvister infördes en ny regel i FB 6 kap. 17 c § som medförde att en förälder som vill inleda en vårdnadstvist först måste delta i ett informationssamtal för att domstolen ska ta emot yrkanden i vårdnadsfrågor som parterna inte är överens om.

2.6.2.1 Domstolens beslutsutrymme

Domstolens formella beslutsutrymme i tvister mellan föräldrar utvidgades ytterligare 2021. Genom att den sista meningen i 6 kap. 5 § 2 st togs bort blev det nu möjligt för domstolen att besluta om gemensam vårdnad mot *båda* föräldrarnas vilja. Regeringen betonade, med hänvisning till tidigare förarbeten, att redan möjligheten att besluta om gemensam vårdnad mot *en* förälders vilja skulle användas med försiktighet. Gemensam vårdnad mot båda föräldrarnas vilja kommer i de flesta fall inte vara till barnets bästa, menade regeringen.⁴³⁹ Ändå ville regeringen markera att det är just barnets bästa, och inte föräldrarnas inställning, som ska vara avgörande i det enskilda fallet.⁴⁴⁰ Domstolens beslutsutrymme blev alltså större i och med denna reform och den formella betydelsen av föräldrarnas inställning minskade ytterligare. En fortsatt ökad betoning av det individuella barnets bästa gav domstolen ett större utrymme att göra fria bedömningar.

Regeringen menade att föräldrar skulle hjälpas att ”nä enighet i frågor som rör barnet” och barn skulle ”skonas från föräldrars tvister” genom införandet av krav på deltagande i informationssamtal innan en tvist skulle kunna inledas.⁴⁴¹ Genom att hänvisa föräldrar till andra

⁴³⁸ Prop. 2020/21:150 s. 1.

⁴³⁹ Ibid., s. 134.

⁴⁴⁰ Ibid.

⁴⁴¹ Ibid., s. 58 och s. 64.

konflikthanteringsalternativ förväntades en viss andel av de potentiella tvisterna hindras. Genom att, i informationssamtalet, ge föräldrar information som syftar till att de ska hitta den lösning som är bäst för barnet samt erbjuda samarbetsamtal och annat lämpligt stöd, hänvisas föräldrarna tillbaka till det egna beslutsutrymmet.⁴⁴² Det kan tolkas som att den allt större flexibiliteten på vårdnadsområdet hade skapat svårigheter för domstolen att tillämpa en regelbaserad konflikthantering. För att undvika risk för att domstolen skulle dras åt att istället tillämpa en maktbaserad, i värsta fall godtycklig, konflikthantering blev det angeläget att föra föräldrars konflikter mot andra forum som är mer lämpade att skapa förutsättningar för en behovsbaserad konflikthantering.

2.6.2.2 Grunder för bedömning vid val av vårdnadshavare och vårdnadsform

Lagrådet uttalade att bestämmelsen om barns bästa i FB 6 kap. 2 a § är den kanske allra mest centrala i tvister om vårdnad, boende och umgänge.⁴⁴³ Ändringen i bestämmelsen skulle genom denna reform markera det vida tillämpningsområde som bestämmelsen ansågs ha.⁴⁴⁴ I stället för att alla *beslut* om vårdnad, boende och umgänge skulle utgå från barnets bästa skulle barnrättsperspektivet nu genomsyra *alla frågor* på området. Lagrådet påtalade att kortsiktiga vinster för barnet inte borde få företräde på bekostnad av sådant som rör barnet på ett mer grundläggande sätt. Angående vilka grunder som skulle beaktas i bedömningen av barnets bästa hänvisade Lagrådet till den rekommendation som FN:s barnrättskommitté gett. En icke uttömmande uppräkningslista av faktorer som ”barnets åsikter, barnets identitet, bevarandet av familjemiljön och upprätthållande av relationer, omsorg om barnet och barnets skydd och säkerhet, utsatta situationer, barnets rätt till hälsa och barnets rätt till utbildning” gjordes.⁴⁴⁵ Regeringen framhöll att både kortsiktiga och långsiktiga effekter bör vägas in i den mån det är möjligt.⁴⁴⁶ Eftersom domstolens val av vårdnadsform och vårdnadshavare är ett beslut skulle barnrättsperspektivet redan före 2021 års reform präglade bedömningen. Till skillnad från 2006 hade barnkonventionen vid 2021 års reform hunnit få status som lag, vilket kan komma att påverka bedömningen av vad som anses vara barnets bästa.

I 2021 års proposition diskuterade regeringen förekomsten av våld i relation till vårdnadsfrågan. I författningskommentaren till FB 6 kap. 5 § uttrycktes att gemensam vårdnad borde vara utesluten i de flesta fall om det ”förekommer våld eller andra former av övergrepp från en förälders sida”.⁴⁴⁷ Att våld skulle kunna vara en anledning för domstolen att besluta om ensam vårdnad var dock ingen nyhet 2021. I 2006 års reform hade våld varit ett huvudtema genom att risken för övergrepp lyftes fram i bestämmelsen om barnets bästa. Det går dock att upptäcka en mer omfattande diskussion om våld i 2021 års proposition genom att belysa i vilken omfattning det benämnts. I 2021 års proposition förekom olika benämningar av våld och övergrepp 142 gånger i jämförelse med 104 gånger i 2006 års proposition.⁴⁴⁸ 2021 poängterade regeringen att en tvist mellan föräldrar inte alltid kan beskrivas som en konflikt mellan dem, till exempel när

⁴⁴² Lag om informationssamtal, SFS 2021:530, 7 §.

⁴⁴³ Prop. 2020/21:150 s. 227.

⁴⁴⁴ Ibid., s. 41.

⁴⁴⁵ Ibid., s. 228.

⁴⁴⁶ Ibid., s. 129.

⁴⁴⁷ Ibid., s. 133.

⁴⁴⁸ Siffrorna har jag fått fram genom att söka på orden *våld*, *övergrepp* och *misshandel* i de båda propositionerna. Även varianter på orden så som *våldsutsatthet* omfattas.

det ”förekommit våld eller hot om våld inom familjen”.⁴⁴⁹ Angående den nya möjligheten att föra över vårdnaden om ett barn till en tillfällig vårdnadshavare angavs, med en hänvisning till FB 6 kap. 7 §, att en förälder som avsiktligt dödat eller allvarligt skadat den andre föräldern så gott som alltid bör anses ha brustit i omsorgen på ett sådant sätt att det inte är till barnets bästa att den behåller vårdnaden.⁴⁵⁰ Angående domstolens bedömning av vårdnadsform, i en tvist mellan föräldrar, uttalade regeringen däremot att det är en självklarhet att det i princip alltid är bäst för barnet att en förälder som använt våld mot den andre föräldern eller någon annan i familjen inte får del i vårdnaden.⁴⁵¹ Således målas bilder upp av att bedömningen av en förälders lämplighet som vårdnadshavare kan göras strängare i en tvist mellan föräldrar än när socialnämndens talerätt, och domstolens möjlighet att besluta ex officio, aktualiseras. De olika exemplen som ges; att den ena föräldern *döda/allvarligt skadat* den andre föräldern respektive att den ena föräldern *använt våld*, ska förstås inte ses som uteslutande. Genom att illustrera situationer som ter sig olika allvarliga reflekteras dock olika grad av skydd för barn i de olika situationerna. Ett barn vars våldsutsatta förälder själv driver vårdnadsfrågan kan utifrån en sådan tolkning tänkas ha ett starkare skydd. Samtidigt kan den förälderns trovärdighet ifrågasättas, i ljuset av tidigare propositioners antaganden om att den förälder som begär ensam vårdnad har ett egenintresse som kan vara till nackdel för barnet.

En fråga som kan aktualiseras i anslutning till detta är om bestämmelsen om barnets bästa, som efter 2021 inte bara ska gälla *beslut* utan *alla frågor*, innebär att socialnämndens talerätt kan komma att aktualiseras oftare. Om utgångspunkten är att det är till barnets bästa att en förälder som använt våld frångår vårdnaden, och barnets bästa ska vara avgörande i socialnämndens handläggning, torde talerätten aktualiseras när socialnämnden får kännedom om att en vårdnadshavare använt våld mot barnet eller den andre föräldern.

2.6.3 Argument och framträdande intressen

I 2021 års proposition uttalade lagstiftaren att 2006 års reform varit lyckosam i det avseendet att mer nyanserade bedömningar hade börjat göras i domstolen och att användning av ensam vårdnad hade ökat. Ensam vårdnad, menade regeringen, hade blivit för svårt att få igenom efter 1998 års reform och den praxis som hade utvecklats därefter. Rättsutvecklingen efter 2006 hade alltså gått i önskad riktning.⁴⁵² Antalet vårdnadsfall hade dock ökat markant mellan 2006 och 2015 och i betänkandet som föregick 2021 års proposition lyftes flera olika faktorer som bidragande till detta. En av förklaringarna antogs vara att de ökade möjligheterna att få ensam vårdnad hade lockat fler föräldrar att framföra sådana yrkanden.⁴⁵³ Utredningen hade dragit slutsatsen att 2006 års förtydligande, om att djupa konflikter kunde utesluta gemensam vårdnad, hade lett till att föräldrar lyfte fram samarbetsproblem, på bekostnad av möjliga lösningar, för att på så sätt få ensam vårdnad.⁴⁵⁴ Regeringen framhöll att en följd av ett ökat fokus på *samarbetet* mellan föräldrarna var att parterna hade kommit att ägna sig åt att framhålla den andre förälderns brister, vilket hade lett till fördjupade konflikter.⁴⁵⁵ Redan i beredningen av

⁴⁴⁹ Prop. 2020/21:150 s. 55.

⁴⁵⁰ Ibid., s. 87.

⁴⁵¹ Ibid., s. 75.

⁴⁵² Ibid., s. 71.

⁴⁵³ SOU 2017:6 s. 28.

⁴⁵⁴ Prop. 2020/21:150 s. 169.

⁴⁵⁵ Ibid., s. 71.

lagstiftningsarbetet uttalade riksdagen att *de konfliktdrivande inslagen* i regleringen *måste tas bort*.⁴⁵⁶ 2021 års argumentation var alltså bunden av den utgångspunkten och det viktigaste argumentet för att förändra FB 6 kap 5 § var att 2006 års utformning av regeln ansågs konfliktdrivande. Dessutom menade regeringen att domstolarna ändå inte ställde särskilt höga krav på föräldrarnas samarbetsförmåga, och en ändrad reglering skulle därför stämma bättre överens med den praxis som fanns.⁴⁵⁷ Det skapade ett rationellt argument för förändring. Föräldrarnas förmåga att *ta gemensamt ansvar* ansågs bättre förmedla ett fokus på barnet och de relevanta konsekvenserna för barnet.⁴⁵⁸

Det är viktigt att uppmärksamma att det finns skillnader mellan att ta ett gemensamt ansvar och att ha samarbetsförmåga. Att föräldrarna tar ett gemensamt ansvar innebär att de tillsammans kan lösa frågor som rör barnet och som omfattas av vårdnadsansvaret. Det kan t.ex. handla om att fatta beslut om skolval eller annan omsorg för barnet. Det kan också handla om att säkerställa att barnet får tillgång till olika stöd- och hjälpinsatser som barnet kan behöva och som kräver båda vårdnadshavarnas samtycken. Detta kan göras genom omfattande eller få kontakter och kontakterna kan vara muntliga eller skriftliga. Det är således möjligt att ta ett gemensamt ansvar trots att föräldrarnas samarbete i praktiken är mycket begränsat.⁴⁵⁹

Genom det här resonemanget framträder en bild av att tröskeln för att anses uppnå *gemensamt ansvar* skulle vara något lägre än tröskeln för att anses ha ett tillräckligt gott *samarbete* hade varit. Gemensam vårdnad torde därmed vara tänkt att möjliggöras i fler fall än tidigare. Genom 2012 års regel i FB 6 kap 13 a § hade det möjliggjorts för den ena vårdnadshavaren att med socialnämndens stöd säkerställa att barnet får vissa vård-, stöd- och hjälpinsatser utan den andre vårdnadshavarens samtycke. Det kan ses som en ökad möjlighet att vidmakthålla gemensam vårdnad, trots oenighet, utan att det skulle gå ut över barnet. Mot den bakgrunden kan delar av ovanstående resonemang väcka frågan om en användning av de möjligheten ska ses som ett skäl att besluta om ensam vårdnad eller som en möjlighet att låta den gemensamma bestå. Ett område som framhölls som oberoende av den juridiska vårdnaden, och därmed inte heller som ett relevant konfliktområde, var den direkta omsorgen om barnet.

I praktiken är det dock inte så att ensam vårdnad alltid innebär att barnet påverkas i lägre grad av föräldrarnas konflikt. Samarbetsproblemen kan ofta röra frågor som inte direkt är knutna till den juridiska vårdnaden om barnet. Det kan t.ex. handla om att den ena föräldern tvivlar på den andra förälderns förmåga att tillgodose barnets behov i olika avseenden när barnet är hos den föräldern.⁴⁶⁰

Barnets behov i den direkta vistelsen hos *den andra föräldern* torde i stort sett inbegripa vad som kan förstås med begreppet *daglig omsorg*. Sådana frågor hade sedan tidigare konstaterats inte kräva gemensamma beslut och enighet mellan två vårdnadshavare.⁴⁶¹ Underförstått torde det dock förutsätta att barnets omsorgsbehov ändå tillgodoses i någon mån. En vårdnadshavare

⁴⁵⁶ Ibid., s. 31.

⁴⁵⁷ Ibid., s. 71.

⁴⁵⁸ Ibid.

⁴⁵⁹ Ibid., s. 72.

⁴⁶⁰ Ibid., s. 71.

⁴⁶¹ Se t.ex. prop. 1997/98:7 s. 54 f.

som har anledning att vara orolig över att barnets grundläggande behov inte blir tillgodosedda har enligt FB 6 kap. 2 § ett ansvar. Bakgrunden till att oron skulle kunna ses som obefogad skulle antingen kunna vara den oroliga föräldern felaktiga uppfattning om det aktuella förhållandet eller att förhållandet enligt rätten inte bedöms påverka barnet i en betydande utsträckning. Umgänge med den andre föräldern skulle också kunna föranleda sådan oro, även om vårdnaden anförtroddes den ena föräldern ensam. Sammantaget tyder regeringens resonemang på ett antagande om att domstolen och den oroliga föräldern skulle göra skilda bedömningar av barnets möjligheter att få sina behov tillgodosedda.

En intressekonflikt som framkommer här är den mellan barnets behov av den sekundära omsorgsföräldern och barnets eventuella behov av bättre omsorg. Behovet av den sekundära omsorgsföräldern har grundligt fastslagits under rättsutveckling medan barnets omsorgsbehov inte har genomlysts på ett detaljerat sätt sedan 1983. Eftersom den faktiska vården under rättsutvecklingens gång tydligt skiljts från den rättsliga vårdnaden har lagstiftaren endast i begränsad omfattning resonerat om vilken omsorgskvalitet som förväntas av en vårdnadshavare. Hänvisningar till barnets grundläggande behov enligt FB 6 kap. 1 § har många gånger varit tillräckligt, utan att innebörden av *omsorg* definierats närmare.⁴⁶² Den passiva formuleringen av vårdnadsansvaret enligt FB 6 kap 2 § (en vårdnadshavare ska *se till att* barnets behov enligt 1 § *blir tillgodosedda*) innebär att en vårdnadshavare inte personligen behöver ombesörja den faktiska vården om barnet. Det har också behandlats i doktrin och fastslagits i hovrättspraxis angående särskilt förordnade vårdnadshavares fullgörande av vårdnadsansvaret.⁴⁶³ Under underrubriken ”Barns grundläggande rättigheter” inom det övergripande avsnittet ”Om vårdnad, boende och umgänge” i 2021 års proposition konstaterades kort att det sedan årtionden tillbaka ”pågår en utveckling i Sverige där barnets rättigheter successivt har stärkts och synliggjorts”.⁴⁶⁴ Vilka rättigheter det gäller nämndes inte mer än att regeringen påtalade att bestämmelser om *barns rätt att komma till tals* och *barnets bästa* hade blivit *vanligt förekommande* i lagstiftning som rör barn.⁴⁶⁵

Resonemang som under rättsutvecklingen rört vilka förutsättningar som krävts för att vårdnaden ska kunna tas från en förälder med hänvisning till brister i omsorgen, har främst varit kopplade till regleringen i FB 6 kap. 7 § som utgjort en sorts säkerhetsventil. Den regeln har inte ändrats sedan 1983 och stadgar att en sådan åtgärd kan aktualiseras först om en *bestående fara* för barnets hälsa och utveckling föreligger. Det krävs med andra ord relativt stora brister för att den rättsliga vårdnaden ska kunna tas ifrån en förälder av den anledningen. Regeln utvecklades i en tid då en förälders oro för brister i omsorgen hos den andre föräldern räckte för att begära och få vårdnaden ensam (eller själv förlora den). Socialnämndens talerätt utgjorde därmed en säkerhetsventil för de fall då ingen av föräldrarna uppmärksammade en tydlig fara. I 2021 års argumentation för att införa möjligheten att föra över vårdnaden på en tillfällig vårdnadshavare gavs exempel på när det skulle kunna vara aktuellt. Om en förälder uppsåtligt dödat eller allvarligt skadat den andra föräldern ansågs det utgöra en så pass allvarlig brist i

⁴⁶² Se t.ex. prop. 2020/21:150 s. 95.

⁴⁶³ Singer, 2021, s. 131 och RH 2001:50.

⁴⁶⁴ Prop. 2020/21:150 s. 32.

⁴⁶⁵ Ibid.

omsorgen att föräldern, för barnets bästa, inte ska få behålla vårdnaden.⁴⁶⁶ Som jag nämnde i föregående avsnitt kan denna säkerhetsventil anses utgöra ett svagare skydd för barn än de regler som aktualiseras i en tvist mellan föräldrar. Samtidigt är det möjligt att ställa sig frågan om lagstiftaren 2021 avsåg att låta den vidgade bestämmelsen om barns bästa också omfatta socialnämndens talerätt och rättens möjlighet att besluta ex officio. I ljuset av uttalandet i 2006 års proposition om att barn måste ha en absolut rätt att inte utsättas för våld och den kunskap om de skadeverkningar som följer av att barn bevittnar våld i hemmet, som också ligger bakom 2021 års kriminalisering av att låta barn bevittna våld, är det möjligt att dra slutsatsen om att socialnämnden bör agera i vårdnadsfrågan i fler fall än före 2021.⁴⁶⁷ I 2021 års proposition använde regeringen ett påstående som till sitt innehåll i stort sett är identiskt med ett påstående från 2006.

Regeringen vill också understryka att det självfallet är så att det i en situation där det förekommit våld eller andra former av övergrepp från en förälders sida i princip alltid är bäst för barnet att den föräldern inte får del i vårdnaden. Det är, vilket även några remissinstanser är inne på, knappast möjligt att tillgodose barnets behov av trygghet och omsorg inom ramen för en gemensam vårdnad om den ena föräldern gör sig skyldig till övergrepp mot den andra föräldern eller någon annan i familjen.⁴⁶⁸

2006 var detta en del av argumentationen för att införa föräldrarnas samarbetsförmåga som särskild bedömningsgrund i beslut om vårdnadsform. 2021 förekom uttalandet för ett förtydligande i skälen till regeringens förslag om att möjliggöra beslut om gemensam vårdnad mot båda föräldrarnas vilja. Avsikten med att ta bort begränsningen var främst att markera att det är *barnets bästa* som skulle vara avgörande för beslutet om vårdnadsform och inte föräldrarnas inställning.⁴⁶⁹ Regeringen framhöll att utrymmet för gemensam vårdnad mot båda föräldrarnas vilja i praktiken skulle ses som litet, dels med hänvisning till att redan möjligheten att döma till gemensam vårdnad mot en förälders vilja skulle användas restriktivt. Frågan om vilken betydelse föräldrarnas inställning skulle kunna ha vid en omvänd situation, att ingen av föräldrarna initierar en upplösning av den gemensamma vårdnaden trots att det framkommit uppgifter om våld, diskuterades inte. Utifrån att barnets bästa, och inte föräldrarnas inställning, ska ses som avgörande torde socialnämndens talerätt i så fall aktualiseras för att frånta en våldsam förälder den rättsliga vårdnaden.

Motsvarande begränsning av domstolens möjlighet att döma till gemensam vårdnad lämnades dock kvar gällande när vårdnaden flyttas från särskilt förordnade vårdnadshavare till en eller båda föräldrarna och vid tvister mellan särskilt förordnade vårdnadshavare.⁴⁷⁰ Gällande överflyttning av vårdnaden från särskilt förordnade vårdnadshavare till föräldrarna menade regeringen att omständigheterna är speciella. Det är i en sådan situation svårare för domstolen att bedöma i vilken mån föräldrarna verkligen ”har en förmåga att i barnets intresse fatta nödvändiga beslut gemensamt” trots sin ovilja, menade regeringen.⁴⁷¹ Den enas motstånd utgör inte ett hinder, men bådas motstånd begränsar fortfarande domstolens beslutsutrymme.

⁴⁶⁶ Ibid., s. 87.

⁴⁶⁷ Se *barnfridsbrott* i BrB 4 kap. 3 §, och prop. 2005/06:99 s. 42. Se även prop. 1992/93:139 s. 37.

⁴⁶⁸ Prop. 2020/21:150 s. 75, jmf prop. 2005/06:99 s. 50 f.

⁴⁶⁹ Prop. 2020/21:150 s. 75.

⁴⁷⁰ FB, ändringslag SFS 2006:458, 6 kap. 10 § och FB, ändringslag SFS 2021:528, 6 kap. 10 b §.

⁴⁷¹ Prop. 2020/21:150 s. 75 f.

Gällande tvister mellan särskilt förordnade vårdnadshavare diskuterades skillnaden mellan sådana vårdnadshavare och föräldrar i 1998 års proposition. Där poängterade regeringen att det är de goda förhållandena mellan *barn och föräldrar* som skulle främjas genom en ökad användning av gemensam vårdnad och att betydelsen av ett gemensamt *föräldraansvar* skulle markeras. Därför ansågs det inte finnas tillräckliga skäl för att då låta den utvidgade möjligheten till gemensam vårdnad, mot den ena partens vilja, omfatta även särskilt förordnade vårdnadshavare.⁴⁷² Argumentet för att 2021 ge domstolen frihet att mot båda föräldrarnas vilja döma till gemensam vårdnad var att det är ”*en brist att föräldrarnas inställning kan hindra valet av en vårdnadsform även om domstolen kommer fram till att den skulle vara det bästa för barnet*”.⁴⁷³ Regeringen tycks alltså mena att föräldrarnas inställning inte nödvändigtvis har någon betydelse för vilken vårdnadsform som bedöms vara bäst för barnet. Samtidigt poängterades särskilt att det inte fanns någon avsikt att återinföra, *eller ens närma sig*, en presumtion om gemensam vårdnad. Avsikten var att markera att barnets bästa ska vara avgörande, ingenting annat. Rationellt påpekades också att en reglering som riskerar att hindra en fri bedömning av barnets bästa kan stå i strid med barnkonventionen som blivit svensk lag.⁴⁷⁴ Samma rationalitet kan anas bakom förändringen av FB 6 kap. 2 a §. I stället för att alla *beslut* om vårdnad, boende och umgänge skulle utgå från barnets bästa skulle barnrättsperspektivet nu genomsyra *alla frågor* på området. Detta ansågs redan gälla med stöd av barnkonventionen, vilket användes som argument för ändringen.⁴⁷⁵

Trots att 2014 års vårdnadsutredning hade visat att det förekommit uppgifter om våld i drygt en tredjedel av de domar som meddelats i vårdnads mål framhöll regeringen fortfarande att gemensam vårdnad ”i de allra flesta fall är en bra vårdnadsform för barn och föräldrar”.⁴⁷⁶ Det konstaterandet följdes av ett resonemang som går att känna igen från tidigare reformer; för barnets skull är det viktigt att båda föräldrarna tar ansvar för barnet och är delaktiga i dess liv. I detta argument gjordes också en hänvisning till artikel 18 i barnkonventionen som anger att båda föräldrarna har ett gemensamt ansvar för barnets uppfostran och utveckling.⁴⁷⁷ I ljuset av 2016 års lagförändring, som innebar att ensamstående kvinnor fick låta inseminera sig och bli föräldrar ensamma, skulle ett djupare resonemang kunna föras om barns behov i relation till föräldrars rätt.⁴⁷⁸ Något sådant resonemang fördes dock inte i propositionen och barnets rätt till, och behov av, två föräldrar förblev den generell reproducerade realiteten.

Måttet på en förälders engagemang skulle dock inte avgöra vårdnadsfrågan, enligt 2021 års proposition. Ett fungerande gemensamt ansvar kräver visserligen något mått av engagemang från båda föräldrarna, men båda förväntades inte ta lika stort ansvar.

Lika lite som föräldrar som bor tillsammans alltid måste vara överens eller lika engagerade i alla frågor om barnet, måste emellertid separerade föräldrar vara det. I många frågor blir det naturligt att det är den förälder som barnet vistas hos som i praktiken bestämmer. Om kontakter mellan föräldrarna leder till dispyter, är det bra

⁴⁷² Se prop. 1997/98:7 s. 52.

⁴⁷³ Prop. 2020/21:150 s. 74.

⁴⁷⁴ Ibid., s. 74 f.

⁴⁷⁵ Ibid., s. 129 f.

⁴⁷⁶ Ibid., s. 70.

⁴⁷⁷ Ibid.

⁴⁷⁸ Se prop. 2014/15:127 s. 12.

om de hålls på ett minimum. Det behöver inte utesluta en gemensam vårdnad om föräldrarna i praktiken lyckas lösa den typ av större frågor som kräver båda vårdnadshavarnas samtycken på ett sätt som är bra för barnet, även om det sker genom att en förälder tar ett steg tillbaka och inte i alla frågor aktivt tar ställning. Viss kontakt och ett visst mått av ömsesidigt engagemang krävs dock för att ett gemensamt ansvarstagande ska kunna konstateras.⁴⁷⁹

Även om både barnkonventionen och svensk rätt fokuserar på värdet av föräldrars ansvarstagande, och den svenska rättsutvecklingen under många år hade sammanflätat rättslig vårdnad och föräldrars engagemang, framhöll alltså 2021 års proposition att engagemang inte skulle vara en förutsättning för vårdnad. Att den rättsliga vårdnaden kan låtas gå före det eftersträlvade engagemanget kan ses i ljuset av att rättsutvecklingen sedan 70-talet vilat på ett antagande om att vårdnaden kan locka till engagemang. Det aktuella resonemanget visar också att föreställningen om en primär och en sekundär omsorgsförälder fortfarande hade stark legitimitet 2021, trots att ett *mer jämställt föräldraskap* hade observerats.⁴⁸⁰

Att det i många fall *blir naturligt* att den barnet vistas hos *i praktiken bestämmer* är en beskrivning av en fungerande situation. Det förmedlar en maktbaserad konflikthanteringsansatz där makten delas upp i tidsperioder, och var och en av vårdnadshavarna naturligt respekterar den andres tidsbegränsade maktposition, utan att intervensera. Om en förälder skulle argumentera för ensam vårdnad, genom att hänvisa till en hög konfliktnivå och bristfällig kommunikation, tycks lagstiftaren mena att det inte ska utgöra ett hinder för gemensam vårdnad. En bedömning av om föräldrarna *i praktiken* lyckas lösa större frågor kring barnet kan förstås som att en bedömning ska kunna göras av ifall sådana frågor har fått en lösning, oavsett hur det har gått till. Beskrivningen av att den ena vårdnadshavaren *tar ett steg tillbaka* framstår som ett ansvarsfullt aktivt beslut som inte bör leda till en förlust av vårdnaden.

För stort fokus på en förälders engagemang framställdes också som en risk för att skapa en svår situation för den primära omsorgsföräldern som då skulle riskera att bli uppsökt av den sekundära omsorgsföräldern i ambitionen att bevisa sin vilja att ta ansvar. Särskilt framhölls detta som problematiskt om det förekommit våld eller hot i relationen.⁴⁸¹ Ett sådant resonemang från lagstiftarens sida kan tolkas som en eftergivenhet för latent våld; det är bättre att ställa lägre krav på en potentiellt våldsam förälder så att den inte triggas att använda sitt våldskapital. Däremot menade regeringen att ett välfungerande gemensamt ansvarstagande inte kan anses existera om den ena vårdnadshavaren hela tiden tvingas ”aktivt agera ensam och att söka och vänta på besked från den andra” för att inte barnet ska komma i kläm.⁴⁸²

Resonemanget i propositionen har en stark handlingsdirigerande prägel som stundvis anlägger en närmast uppfostrande ton. Bland annat uttalas att det ”inte [är] fel att ställa krav på att separerade föräldrar samarbetar, tvärtom måste de i viss mån kunna göra det”.⁴⁸³ Ett sådant resonemang har stora likheter med framförallt ett av de avgöranden i Högsta domstolen som

⁴⁷⁹ Prop. 2020/21:150 s. 72.

⁴⁸⁰ Ibid., s. 170.

⁴⁸¹ Ibid., s. 72.

⁴⁸² Ibid.

⁴⁸³ Ibid., s. 71.

efter 1998 kom att innebära en rättsutveckling mot en presumtion för gemensam vårdnad.⁴⁸⁴ 2006 ansåg lagstiftaren att det var en önskad utveckling och införde därför samarbetet mellan föräldrar som bedömningsgrund för vårdnadsformen, vilket alltså sedan byttes ut mot ”sätta barnets behov främst och ta ett gemensamt ansvar” genom 2021 års reform.⁴⁸⁵ Samförståndslösningar har fått en starkt privilegierad position och lagstiftningen uppmuntrar i första hand föräldrar till att själva hitta lösningar.⁴⁸⁶ Obligatoriska informationssamtal kan ses som ett steg i en riktningen som antyder att lagstiftaren tror på en behovsbaserad konflikthanteringsansats mellan föräldrar, framför alternativet att domstolen tar beslut utifrån regler och makt.

Angående gemensam vårdnad och föräldrarnas inbördes relation framhöll regeringen, som jag tidigare nämnt, att ett gemensamt ansvar kan tas på många olika sätt. Ett visst samarbete ansågs fortfarande vara en förutsättning eftersom ”det är nödvändigt för att de ska kunna ta ett gemensamt ansvar i frågor som rör barnet”, men formerna för samarbetet skulle kunna se olika ut.⁴⁸⁷

Det viktiga är att föräldrarna kan hantera frågor som uppkommer och att ett bristande samarbete eller bristande gemensamt ansvarstagande inte går ut över barnet på ett sådant sätt att det är bättre för barnet att en förälder har ensam vårdnad.⁴⁸⁸

Denna formulering är ett exempel på hur lagstiftaren undviker att ge något konkret underlag för bedömningen. Ett bristande samarbete eller ett bristande gemensamt ansvarstagande måste inte nödvändigtvis vara ett hinder för gemensam vårdnad, utan det är konsekvenserna som ska bedömas. Meningen kan, genom sitt avslut, tolkas som att det finns en viss presumtion för gemensam vårdnad – det viktiga för att kunna besluta om gemensam vårdnad är att inte ensam vårdnad är *bättre* för barnet. Regeringen framhöll dock att ingen presumtion ska råda men att föräldrarna ska ha gemensam vårdnad i alla fall då det är bäst för barnet. Om det förekommer våld eller andra övergrepp bör gemensam vårdnad i de allra flesta fall uteslutas.⁴⁸⁹

I den utredning som föregått införandet av barnkonventionen som svenska lag konstaterades att det i barnkonvention finns en presumtion för gemensam vårdnad, vilket uppmärksammades i 2021 års proposition angående förändringar i föräldrabalken.⁴⁹⁰ I betänkandet menade utredarna att det enligt föräldrabalken *inte* finns någon sådan presumtion, men att gemensam vårdnad framhålls som det bästa alternativet, om det är bäst för barnet.⁴⁹¹ Betänkandets ifrågasättande av graden av harmonisering mellan föräldrabalken och barnkonventionen föranledde dock inget särskilt förtydligande i propositionen. Det betonades i stället på flera ställen att en prövning alltid måste göras av omständigheterna i det enskilda fallet och att det inte ska anses finnas någon presumtion för vare sig gemensam eller ensam vårdnad.⁴⁹²

⁴⁸⁴ Se NJA 1999 s. 451.

⁴⁸⁵ Se Prop. 2020/21:150 s. 10.

⁴⁸⁶ Prop. 2020/21:150 s. 55.

⁴⁸⁷ Ibid., s. 133.

⁴⁸⁸ Ibid.

⁴⁸⁹ Ibid.

⁴⁹⁰ Ibid., s. 70.

⁴⁹¹ SOU 2020:63 s. 454.

⁴⁹² Prop. 2020/21:150 s. 70.

Regeringen avsatte ett särskilt stycke i propositionen åt att också positionera sig mot *våld i nära relation, hedersrelaterat våld och förtryck, mäns våld mot kvinnor och våld mot kvinnor och barn*.⁴⁹³ Dessa formuleringar visar att regeringen ansåg att våld kan ha strukturella förklaringar och att det är ett angeläget arbete att bekämpa sådant våld, även då vuxna personer utsätts. Rent konkret fick detta dock inget direkt genomslag i propositionen utan hänvisningar gjordes i stället till ett antal lämnade uppdrag till olika myndigheter. Regeringen framhöll att arbetet med att förebygga och bekämpa sådant våld kräver åtgärder *på många olika områden*.⁴⁹⁴ Angående vårdnadstvister fick det som mest genomslag genom ställningstagandet att en tvist mellan föräldrar inte nödvändigtvis ska ses som en konflikt mellan dem, om den ena föräldern har utsatt den andra för våld.⁴⁹⁵

2.6.4 Förändrade maktpositioner

Den aktuella reformens handlingsdirigerande prägel och fortsatta strävan att hålla vårdnadstvister utanför domstolarna kan bidra till att den förälder som föredrar en regelbaserad konflikthantering framför en mer flexibel tappar möjlighet att hävda sin ståndpunkt. Eftersom en regelbaserad konflikthanteringsansats har en särskild funktion för att skydda en svagare part i en konflikt är det just det svagare partens maktposition som riskerar att försvagas ytterligare genom en handlingsdirigerande lagstiftning som motverkar en sådan konflikthantering. Den part som bedömer att den har större chans att få gehör för sina intressen och tolkningar i en behovsbaserad konflikthantering, i dialog föräldrarna emellan, har mer att vinna på en mer svårtillgänglig domstolsprocess. Maktbaserade inslag finns representerade i båda de övriga konflikthanteringsansatserna. I en rättsprocess har domstolen en maktposition att bestämma vem av föräldrarna som har rätt utifrån sin kunskap om reglerna. Domstolen har en position att tolka lagarna och ju mer öppna de är, desto mer utrymme lämnas åt godtycke vilket är nackdelen med en maktbaserad ansats. Med tydliga regler minskar domstolens makt att göra skönsmässiga bedömningar och parterna kan förlita sig på att domstolens beslut vilar på objektiv kunskap om reglerna och de åberopade omständigheterna. Samtidigt minskar då flexibiliteten, vilket är nackdelen med en regelbaserad konflikthanteringsansats.

I takt med att rättsutvecklingen har kommit att fokusera på individuella bedömningar kan domstolens uppgift i att bedöma varje enskild situation anses ha rört sig längre från den klassiska juridiken. Det kan förklara strävan efter att återföra ansvaret till föräldrarna själva, som med eventuellt stöd från socialnämnden förväntas hitta hållbara lösningar. Mindre konkreta regler öppnar upp för en behovs- eller maktbaserad konflikthantering i stället för en regelbaserad. Vilken av ansatserna som aktualiseras kan bero på föräldrarnas relation, inbördes maktpositioner och en eventuell tredje parts förmåga att belysa barnets behov och kompensera för ojämna maktrelationer. I sin strävan att genom vårdnadslagstiftningen stärka barnets rättigheter och barnrättsperspektivet tycks lagstiftaren ha utvecklat regler som i högre grad förutsätter annan kunskap än domstolens.

I en konflikthantering utanför domstolen är möjligheterna för parterna större att använda sig av en behovsbaserad konflikthantering. Parternas, alltså föräldrarnas, båda behov och tolkningar

⁴⁹³ Ibid., s. 38 f.

⁴⁹⁴ Ibid., s. 38.

⁴⁹⁵ Ibid., s. 42.

av barnets bästa, kan ges större utrymme. Även i den behovsbaserade ansatsen finns makt representerat. Föräldrarnas respektive makt, närande och/eller tärande, och en eventuell tredje parts maktposition. Eftersom en tredje part i form av socialnämnden, som från samhällets sida har i uppdrag att hjälpa och stödja föräldrarna att nå samförstånd, inte i sin roll har befogenhet att besluta till fördel eller nackdel för en förälder, måste dess maktbas ha en närande källa. Om föräldrarna har förtroende och respekt för den tredje partens kunskap och erfarenhet kan den påverka föräldrarna. Om inte kommer föräldrarnas egna positioner att avgöra hur väl den behovsbaserade konflikthanteringen fungerar.

De förändringar som jag har undersökt i denna reform baserades främst på resonemang kring föräldrarnas förmåga att ta gemensamt ansvar vilket till stor del beskrevs som någonting föräldrar har om de väljer det. Det innebär att den förälder som framstår som mest positiv till att dela vårdnaden med den andra föräldern i störst utsträckning delar lagstiftarens perspektiv. Det ger som utgångspunkt en maktposition eftersom den andra föräldern kan behöva argumentera mer för sin avvikande åsikt för att övertyga domstolen. Lagstiftaren resonemang om att båda föräldrarna inte behöver vara lika aktiva i vårdnadens utövande ger en sekundär omsorgsförälder ett berättigande som vårdnadshavare genom att motargument som bygger på ett eventuellt bristande engagemang förlorar slagkraft. Det kan dock inte anses utgöra någon större förändring i jämförelse med tidigare synsätt. Snarare kan den primära omsorgsföräldern möjligtvis hämta argument för ensam vårdnad i regeringens resonemang om att ett ojämnt fördelat ansvar inte kan accepteras i hur hög utsträckning som helst.⁴⁹⁶

2.6.5 Sammanfattning av 2021 års reform

2021 års förändringar av regleringen som styr domstolens förutsättningar att döma till gemensam respektive ensam vårdnad för föräldrar, tycks i första hand avsedda att verka handlingsdirigerande. Resonemangen är pedagogiskt utformade och kretsar kring hur föräldrar borde vara. Syftet, som återfinns i propositionens ingress, har i första hand varit att ”stärka barnrättsperspektivet, skapa bättre förutsättningar för föräldrar att nå samförståndslösningar och att stärka skyddet för barn som riskerar att fara illa”.⁴⁹⁷ Barnrättsperspektivet tycks till stor del synonymt med samförståndslösningar, och tvister i domstol beskrevs som en känslomässig påfrestning och en riskfaktor för barns känslomässiga och sociala utveckling.⁴⁹⁸ Redan i riksdagens tillkännagivande för det aktuella lagstiftningsarbetet angavs att vårdnadslagstiftningens konflikt drivande inslag måste tas bort och att så kallat umgängessabotage skulle motverkas i den nya regleringen.⁴⁹⁹ Det innebär att argumentationen blev bunden och att förändringarna vilade på en färdig uppfattning om den föregående lagstiftningen.

Ändringen av regeln i FB 6 kap. 5 § innebär att domstolen, vid sin prövning av vårdnadsfrågan, ska fästa avseende särskilt vid föräldrarnas förmåga att ”sätta barnets behov främst och ta ett gemensamt ansvar i frågor som rör barnet” och inte, som tidigare, vid föräldrarnas ”förmåga att samarbeta” frågor som rör barnet. Den som vill förstå den verkliga innebörden av förändringen måste ha mer tolkningsunderlag än själva lagtexten och propositionen utgör därmed ett viktigt

⁴⁹⁶ Se prop. 2020/21:150 s. 72.

⁴⁹⁷ Prop. 2020/21:150 s. 1.

⁴⁹⁸ Ibid., s. 120.

⁴⁹⁹ Se bet. 2016/17:CU10 s. 50 och riksdagsskrivelse 2016/17:189 samt prop. 2020/21:150 s. 31.

material. Den 15 år gamla regeln, som införts just för att betona vikten av föräldrarnas förmåga att samarbeta, hade kommit att uppfattas som konflikt drivande och identifierades som en bidragande faktor till svåra och utdragna konflikter.⁵⁰⁰ Lagstiftarens slutsats i det avseendet tyder på att rätten och de tvistande föräldrarna betraktades som på var sin sida i ett motsatsförhållande; föräldrar strävar efter att använda lagen för att upprätthålla (skenet av) en konflikt medan rätten ska förmå föräldrar att lägga sina personliga intressen i konflikten åt sidan och i stället se till barnets behov.

2021 ansågs det finnas ytterligare behov av att formulera om lagstiftningen för att framhålla värdet av samförståndslösningar, trots att regeringen egentligen inte verkade var ute efter att förändra rättsläget. Regeringen påtalade att mindre fokus på föräldrarnas samarbete skulle stämma bättre överens med rådande praxis och att ingen större förändring i utfallen i vårdnadsfall var att förvänta.⁵⁰¹ Inte heller den nya möjligheten för domstolen att döma till gemensam vårdnad mot båda föräldrarnas vilja, eller förändringen i portalparagrafen om barnets bästa, skulle leda till någon större egentlig förändring. I stället skulle lagstiftningen genom förändringarna markera vad som redan ansågs gälla – att barnets bästa ska vara avgörande i alla frågor om vårdnad, boende och umgänge.⁵⁰²

Från att samarbetet tidigare hade varit föremål för domstolens bedömning är det möjligt att ana att föräldrarna efter 2021 års reform uppmanas att helt enkelt åstadkomma en fungerande samarbetsform. Ett funktionellt beslutsfattande med ett minimum av kontakt, för att på så sätt uppnå ett gemensamt ansvarstagande. Det kan tolkas som att konflikterna inte förväntas behöva hanteras alls. Det ger en bild av att konflikterna inte rör frågor som har med barnet att göra. Att det skulle vara bättre för en *förälder* att ha ensam vårdnad var sedan länge inte ett relevant argument. Att föräldrarna ska uppmanas att i första hand själva komma överens är tydligt i propositionen och de förändringar som jag undersökt syftar i hög grad till att leda föräldrar mot överenskommelser. Den nya regeln om obligatoriskt informationsamtal för den förälder som vill inleda en tvist om vårdnadsfrågor är ett exempel på en åtgärd som syftar till att öka användandet av andra konflikthanteringsmöjligheter än domstolen.

Eftersom det individuella barnets bästa ska vara avgörande tycks lagstiftaren dra sig för att peka ut särskilda faktorer som ska bedömas på det ena eller andra sättet. I stället återkommer regeringen till vikten av bedömningar av omständigheterna i varje enskilt fall och flexibiliteten i begreppet barnets bästa. Ju tydligare regler desto mindre flexibilitet. Därmed innebär betoningen av olikheterna i varje situation att en regelbaserad konflikthanteringsansats fungerar sämre och domstolens funktion kan då komma att mer likna ”den maktfullkomliga” i en maktbaserad konflikthanteringsansats. Att lagstiftaren strävar efter att hålla föräldrar utanför domstolen kan bero på att en sådan konflikthanteringsansats inte ses som eftersträvansvärd. Lagstiftaren vill då i stället föra tillbaka konflikten till föräldrarna och uppmana dem att nå ett samförstånd vilket kan förstås som en behovsbaserad ansats. Även om reglerna säger att det är barnets bästa som ska styra ges föräldrarna i stor utsträckning företräde att tolka vad som är det bästa för barnet. Därmed finns det risk för att en maktkamp uppstår mellan föräldrarna. I den

⁵⁰⁰ Prop. 2020/21:150 s. 36.

⁵⁰¹ Ibid., s. 71.

⁵⁰² Ibid., s. 75 och s. 130.

maktkampen kan de hämta kraft ur sin tolkning av de regler som finns. I den mån reglerna är otydliga, eller ger uttryck för att båda föräldrarna har "lika mycket rätt" återstår makt som härrör ur andra faktorer, i bästa fall ur ett genuint förtroende och i sämsta fall en position att belöna eller bestraffa den andre. Samhällets stöd i form av informationssamtal, samarbetsamtal och annat stöd från socialtjänsten kan skapa förutsättningar för en mer regelbaserad konflikthantering, om den professionella kan positionera sig som en förtroendeingivande person som föräldrarna av den anledningen uppfattar ha makt i situationen. Risken annars är att den av föräldrarna som har en position att belöna eller bestraffa den andra (eftersom konflikten många gånger sannolikt utesluter förtroende som maktkälla, föräldrarna emellan), har mest makt i det gemensamma beslutsfattandet. Gränsen för när samförståndslösningar är lämpliga att sträva efter, som markerades i propositionen, går vid förekomsten av våld som åtskilliga gånger beskrivits som skadligt för barn.

Sammantaget är det mest utmärkande att lagstiftaren alltmer utelämnat konkreta beskrivningar av hur vårdnadsansvaret och barnets bästa konkret ska tillgodose. Det ger större utrymme för föräldrarna att argumentera men också för domstolen att utveckla praxis genom den frihet det ger den. Eftersom det är tydligt att lagstiftaren vill styra föräldrar att gå andra vägar för att lösa sina konflikter än att låta domstolen avgöra dem, kan den förälder som insisterar på just en sådan lösning behöva argumentera extra tydligt för sin sak. Våld anses dock utgöra ett viktigt undantag från vad som kan accepteras inom ramen för gemensam vårdnad och också en anledning till att vara försiktig med att pressa föräldrarna till samförståndslösningar.⁵⁰³ Den ökade uppmärksamheten mot våld och dess negativa konsekvenser för barn kan tänkas frånta en våldsam förälder viss makt och ge en våldsutsatt förälder ökad kraft att påtala våldet.

⁵⁰³ Ibid., s. 133 och s. 37.

3 En samlad analys av rättsutvecklingen 1976 - 2022

3.1 En kartlagd rättsutveckling gällande gemensam vårdnad.

Efter 1976 års reform var domstolens uppgift i en tvist mellan föräldrar, liksom innan reformen, att avgöra vem av dem som med hänsyn till barnets bästa skulle anförtros vårdnaden ensam. Om föräldrarna däremot var ense skulle domstolen som utgångspunkt besluta i enlighet med deras önskan.⁵⁰⁴ Det som var nytt var att domstolen som utgångspunkt även skulle döma i enlighet med föräldrarnas överenskommelse om föräldrarna ville ha gemensam vårdnad även efter äktenskapskillnad eller trots att de aldrig varit gifta.⁵⁰⁵ Domstolens beslutsutrymme var begränsat och föräldrarnas egen inställning hade stor betydelse för utfallet, vilket gick att utläsa direkt ur lagtexten. Gemensam vårdnad byggde på frivillighet vilket gav goda förutsättningar för att en sådan vårdnadsform skulle fungera, men gjorde den också tillgänglig för färre föräldrar. Rollen som ensam vårdnadshavare byggde också på frivillighet, åtminstone för den som inledningsvis inte var vårdnadshavare, eftersom en överföring av vårdnaden endast kunde ske på den tillträdandes initiativ.⁵⁰⁶ Mödrar blev som utgångspunkt vårdnadshavare från barnets födelse både om föräldrarna var gifta och om de var ogifta, till skillnad från fäder som endast blev vårdnadshavare per automatik om de var gifta med barnets mor.⁵⁰⁷ Vårdnadsfrågan hade fått uppmärksamhet i samband med äktenskapsreformen som innebar att skilsmässa blev mer tillgänglig både socialt och juridiskt. Att leva tillsammans som ogifta hade också blivit mer vanligt.

Barnets bästa fanns med som bedömningsgrund när domstolen i en tvist skulle besluta vem av föräldrarna som skulle vara ensam vårdnadshavare men barnets behov hade ännu inte genomlysts grundligt i lagstiftningen. Det innebar att vårdnadshavarens uppgift i första hand sågs som att, utifrån faktiska möjligheter, ge barnet nödvändig omsorg och ordentlig fostran. Föräldrarnas befogenhet att bestämma över barnet fanns inte uttryckligen i lagtexten men föräldrars makt var underförstådd och befogenhet och plikt att besluta i barnets personliga angelägenheter fanns angiven i propositionen.

1983 genomfördes en reform som var avsedd att öka användningen av gemensam vårdnad. Synen på barns behov och barns position i relation till föräldrarna var också i förändring. Flera bestämmelser infördes som syftade till att framhäva barns rättigheter som vårdnadshavarna skulle ansvara för att tillgodose. Aga-förbudet hade införts några år tidigare och 1983 placerades det först i föräldrabalkens sjätte kapitel tillsammans med ytterligare grundläggande behov som barn ansågs ha rätt att få tillgodosedda.⁵⁰⁸ Barns egna synpunkter, och rätt att få dem beaktade, gavs också utrymme i lagstiftningen, vilket visade en tilltagande syn på barn som egna individer.⁵⁰⁹ I vårdnadsfrågan hade föräldrarnas inställning fortfarande stor betydelse och gemensam vårdnad byggde fortfarande på båda föräldrarnas frivillighet. Skillnaden jämfört med 1977 års lagstiftning var att tröskeln för att få till stånd gemensam vårdnad mellan ogifta

⁵⁰⁴ FB, ändringslag SFS 1976:612, 6 kap. 7 §.

⁵⁰⁵ FB, ändringslag SFS 1976:612, 6 kap. 8 § och 7 § 2 st.

⁵⁰⁶ FB, ändringslag SFS 1976:612, 6 kap. 8 §.

⁵⁰⁷ FB, ändringslag SFS 1976:612, 6 kap. 6 §.

⁵⁰⁸ FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 1 §.

⁵⁰⁹ FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 5 §.

föräldrar sänktes genom ett enklare förfarande. En gemensam vårdnad upplöstes inte heller längre automatiskt i samband med skilsmässa.⁵¹⁰ I en jämförelse med föregående rättskonstruktion krävdes därmed ett mindre engagemang från de föräldrar som ville ha gemensam vårdnad och ett större från den som ville få den upplöst. Att åta sig rollen som vårdnadshavare var fortfarande i juridisk mening frivilligt för ogifta fäder, och andra föräldrar som av någon annan anledning inte var vårdnadshavare, eftersom både en överföring av vårdnadshavarskapet och gemensam vårdnad krävde den tillträdandes delaktighet i ansökan, alternativt ett visat intresse vid myndigheternas agerande för en förändring av vårdnaden.⁵¹¹ I en tvist var domstolen fortfarande tvungen att upplösa den gemensamma vårdnaden om en förälder begärde det, och inställningen hos den förälder som ville frigöra sig från vårdnadsrelationen var därmed alltjämt styrande. Valet av vårdnadshavare skulle göras med utgångspunkt i barnets bästa, vilket fylldes med innehåll främst genom bestämmelsen om barnets behov av omvårdnad, trygghet och en god fostran.⁵¹² En sekundär omsorgsförälder kunde därmed i en tvist räkna med att skiljas från vårdnadsrelationen med den andre föräldern, och från de rättigheter och subsidiära skyldigheter den som vårdnadshavare haft i relation till barnet. En primär omsorgsförälder kunde räkna med att skiljas från vårdnadsrelationen, men behålla rättigheter och skyldigheter mot barnet. Genom barnets nystadgade behov av umgänge med den andre föräldern kvarstod dock vårdnadshavarens skyldighet att upprätthålla någon form av relation till den andre föräldern.⁵¹³ Reformen syftade också till att öka användbarheten av den bestämmelse som gjorde det möjligt för socialnämnden och rätten att frånta en olämplig vårdnadshavare sin position och med hänvisning till barnets behov av kontinuitet flytta vårdnaden till familjehemsföräldrar.⁵¹⁴ Det speglar en syn på barns behov som i hög grad bestående av omsorg, trygghet, stabilitet och kontinuitet.

1990 ville lagstiftaren öka användningen av gemensam vårdnad ytterligare och öppnade upp för domstolen att besluta om gemensam vårdnad även i mål då en förälder inte ville det i första hand, men inte heller motsatte sig det. En av föräldrarna behövde dock begära gemensam vårdnad och därmed aktivt vilja det.⁵¹⁵ Under samma förutsättningar kunde domstolen låta en gemensam vårdnad bestå trots att en förälder i första hand hade begärt att få den upplöst.⁵¹⁶ För att domstolen skulle kunna flytta över vårdnaden från den ena föräldern till den andre ensam krävdes det fortfarande att den tillträdande föräldern ville det.⁵¹⁷ Betydelsen av den vårdnadsrelationsovilliga föräldrarnas inställning minskade alltså något genom denna reform, medan den förälder som såg fördelar i vårdnadsrelationen i högre grad hade lagstiftningen på sin sida. Som ett led i strävan efter att föräldrar skulle samsas kring sina barn satsades också på förbättrade förutsättningar för samförståndslösningar genom samarbetsamtal.

⁵¹⁰ FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 4 § och 3 §.

⁵¹¹ FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 6 § och 7 § 3 st samt prop 1981/82:168 s. 69.

⁵¹² FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 1 § och prop. 1981/82:168 s. 65.

⁵¹³ Se exempelvis bestämmelsen om vårdnadshavarens ansvar att tillgodose barnets behov av umgänge med den andre föräldern i FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 15 §.

⁵¹⁴ FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 7 och 8 §§.

⁵¹⁵ FB, ändringslag SFS 1990:1526, 6 kap. 6 §.

⁵¹⁶ FB, ändringslag SFS 1990:1526, 6 kap. 5 §.

⁵¹⁷ FB, ändringslag SFS 1990:1526, 6 kap. 6 §.

En viktig förändring i synen på barns bästa, som skulle styra domstolens beslut i vårdnadsfrågan, fick genomslag i 1990 års reform genom att en särskild bestämmelse infördes om barns behov av båda föräldrarna. Bestämmelsen stadgade att avseende särskilt skulle fästas vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna.⁵¹⁸ Gemensam vårdnad ansågs tillgodose detta behov bäst men om domstolen ändå, på grund av föräldrarnas inställning eller omständigheterna i övrigt, nödgades att besluta om ensam vårdnad skulle den förälder som kunde antas bäst främja barnets umgänge med den andre föräldern utses till vårdnadshavare.⁵¹⁹ Barnets grundläggande behov berördes inte i propositionen men den handlingsdirigerande regeln om barnets grundläggande rätt lämnades orörd i kapitlets inledande bestämmelse.

1998 togs ytterligare steg för att öka användningen av gemensam vårdnad. Rättsutvecklingen höll alltså samma kurs som i de tidigare reformerna. För att uppnå syftet gavs domstolen större beslutsutrymme i en tvist mellan två föräldrar och blev därmed fri att ignorera en vårdnadsrelationsovillig förälders uttryckliga vilja.⁵²⁰ Domstolen kunde däremot inte döma till gemensam vårdnad mot båda föräldrarnas vilja och var således beroende av en förälders positiva inställning till vårdnadsrelationen för att ett sådant beslut skulle vara möjligt.

Barns behov fick ökad uppmärksamhet i denna reform genom att bestämmelsen om barnets bästa lyftes fram som en allmänt hållen portalparagraf som skulle styra tolkningen av de andra reglerna.⁵²¹ Bestämmelsen om bedömningen av barnets bästa i vårdnadsfrågan från 1998 upphävdes alltså och bedömningsgrunden flyttades in i den nya bestämmelsen med större tillämpningsområde. Förutom att avseende särskilt skulle fästas vid barnets behov av en nära och god relation med båda föräldrarna, i bedömningen av barnets bästa, skulle också risken att barnet utsätts för övergrepp, olovligen förs bort eller hålls kvar eller annars far illa beaktas. Den senare bedömningsgrunden hämtades från 1993 års regel om bedömning av umgängesfrågan.⁵²² Den nya bestämmelsen använde de gamla formuleringarna och den första aspekten kunde därmed, genom den skilda ordalydelsen, tolkas ha en överordnad ställning. Barnets behov av båda föräldrarna framställdes som fundamentalt och grundat i ett naturligt förhållande. Barnets grundläggande rättigheter ur kapitlets första paragraf nämndes, men gavs ingen framträdande betydelse, vilket kan tolkas som att 1983 års fokus på omsorg, stabilitet och trygghet nu fick en mer tillbakadragen position.

2006 ändrade rättsutvecklingen kurs till viss del genom en korrigerande utveckling mot en presumtion för gemensam vårdnad som lagstiftaren menade inte varit avsedd. Vid bedömningen av vilken vårdnadsform domstolen skulle besluta om skulle särskilt avseende fästas vid föräldrarnas förmåga att samarbeta i frågor som rörde barnet.⁵²³ Den formella betydelsen av föräldrarnas inställning i vårdnadsfrågan lämnades orörd, men genom bedömningen av samarbetsförmågan återfick den ändå viss relevans. Lagstiftaren ansåg att gemensam vårdnad förutsatte ett relativt konfliktfritt samarbete, men det var alltså fortfarande möjligt för domstolen att ignorera en ovillig förälders vilja i beslut om gemensam vårdnad. En

⁵¹⁸ FB, ändringslag SFS 1990:1526, 6 kap. 6 a §.

⁵¹⁹ Prop. 1990/91:8 s. 60 f.

⁵²⁰ FB, ändringslag SFS 1998:319, 6 kap. 5 § 2 st och prop. 1997/98:7 s. 35 och s. 50.

⁵²¹ Prop. 1997/98:7 s. 46 och GB, ändringslag SFS 1998:319, 6 kap. 2 a §.

⁵²² FB, ändringslag SFS 1993:213, 6 kap. 15 § 4 st.

⁵²³ FB, ändringslag SFS 2006:458, 6 kap. 5 § 2 st.

sådan möjlighet skulle dock användas med försiktighet.⁵²⁴ Angående barns behov ville lagstiftaren återigen förtydliga betydelsen av barnets bästa. Den aspekt som fick en något förändrad styrka var risken för att barnet utsätts för övergrepp eller annars far illa som, i stället för att beaktas, det nu skulle fästas avseende särskilt vid.⁵²⁵ Därmed reflekterades en något ändrad syn på barns behov som nu i större utsträckning framhärdade säkerhet samt fysisk och psykisk trygghet. Lagstiftaren var dock noga med att genomgående påpeka värdet av de föregående reformernas framhärdande av båda föräldrarnas betydelse för barnet.

2021 var regeringen främst inriktad på att skapa bättre förutsättningar för samförståndslösningar mellan föräldrar. Regeln om föräldrarnas förmåga att samarbeta togs bort igen, för att den hade kommit att uppfattas som konflikt drivande. Ett obligatoriskt informationssamtal innan en vårdnadstvist skulle kunna inledas infördes i syfte att föra en del konflikter till andra konflikthanteringsalternativ. Samtidigt öppnade lagstiftaren upp för domstolen att besluta om gemensam vårdnad mot *båda* föräldrarnas vilja. Betydelsen av föräldrarnas egen inställning minskade alltså igen till en ny lägsta nivå. Men även om det, enligt själva lagtextens lydelse, blev möjligt att besluta om gemensam vårdnad mot båda föräldrarnas vilja, visar tolkningsunderlaget i propositionen att möjligheten inte var tänkt att användas i någon större omfattning. Främst skulle ändringen markera den överordnade betydelsen av barnets bästa, och ingen presumtion för eller emot gemensam vårdnad avsågs. Och även om just samarbetsförmågan togs bort ersattes den av *föräldrarnas förmåga att sätta barnets behov främst och ta ett gemensamt ansvar i frågor som rör barnet*. Genom propositionen framgår det att förändringen var avsedd att spegla en bredare definition av föräldrarnas gemensamhet i utövandet av vårdnaden.

Angående synen på barns behov tillkom eller ändrades ingen sådan aspekt vid denna reform. Barnets bästa beskrevs på ett liknande sätt som vid de senaste reformerna; i bedömningen skulle särskilt avseende fästas vid risken att barnet far illa genom exempelvis våld och barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. De grundläggande rättigheterna i kapitlets första paragraf kunde därutöver vara *till god hjälp*.⁵²⁶ Hänsyn skulle också tas till barnets vilja. Framför allt beskrevs dock barnets bästa som ett *flexibelt begrepp* och någon närmare precisering av barns behov gjorde inte lagstiftaren. Gemensam vårdnad antogs dock vara en bra vårdnadsform för barn och föräldrar i de *allra flesta fall*.⁵²⁷

3.2 Förändrade argument och framträdande intressen.

Intressen som getts företräde under rättsutvecklingens gång har, tillsammans med kartläggningen av den förändrade lagstiftningen, framträtt genom argumentationen som möjliggjort den. 1976 var jämställdhet och föräldrarnas egna känslor och upplevelser bärande, och rättvisa mellan föräldrarna såg som eftersträvansvärt. Rättvisa, och därmed förhoppning om konfliktfrihet, var det mest framträdande intresset som motiverade möjligheten för föräldrar att överhuvudtaget ha gemensam vårdnad trots att de inte var gifta. Den förälder som riskerade att bli utan vårdnad ansågs förfördelad och i argumentationen lyser en sympati för den föräldern

⁵²⁴ Prop. 2005/06:99 s. 87.

⁵²⁵ Ibid., s. 40.

⁵²⁶ Prop. 2020/21:150 s. 41.

⁵²⁷ Ibid., s. 70.

fram, även om det framställdes som att förändringen låg i båda föräldrarnas intresse. 1976 års reform präglades alltså av en rättspolitisk strävan efter jämställdhet mellan könen och individuell frihet. Argumenten för gemensam vårdnad var värdebaserad och byggde på föreställningen om ett gott förhållande mellan föräldrarna, samtidigt som lagstiftaren var tydlig med att gemensam vårdnad kunde fylla en funktion för att åstadkomma bättre relationer. Harmoniska skilsmässor eftersträvades. Våld nämndes inte överhuvudtaget i propositionen och inte heller effekterna av någon annan typ av illegitim eller tärande maktutövning mellan föräldrarna. Frivillighet var en förutsättning för den nya möjligheten att fortsätta vårdnadsrelationen trots att parrelationen upphörde. Inget behov av att problematisera frivilligheten tycks ha identifierats, vilket delvis kan förklaras av att den krävde ett aktivt handlande och därigenom kan ha förutsatts komma till genuint uttryckt.

I början av 80-talet var det barnets behov som uppmärksammades och argumentationen kretsade kring barnets bästa. Barnet som självständig individ fick betydelse i lagstiftningen och lagstiftaren ville betona att föräldrarnas överordnade position var föråldrad. Argumentationen var starkt värdebaserad och byggde till stor del på optimistiska visioner som skulle fungera handlingsdirigerande. Regler som infördes saknade i flera fall en tydlig rättsföljd men förväntades fungera vägledande i de fall ett beslut från domstolen var påkallat. I den mån reglerna verkligen förväntades påverka föräldrarnas agerande i sitt föräldraskap torde de också ha kunnat tänkas ge effekt på föräldrarnas egen bedömning av varandras lämplighet som vårdnadshavare och därmed val av vårdnadsform. Det diskuterades dock inte i propositionen vilket skulle kunna tolkas som att en sådan effekt inte förväntades.

Trots respektive förälders frihet att upplösa vårdnadsrelationen ströks meningen ur lagtexten om domstolens bundenhet av föräldrarnas överenskommelse om vem av dem som skulle anförtros vårdnaden ensam.⁵²⁸ Den åtgärden var främst avsedd att markera att det var barnets bästa som hade företräde. Betydelsen av föräldrarnas enighet konstaterades sedan i stället genom uttalanden i propositionen.⁵²⁹ I stället för att låta det framgå av lagtexten att föräldrarnas överenskommelse skulle ges företräde lät lagstiftaren alltså, genom tolkningsunderlaget, förstå att föräldrarnas enighet som utgångspunkt ansågs vara barnets bästa. I bedömningen av vad som var bäst för barnet skulle kapitlets första paragraf också vara vägledande och den grundläggande omsorgen om barnet, både i fysiskt, psykiskt och känslomässigt avseende, värderades högt.⁵³⁰ I vårdnadsfrågan kunde förmågan att främja ett gott och nära umgänge med den andre föräldern få betydelse, efter en uppräknning av omsorgsmässiga och sociala faktorer.⁵³¹ Främjandet av relationen till den andre föräldern var alltså vid denna tid inte en prioriterad bedömningsgrund. Barnets behov av föräldrar hade påtalats i den föregående utredningen och fick bland annat genomslag i lagstiftningen genom att umgängesrätten ändrades, från att ha tillskrivits föräldern till att istället beskrivas som ett behov hos barnet som vårdnadshavaren hade ansvar att tillgodose. Det var dock den umgängesaktuella föräldern som hade möjlighet att föra talan i frågan.⁵³² Det tyder på att den sekundära omsorgsföräldrarnas

⁵²⁸ FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 5 §.

⁵²⁹ Prop. 1981/82:168 s. 36 och s. 65.

⁵³⁰ Ibid., s. 65.

⁵³¹ Ibid., s. 66.

⁵³² FB, ändringslag SFS 1983:47, 6 kap. 15 §.

intresse av umgänget tilläts styra. Den realitet som kunde anas genom lagstiftningens utformning var att det var vårdnadshavaren/den primära omsorgsföräldern som riskerade att stå i vägen för umgänget. Genom den tydligt värdebaserade argumentationen tycks även 1983 års reform varit rättspolitiskt motiverad och många liknande värden som var bärande 1976 fick genomslag även 1983. Barnets som individ fick däremot en markant framskjuten position.

1990 års reform kan framstå som mindre omvälvande vid en undersökning av regeln i FB 6 kap. 5 §, eftersom den endast förändrades i det avseendet att domstolen kunde döma till gemensam vårdnad trots att en förälder var neutralt inställd. Även innan hade domstolen i sin utredningsskyldighet kunnat försöka förmå en ovillig förälder att ändra inställning och därmed dra tillbaka en talan om ensam vårdnad, och därmed skapa ett utfall som påminde om det som nu möjliggjordes genom lagstiftningen.⁵³³ 1990 års reform hade dock en starkt handlingsdirigerande prägel som kan ha varit avsedd att påverka föräldrar på ett annat sätt.

Det uttalade syftet med reformen var att öka användningen av gemensam vårdnad och resonemangen hade en värdebaserad och pedagogisk prägel. Argumentationen byggde på att beskriva barnets behov av båda föräldrarna och konstruerade en realitet där föräldrarnas lämplighet knöts till sin inställning till varandra. Resonemanget om barns behov, och tydligt fokus på samarbete mellan föräldrarna, gav styrka åt en föreställning om att gemensam vårdnad hade företräde. Den mest konstruerande, och därmed betydelsefulla, förändringen kan ha varit den nya regeln om att bedömningen av barnets bästa skulle göras utifrån barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna.⁵³⁴ Det blev alltså enligt lagtexten ensamt den faktorn som skulle ges betydelse i vårdnadsfrågan, vilket givetvis också kan antas ha fått en stor handlingsdirigerande effekt på föräldrar. Kärnfamiljen framställdes som barnets naturliga uppväxtmiljö och reformen tycks nästan motiverad av en frustration hos lagstiftaren över oviljan hos primära omsorgsföräldrar att dela vårdnadshavarskapet med den andre. Lagstiftaren utgick från en verklighet där den rättsliga vårdnaden var eftersträvansvärd och resonemangen tycks till stor del utgå från möjligheterna att släppa in den sekundära omsorgsföräldern i vårdnadsrelationen. Argumenten utgick alltså inte från att den primära omsorgsföräldern hade ett intresse av att avböja sig halva ansvaret. Tvärtom framstår det som att den primära omsorgsföräldern i en tvist mest sannolikt hade ett intresse av att tillerkännas ensam vårdnad medan den sekundära omsorgsföräldern torde ha ett intresse av att få del i en gemensam vårdnad.

1998 uttryckte lagstiftaren att målet var att föräldrar skulle ha *gemensam vårdnad i samtliga fall där det var bäst för barnet*.⁵³⁵ Det gav i sig otillräcklig vägledning för domstolen, som fick en mer komplicerad uppgift i att avgöra vilken vårdnadsform som var barnets bästa i det enskilda fallet. Formuleringen skulle motivera en minskad betydelse av en vårdnadsrelationsovillig förälders inställning och bädda för beslut om gemensam vårdnad mot dess uttryckliga vilja. Domstolen förmedlade alltså en bild av verkligheten där en av föräldrarna i vårdnadsfall tenderar att motverka barnets bästa genom att motsätta sig gemensam vårdnad. Om båda föräldrarna motsatte sig gemensam vårdnad antogs det betyda att förutsättningar inte

⁵³³ Prop. 1990/91:8 Bilaga 3 s. 130.

⁵³⁴ FB, ändringslag SFS 1990:1526, 6 kap. 6 a §.

⁵³⁵ Prop. 1997/98:7 s. 35.

fanns. Det uttalades också särskilt att gemensam vårdnad inte ansågs förenligt med barnets bästa mot en presumtiv icke-vårdnadshavares vilja.⁵³⁶ Med utgångspunkt i att den primära omsorgsföräldern kunde antas vara den som såg fördelar med ensam vårdnad utgick lagstiftaren alltså från att den föräldern i högre grad var styrd av egna intressen än av barnets behov och intressen. Det blev nu därför i stället i större utsträckning domstolens uppgift att bedöma situationen. Barnets bästa var det uttalade intresset men den sekundära omsorgsföräldern gavs ett vidgad tolkningsföreträde i relation till den primära omsorgsföräldern.

2006 argumenterade lagstiftaren för att justera den presumtion för gemensam vårdnad som hade uppstått efter 1998 års reform. Trots att syftet med 2006 års reform alltså var att avvika något från den tidigare raka vägen mot ökad användning av gemensam vårdnad, återanvändes flera formuleringar och argument från tidigare reformer.⁵³⁷ Regeringen var noggrann med att framhålla att barn har ett grundläggande behov av båda sina föräldrar och att de tidigare reformerna hade varit positiva. Att samarbetet mellan föräldrarna skulle uppmärksammas vid bedömningen motiverades av uppfattningen om att barn inte mår bra av föräldrars ständiga konflikter och att vårdnadskommitténs undersökning visat att domstolarna ändå inte dömde till ensam vårdnad förrän samarbetssvårigheterna var allvarliga. Dessutom tycktes domstolarna tona ner betydelsen av våld och övergrepp vilket utredningen hade menat ledde till samarbetssvårigheter och innebar en mycket allvarlig risk för barnets fysiska och psykiska hälsa.⁵³⁸ Balansgången, mellan lagstiftarens nog samma poängterande av de föregående reformernas värdefulla framgångar, samtidigt som behovet av en viss minskning av gemensam vårdnad nu behövde motiveras, räddades av hänvisningar till individuella bedömningar.

2021 togs samarbetsförmågan bort som bedömningsgrund med motiveringen att ett sådant fokus hade kommit att bli konflikt drivande. Föräldrarnas förmåga att *ta gemensamt ansvar* ansågs bättre markera fokus på konsekvenserna för barnet och stämma bättre överens med befintlig praxis.⁵³⁹ Ett intresse som förefaller ha värderats högt, genom de övervägande handlingsdirigerande förändringarna och inriktningen mot samförståndslösningar, var intresset av att hålla vårdnadstvister borta från domstolarna. Det beskrevs ge minskade kostnader för staten, mycket begränsade kostnadsökningar för kommunerna och stora vinster för barn eftersom utgångspunkten var att utdragna domstolstvister är påfrestande och skadliga för barn.⁵⁴⁰ Trots att reformen präglades av förändringar som i första hand förefaller varit ämnade att justera de handlingsdirigerande aspekterna av lagen kan den i någon mån tänkas bidra till rättens otillgänglighet. Eftersom justeringarna i själva lagtexten var små krävs viss kunskap om lagtolkning, och om rättsutvecklingen, för att förstå ändringarnas innebörd. De obligatoriska informationssamtalen som förutsättning för att inleda en vårdnadstvist innebär däremot en oundviklig tröskel som motar bort en del av tvisterna från domstolen. En effektivare domstolsprocess är därmed ett intresse som fått stå tillbaka i reformen. I det enskilda fallet skulle ett sådant extra moment kunna utgöra ett fördröjande hinder som leder till en mer

⁵³⁶ Ibid., s. 106.

⁵³⁷ Se ex prop. 2005/06:99 s. 50 och prop. 1997/98:7 s. 49 angående grundprincipen om barns behov av nära och goda relationer till båda sina föräldrar och vikten av att båda föräldrarna är delaktiga i barnets förhållanden och tar ansvar för barnet.

⁵³⁸ Prop. 2005/06:99 s. 50 f och s. 114.

⁵³⁹ Prop. 2020/21:150 s. 71.

⁵⁴⁰ Ibid., s. 119 f.

utdragen process, som i sin tur innebär en mer skadlig konflikt för de barn vars föräldrar ändå väcker talan i domstol i slutänden.

3.3 Förändrade maktpositioner och förutsättningar för konflikthantering

Sammantaget kan maktpositionerna mellan föräldrarna, med hänsyn till olika aspekter, anses ha förändrats i en och samma riktning mellan 1977 och 1998; den sekundära omsorgsföräldern fick en allt starkare position. I rättsutvecklingens början bereddes den plats i en gemensam vårdnadsrelation med hänvisning till rättvisa utan krav på del i den faktiska omsorgen. Därefter inmutades dess position allt starkare genom en allt högre värdering av dess inneboende värde; den rena existensen av det rättsliga föräldraskapet. Mellan 1977 och 1983 hade den primära omsorgsföräldern dock en framskjuten position i en vårdnadsvist. Det följde av att domstolen, med hänsyn till barnets bästa, var tvungen att välja en vårdnadshavare. Barnets behov var ännu inte analyserade på djupet och betraktades primärt som bestående av basal omsorg och fostran. Mellan 1983 och 1990 kvarstod de formella positionerna vid ett val av vårdnadshavare, vilket den ena föräldern fortfarande kunde framtvunga. Däremot förutsatte det ett aktivt agerande vid en äktenskapsskillnad till skillnad från förut, vilket ställde något högre krav på beslutsamhet hos den förälder som ville upplösa den gemensamma vårdnaden. 1983 hade barnets behov belysts i större omfattning än tidigare och tyngdpunkten låg främst på omsorg, trygghet och individuell utveckling. Behovet av två delaktiga och intresserade föräldrar påtalades i propositionen men gjordes inte avgörande för valet av vårdnadshavare. En sekundär omsorgsförälders intresse för barnet kopplades dock redan vid den här tiden till den rättsliga vårdnaden. 1990 stärktes den sekundära omsorgsförälderns maktposition avsevärt genom att barnets behov av *båda* föräldrarna stadgades i lagen som den enda särskilt framhållna faktorn att beakta vid bedömningen av barnets bästa. Att påtala behovet av båda föräldrarna fungerade som en utvidgning av synen på barns behov, från att tidigare främst ha kopplats till omsorgsfunktionen. Barnets behov av kontinuitet och stabilitet skulle *inte slentrianmässigt ges företräde* framför behovet av en god relation med båda föräldrarna, vilket lät visa att den sekundära omsorgsföräldern mycket väl kunde ges företräde vid en sådan intressekonflikt.⁵⁴¹ Genom att beskriva behovet som rent socialt, utan att villkora det med en praktisk funktion eller kvalitet, säkrades den sekundära omsorgsförälderns position. Trots att den ena föräldern fortfarande kunde framtvunga ett val av vårdnadshavare löpte den primära omsorgsföräldern nu allt större risk att vara den som skulle förlora vårdnaden, vilket destabiliserade dess position avsevärt.

1998 tog lagstiftaren ytterligare ett steg mot att justera maktrelationen mellan föräldrar i en vårdnadsvist. Domstolen tilläts helt bortse från inställningen hos den förälder som ställde sig mest negativ till gemensam vårdnad. Att båda föräldrarnas motstånd däremot utgjorde ett hinder för domstolen att besluta om gemensam vårdnad kan tolkas som att den sekundära omsorgsförälderns inställning tilläts bli tungan på vågen. Den slutsatsen utgår från att den primära omsorgsföräldern fortfarande var den som antogs ha störst intresse av att tillerkännas ensam vårdnad, tillsammans med det faktum att det inte ansågs vara förenligt med barnets bästa att förordna om rättslig vårdnad alls för en förälder som inte ville. En sekundär omsorgsförälder som var nöjd med sin roll som sådan, men ville ha rättsligt inflytande över barnet, torde inte

⁵⁴¹ Prop. 1990/91:8 s. 61.

begära ensam vårdnad i första hand. En primär omsorgsförälder skulle ha små möjligheter att få igenom gemensam vårdnad med en förälder som inte ville ha del i vårdnaden.

Parallellt med att användningen av gemensam vårdnad hade fått öka, och den primära omsorgsförälderns inflytande hade minskat, hade betydelsen av våld och övergrepp aktualiserats allt mer. 1993 hade risken för våld och övergrepp uppmärksammats i bestämmelserna om umgänge. 1998 flyttades den aspekten, tillsammans med barnets behov av båda föräldrarna, till en övergripande bestämmelse om hur barns bästa skulle bedömas. 2006 såg lagstiftaren ett behov av att lyfta fram risken för att barnet far illa och de två aspekterna utformades då som likvärdiga bedömningsgrunder i bestämmelsen. Det gav kraft till en förälder som med anledning av våld ville upplösa en gemensam vårdnad. Lagstiftaren var dock fortfarande noga med att understryka vikten av barnets relation till båda föräldrarna. Den sekundära omsorgsförälderns inställning och engagemang ansågs fortfarande inte vara lämpligt att tvinga fram. Till exempel ansågs det självklart att socialnämnden inte utan särskilda skäl skulle väcka talan om utökat umgänge om föräldern inte själv ville agera.⁵⁴²

2021 gjordes ytterligare förändringar i lagstiftningen som tycks ägnade att få fler föräldrar att ha gemensam vårdnad om sina barn och enas i samförstånd. Ökade svårigheter att få igenom ensam vårdnad innebär en försvagad position för den förälder som skulle föredra det. En flexibel konflikthantering, som bygger på dialog mellan parterna och ömsesidig respekt för varandras behov och önskemål, torde vara den mest långsiktiga och fruktbara hanteringen av ett gemensamt föräldraskap. En sådan konflikthantering är dock känslig för eventuella inbördes maktfaktorer och i en relation där den ena föräldern, eller båda, besitter en tärande maktbas över den andre, riskerar en sådan ansats att bidra till en destruktiv obalans. En närande maktbas, som bygger på en förälders respekt för den andres kunskap om barnets behov och förtroende för att parternas respektive intressen värderas med ödmjukhet, ger bättre förutsättningar för en konstruktiv vårdnadsrelation.

Genom att våld uppmärksammades i 2021 års proposition som ett tydligt hinder för gemensam vårdnad kan den yttersta formen av tärande maktbas sägas ha förlorat utrymme på spelplanen. Rättens synliggörande av våld kan innebära att en våldsutsatt förälder som tidigare inte blivit trodd, eller i rädsla för att inte bli trodd inte framfört en sådan omständighet, kan få en ökad kraftkänsla.

3.4 Diskussion

Avslutningsvis vill jag lyfta ett par reflektioner kring den illusion av rätten som förmedlas genom lagstiftningen om gemensam vårdnad mellan föräldrar. Dels menar jag att begreppet *barnets bästa* är ett av de begrepp som mest effektivt klär lagtexten i ett illusoriskt skimmer och ger ett sken av oangriplig legitimitet. Min uppfattning efter denna undersökning är att lagstiftaren sedan 80-talet allt starkare har framhärdat begreppets framskjutna position samtidigt som det har tömts på konkret innebörd. Det har skett genom att lagstiftaren påtalat vikten av inbördes motstående faktorer och individuella bedömningar. Det har skapat en oförutsägbarhet i rätten vilket kan tänkas mana föräldrar att välja andra konflikthanteringsalternativ. Eftersom en regelbaserad konflikthantering har som främsta

⁵⁴² Prop. 2005/06:99 s. 89.

funktion att bidra till förutsägbarhet och skydda en svagare part kan det vara klokt att inte i allt för stor utsträckning frångå en sådan princip. Samtidigt är det givetvis nödvändigt att lämna utrymme för individuella bedömningar för att undvika orimliga resultat i det enskilda fallet. Men det är inte unikt för det familjerättsliga området.

För att en makt- eller behovsbaserad konflikthanteringsansats bättre ska tillgodose *barnets* behov, och stärka *dess* position, torde det krävas två jämlika, ödmjuka och självupppoffrande föräldrar. Föräldrar som själva tycker sig leva efter devisen *barnets bästa* kan ledas att försöka intervensera i den andre föräldrarnas föräldraskap innan gränsen för olämplighet av rätten anses vara nådd. Eftersom *barnets bästa* är ett superlativ, och därmed kan uppfattas utesluta både *okej* och *bra*, kan *dess* framhårdade ställning mycket väl vara handlingsdirigerande – men också vilseledande och konflikt drivande. En tro om att vårdnadslagstiftningen, *i alla frågor om vårdnad, boende och umgänge*, kan åstadkomma *barnets bästa* kan vara en försåtlig och kontraproduktiv illusion.

Anmärkningsvärt är det också, enligt mig, att barnets intresse av att ha två vårdnadshavare inte har problematiserats djupare i lagstiftningsarbetet. Säkert kan också behovet av att ha två intresserade och delaktiga föräldrar problematiseras, men det ter sig mer konkret. Det har ett värde som kan upplevas av barnet själv. Att det värdet däremot i så hög grad skulle växa fram ur den rättsliga vårdnaden har inte motiverats tillräckligt under rättsutvecklingen gång, för att övertyga mig om att strävan efter gemensam vårdnad i första hand skulle vara styrd av barnets intresse. En diskussion om intresseavvägningen mellan den rättsliga vårdnadens effekt på föräldrarnas intresse för barnet, och riskerna med ett ineffektivt företräderskap, saknas. En sekundär omsorgsförälders ovilja att ta del i vårdnaden eller att umgås med barnet har inte heller problematiserats i någon särskild omfattning. Den huvudsakliga måltavlan för lagstiftningens förändring tycks i stället ha varit en primär omsorgsförälders ovilja att dela vårdnaden. Kärnfamiljen förefaller ha varit rättskonstruktionens måttstock, och även en sådan konstruktion, som tveklöst framhåller en viss familjebildningsmodell som barns naturliga uppväxtmiljö, skulle kunna kritiseras som en kontraproduktiv illusion. Som lagstiftaren själv framhållit, inom ett närliggande rättsområde, växer många barn idag upp i andra familjekonstellationer och normer och värderingar om föräldraskap och familj förändras över tid.⁵⁴³ Ett alternativ skulle kunna vara att i större omfattning sätta ord på, och problematisera, den rätt som ändå tycks följa av det rättsliga föräldraskapet. En sådan diskurs skulle kunna uppfattas som otidsenlig, men trots det kanske ge bättre förutsättningar för att på ett medvetet sätt designa rättskonstruktionen utifrån en verklig demokratisk värdegemenskap, strukturell lojalitet och delaktighet.

⁵⁴³ Se prop. 2014/15:127 s. 12.

Källförteckning

Offentligt tryck

Författningar

SFS 1920:407	Lag om barn i äktenskap (LBiÄ)
SFS 1973:646	Lag om ändring i föräldrabalken; given Stockholm slott den 5 juni 1973
SFS 1976:612	Lag om ändring i föräldrabalken; utfärdad den 23 juni 1976
SFS 1978:853	Lag om ändring i föräldrabalken; utfärdad den 14 december 1978
SFS 1979:122	Lag om ändring i föräldrabalken; utfärdad den 22 mars 1979
SFS 1980:620	Socialtjänstlag
SFS 1980:621	Lag med särskilda bestämmelser om vård av unga; utfärdad den 19 juni 1980 (ÄLVU)
SFS 1983:47	Lag om ändring i föräldrabalken; utfärdad den 3 februari 1983
SFS 1990:52	Lag med särskilda bestämmelser om vård av unga; utfärdad den 8 mars 1990 (LVU)
SFS 1990:1526	Lag om ändring i föräldrabalken; utfärdad den 13 december 1990
SFS 1993:213	Lag om ändring i föräldrabalken; utfärdad den 15 april 1993
SFS 1995:1242	Lag om ändring i föräldrabalken; utfärdad den 30 november 1995
SFS 1998:319	Lag om ändring i föräldrabalken; utfärdad den 28 maj 1998
SFS 2001:937	Socialtjänstförordning; utfärdad den 29 november 2001
SFS 2006:458	Lag om ändring i föräldrabalken; utfärdad den 1 juni 2006
SFS 2012:131	Lag om ändring i föräldrabalken; utfärdad den 22 mars 2012
SFS 2016:18	Lag om ändring i lagen (2006:351) om genetisk integritet m.m.; utfärdad den 28 januari 2016
SFS 2016:17	Lag om ändring i föräldrabalken; utfärdad den 28 januari 2016
SFS 2018:1197	Lag om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter
SFS 2020:1259	Lag om ändring i lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga; utfärdad den 17 december 2020
SFS 2021:397	Lag om ändring i brottsbalken; utfärdad den 27 maj 2021
SFS 2021:528	Lag om ändring i föräldrabalken; utfärdad den 3 juni 2021
SFS 2021:530	Lag om informationssamtal; utfärdad den 3 juni 2021

Propositioner

Prop. 1973:32	Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om ändring i giftermålsbalken, m.m.; given Stockholms slott den 9 mars 1973
Prop. 1974:44	Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om ändring i föräldrabalken. m.m.; given den 28 februari 1974
Prop. 1975/76:170	Regeringens proposition om ändring i föräldrabalken, m. m; beslutad den 11 mars 1976

Prop. 1978/79:12	Regeringens proposition om underhåll till barn och frånskilda, m.m.; beslutad den 5 oktober 1978.
Prop. 1978/79:67	Regeringens proposition om förbud mot aga.; beslutad den 16 november 1978.
Prop. 1979/80:1	Regeringens proposition socialtjänsten; beslutad den 28 juni 1979.
Prop. 1981/82:168	Regeringens proposition om vårdnad och umgänge m. m.; beslutad den 25 mars 1982.
Prop. 1989/90:28	Proposition om vård i vissa fall av barn och ungdomar.
Prop. 1989/90:107	Regeringens proposition om godkännande av FN-konventionen om barnets rättigheter.
Prop. 1990/91:8	Regeringens proposition om vårdnad och umgänge
Prop. 1992/93:139	Regeringens proposition om olovligt bortförande och andra övergrepp mot barn.
Prop. 1997/98:7	Regeringens proposition; vårdnad, boende och umgänge.
Prop. 2005/06:99	Regeringens proposition; nya vårdnadsregler.
Prop. 2014/15:127	Regeringens proposition; assisterad befruktning för ensamstående kvinnor
Prop. 2020/21:35	Regeringens proposition; Regelbundna överväganden av vårdnadsöverflyttning och särskilda lämplighetskrav för offentliga biträden.
Prop. 2020/21:150	Regeringens proposition; ett stärkt barnrättsperspektiv i vårdnadstvister.
Prop. 2020/21:170	Regeringens proposition; barn som bevittnar brott.

Statens offentliga utredningar

SOU 1972:41.	Familj och äktenskap 1
SOU 1978:10.	Barnets rätt 1, om förbud mot aga
SOU 1979:63.	Barnets rätt 2, om föräldraansvar m.m.
SOU 1986:20.	Barns behov och föräldrars rätt: Socialtjänstens arbete med utsatta familjer
SOU 1986:21.	Barns behov och föräldrars rätt: Socialtjänstens arbete med utsatta familjer; sammanfattning
SOU 1987:7.	Barnets rätt 3, om barn i vårdnadstvister – talerätt för barn m.m.
SOU 1995:79.	Vårdnad, boende och umgänge
SOU 2005:43.	Vårdnad – Boende – Umgänge: Barnets bästa, föräldrars ansvar, del A. Betänkande av 2002 års vårdnadskommitté

- SOU 2017:6. Se barnet! Betänkande av 2014 års vårdnadsutredning
- SOU 2020:63 Barnkonventionen och svensk rätt, volym 2. Betänkande av Barnkonventionsutredningen

Departementsskrivelser

- Ds s. 1981:18 Ensamförälder 1980: en empirisk studie av levnadsförhållanden för ensamboende respektive sammanboende vårdnadshavare och deras barn. Edström, Carl-Gustaf.
- Ds s. 1987:3 Översyn av LVU : betänkande / av särskild utredare. Sverne, Tor.
- Ds 1989:52 Vårdnad Och Umgänge. Stockholm: Allmänna förlag.
Departementsserien.
- Ds 1999:57 Gemensam vårdnad för ogifta föräldrar samt en språklig och redaktionell översyn av 6 kap. föräldrabalken. Departementsserien.

Övrigt

- Bet. 1989/90:SOU28 Socialutskottets betänkande: Godkännande av FN-konventionen om barnets rättigheter.
- Kommittédirektiv 2002:89 Vårdnad, boende, umgänge
- Bet. 2016/17:CU10 Civilutskottets betänkande, Familjerätt.
- Riksdagsskrivelse 2016/17:189 Regeringen, Justitiedepartementet, Stockholm den 22 mars 2017

Avgöranden

- NJA 1989 s. 335.
- NJA 1999 s. 451
- NJA 2000 s. 345
- RH 2001:50

Litteratur

- Börjesson, M. (2003). *Diskurser och konstruktioner, en sorts metabok*. Lund: Studentlitteratur.
- Engelstad, F. (2006). *Vad är makt?* Stockholm: Natur och Kultur.
- Glavå, M. (1999). *Arbetsbrist och kravet på saklig grund: En alternativrealistisk arbetsrättslig studie*. Stockholm: Norstedts Juridik AB.
- Gulliksson, H., & Holmgren, U. (2015). *Hållbar utveckling: livskvalitet, beteende, teknik*. Lund: Studentlitteratur AB.
- Hakvoort, I. (2020). Begreppet konflikt. i I. Hakvoort, & B. Friberg, *Konflikthantering 2:a upplagan* (ss. 23-63). Malmö: Gleerups Utbildning AB.
- Hydén, H. (2013). Rättssociologi: om att undersöka relationen mellan rätt och samhälle. i F. Korlin, & M. Zamboni, *Juridisk metodlära* (ss. 207-238). Lund: Studentlitteratur AB.

- Isdal, P. (2012). *Meningen med våld*. Stockholm: Gothia.
- Jordan, T. (2020). *Konflikthantering i arbetslivet - förstå, hantera, förebygg*. Falkenberg: Prepress Team Media Sweden AB.
- Lennér Axelson, B., & Thylefors, I. (2013). *Konflikter. Uppkomst, dynamik och hantering*. Stockholm: Författarna och Natur & Kultur.
- Mattsson, T. (2010). *Rätten till familj inom barn- och ungdomsvården*. Malmö: Liber AB.
- Sandgren, C. (iss: 3 1995). Om empiri och rättsvetenskap Del II. *Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet [1100-7761]*, ss. 726 -748.
- Schiratzki, J. (1997). *Vårdnad och vårdnadstvister*. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Singer, A. (2021). *Barnets bästa: om barns rättsliga ställning i familj och samhälle. 7:de upplagan*. Stockholm: Nordstedts Juridik AB.
- Socialstyrelsen. (2013). *Vårdnadsöverflyttning i samband med våld i familjen*. Socialstyrelsen.
- Socialstyrelsen. (2018). *Grundbok i BBIC - barns behov i centrum*. Falun: Socialstyrelsen.
- Åhman, K., & Leviner, P. Z. (2020). *Barnkonventionen i praktiken, rättsliga utmaningar och möjligheter*. Stockholm: Norstedts Juridik AB.

Artiklar

- Foucault, M. (1976). Föreläsning 14 januari 1976.
- Hellner, J. (1975). Argumentation de lege ferenda. *SvJt*, ss. 401-420.
- Petrusson, U., & Glavå, M. (2002). Illusionen om rätten - juristprofessionen och ansvaret för rättskonstruktionerna. *Erkjennelse Og Engasjement: Minnesseminar for David Roland Doublet [1954-2000]*, 109-151.
- Svensson, E.-M. (2014). De lege interpretata - om behovet av metodologisk reflektion. *Juridisk publikation – Jubileumsnummer 2014*, ss. 211-226.