

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2006-02-20

Närvarande: f.d. justitierådet Staffan Magnusson, justitierådet Leif Thorsson och f.d. regeringsrådet Karl-Ingvar Rundqvist.

Nya regler om vårdnad m.m.

Enligt en lagrådsremiss den 26 januari 2006 (Justitiedepartementet) har regeringen beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i föräldrabalken,
2. lag om ändring i rättegångsbalken,
3. lag om ändring i lagen (1977:595) om erkännande och verkställighet av nordiska domar på privaträttens område,
4. lag om ändring i sekretesslagen (1980:100),
5. lag om ändring i lagen (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn,
6. lag om ändring i lagen (2005:683) om ändring i rättegångsbalken.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av kanslirådet Anne Kutenkeuler, ämnessakkunnige Torbjörn Malm och rättssakkunnige Jonas Bäckstrand.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet

Förslaget till lag om ändring i föräldrabalken

6 kap.

Ett huvudsyfte med de föreslagna lagändringarna är att klarare betona betydelsen av barnets bästa vid avgörandet av frågor om vårdnad, boende och umgänge. Detta kommer till uttryck i den nya lydelsen av 6 kap. 2 a §, där det bl.a. sägs att barnets bästa skall vara "avgörande" för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge samt att, vid bedömningen av vad som är bäst för barnet, avseende skall fästas särskilt vid dels risken för att barnet far illa, dels barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Det betonas också att hänsyn skall tas till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad.

Enligt vad som framhålls i den allmänna motiveringen till lagförslaget (avsnitt 8) är gemensam vårdnad ett viktigt inslag i en önskvärd utveckling mot en starkare betoning av barnets intressen. De nuvarande reglerna på området, som kom till år 1998, innebär att domstolarna kan besluta om gemensam vårdnad även om en förälder motsätter sig det. En förutsättning är dock att gemensam vårdnad är bäst för barnet (6 kap. 5 § föräldrabalken). I förarbetena (se prop. 1997/98:7 s. 48 ff. och 106 ff.) sägs bl.a. att om den som motsätter sig gemensam vårdnad anför vägande skäl för sin ståndpunkt, det ofta är lämpligast att inte gå emot den personen. Har den ena föräldern utsatt barnet eller den andra föräldern för övergrepp, kan gemensam vårdnad enligt förarbetena vara olämplig. Det framhålls också att om konflikten mellan föräldrarna är så svår och djup att det är omöjligt för dem att samarbeta i frågor som rör barnet, det ofta är bäst för barnet att en av föräldrarna är ensam vårdnadshavare.

Reglerna i 6 kap. 5 § föräldrabalken har tillämpats av Högsta domstolen i rättsfallen NJA 1999 s. 451 och 2000 s. 345 samt i dom den 8 februari 2006 i mål T 308-05. I det förstnämnda rättsfallet uttalade Högsta domstolen att lagstiftningen fick anses förutsätta att gemensam vårdnad normalt är till barnets bästa och att vårdnaden skall anförtros en av föräldrarna ensam endast när det framkommer särskilda omständigheter som talar mot gemensam vårdnad. Liknande uttalanden gjordes i 2000 och 2006 års avgöranden. I avgörandet år 2000 framhöll Högsta domstolen också att om konflikten mellan föräldrarna skulle vara så svår och djup att ett samarbete var omöjligt, detta fick anses utgöra en sådan särskild omständighet som kunde tala mot gemensam vårdnad.

I lagrådsremissen föreslås att 6 kap. 5 § skall kompletteras med en bestämmelse där föräldrarnas samarbetsförmåga lyfts fram. Bestämmelsen är formulerad så, att rätten vid sin bedömning av om vårdnaden skall vara gemensam skall "fästa avseende särskilt" vid föräldrarnas förmåga att samarbeta i frågor som rör barnet.

Lagförslaget synes grunda sig på en bedömning att domstolarna i alltför stor utsträckning har använt sig av möjligheten att besluta om gemensam vårdnad mot en förälders vilja eller att det i varje fall finns risk för en sådan utveckling. I avsnitt 8 i lagrådsremissen framhålls att gemensam vårdnad kan vara oförenlig med barnets bästa även om en konflikt mellan föräldrarna inte kan sägas vara så svår och djup att det är omöjligt för dem att samarbeta. Gemensam vårdnad bör sålunda normalt förutsätta att föräldrarna har ett någorlunda konfliktfritt samarbete. Det understryks i remissen att vad som är barnets bästa alltid bör bestämmas genom en nyanserad bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet och att någon presumtion för eller mot gemensam vårdnad alltså inte kan gälla.

Enligt Lagrådets mening är det tveksamt om man genom den föreslagna kompletteringen av 6 kap. 5 § kan uppnå en sådan uppstramning av rättspraxis som synes vara eftersträvad. Att hänsyn skall tas till föräldrarnas samarbetsförmåga underströks redan i förarbetena till den nuvarande lagstiftningen, och Högsta domstolens avgörande år 2000 grundade sig också på ett sådant beaktande. Något som kan sägas utgöra en nyansskillnad i förhållande till tidigare motivuttalanden är de nyss återgivna uttalandena i lagrådsremissen att en konflikt mellan föräldrarna skall kunna hindra ett beslut om gemensam vårdnad även om konflikten inte omöjliggör ett samarbete och att en presumtion för eller mot gemensam vårdnad inte kan anses gälla. Detta i någon mån nya synsätt återspeglas emellertid inte i lagtexten.

Enligt Lagrådets mening bör lagtexten justeras, så att det klarare framgår vad man vill uppnå. Eventuellt kan lagtexten byggas ut, så att det i linje med motivuttalandena sägs att avseende särskilt skall fästas vid föräldrarnas förmåga att "utan avsevärda konflikter" samarbeta i frågor som rör barnet. Att det inte skall gälla någon presumtion för eller mot gemensam vårdnad kan lämpligen understrykas i författningskommentaren beträffande 6 kap. 5 §.

6 kap. 17 a §

I paragrafen, som inte föreslås ändrad, finns i andra stycket en hänvisning till 6 kap. 15 a § andra stycket. Eftersom den paragrafen enligt lagrådsremissen skall få ett nytt andra stycke, varvid nuvarande andra stycket får bilda ett tredje stycke, bör hänvisningen till andra stycket ändras.

Motsvarande följdändringar bör göras i 21 kap. 1 § tredje stycket föräldrabalken och 5 kap. 3 § första stycket socialtjänstlagen

(2001:453), som likaledes hänvisar till 6 kap.15 a § andra stycket föräldrabalken.

21 kap.

När det gäller 21 kap. föräldrabalken föreslås den väsentliga ändringen att handläggningen av verkställighet av avgöranden om vårdnad, boende och umgänge flyttas från förvaltningsdomstolarna till de allmänna domstolarna. Första stycket i 1 § byggs ut, delvis i överensstämmelse med 6 kap. 2 a §, så att det sägs att barnets bästa skall vara avgörande för alla beslut om verkställighet och att hänsyn skall tas till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad.

Den föreslagna bestämmelsen i 1 § om hänsyn till barnets vilja ersätter de regler som i dag finns i 21 kap. 5 §. Det föreskrivs där att, om barnet har fyllt tolv år, verkställighet inte får ske mot dess vilja utom då länsrätten finner det nödvändigt av hänsyn till barnets bästa. Detsamma gäller, sägs det vidare, om barnet ännu inte har fyllt tolv år men har nått en sådan mognad att dess vilja bör beaktas på motsvarande sätt.

Enligt det remitterade lagförslaget skall 21 kap. 5 § innehålla en ny regel som föreskriver att rätten inte får besluta om verkställighet, om åtgärder för verkställighet är uppenbart oförenliga med barnets bästa. Denna regel ersätter i första hand de nuvarande bestämmelserna i 21 kap. 6 §. I denna paragraf, som föreslås bli upphävd, sägs bl.a. att länsrätten kan vägra verkställighet, om det är uppenbart att förhållandena har ändrats sedan den allmänna domstolens dom eller beslut meddelades eller socialnämnden godkände ett avtal mellan föräldrarna och det av hänsyn till barnets bästa är påkallat att frågan om vårdnad, boende eller umgänge prövas på nytt. Enligt den angivna

paragrafen kan länsrätten även i andra fall vägra verkställighet, om det finns en risk som inte är ringa för att barnets kroppsliga eller själsliga hälsa skadas.

Den föreslagna regeln i 21 kap. 5 § väcker flera frågor. Till en början uppstår spørsmålet om regeln bara tar sikte på de olika konkreta åtgärder som kan komma i fråga för att genomföra verkställighet och inte på verkställigheten som helhet. Formuleringen att rätten inte får "besluta om verkställighet" talar för att det är verkställigheten i dess helhet som avses. I författningskommentaren sägs emellertid att domstolens prövning avser inte bara det som skall genomföras – vanligen en flyttning av barnet från en förälder till en annan – utan också de tvångsåtgärder som kan krävas för genomförande. Fråga uppstår då om rätten skall ha möjlighet att, av hänsyn till barnets bästa, vägra en viss åtgärd men låta verkställigheten genomföras med hjälp av någon annan åtgärd. Är detta meningen, bör lagtexten justeras.

En annan fråga som väcks är hur den föreslagna 21 kap. 5 § förhåller sig till den nya bestämmelsen i 1 § första stycket om att barnets bästa skall vara avgörande för alla beslut om verkställighet. En rimlig tolkning av den bestämmelsen är att den förhindrar alla former av verkställighet som inte är förenliga med barnets bästa. Med en sådan tolkning uppstår emellertid en konflikt med 5 §, som kräver att en viss åtgärd skall vara "uppenbart" oförenlig med barnets bästa för att verkställighet skall kunna vägras. Saken bör enligt Lagrådets mening redas ut.

Som framgår av den tidigare redogörelsen ersätts de nuvarande åldersrelaterade bestämmelserna i 5 § av den mera allmänt hållna regeln i 1 § första stycket om att hänsyn skall tas till barnets vilja "med beaktande av barnets ålder och mognad". Något som talar till

förmån för den nya regeln är att den överensstämmer med vad som i dag gäller och som föreslås bli fortsatt gällande på vårdnadsområdet (se den hittillsvarande 6 kap. 2 b § och den nya 6 kap. 2 a §). Som påpekas i författningskommentaren ger också den nya regeln stora möjligheter att ta hänsyn till yngre barns vilja. De äldre barnens inflytande minskar emellertid. Det kan visserligen hävdas att, om ett äldre barn motsätter sig verkställighet, det i åtskilliga fall kan anses uppenbart oförenligt med barnets bästa att tvångsvis genomföra verkställigheten. I så fall blir den nya 5 § tillämplig. Rättsläget blir emellertid ett annat än i dag. Enligt de nuvarande bestämmelserna kan verkställighet så gott som aldrig ske mot barnets vilja, om barnet har fyllt tolv år. Undantag gäller bara i fall då länsrätten finner det "nödvändigt" av hänsyn till barnets bästa att besluta om verkställighet.

Barnets rättsläge förändras också genom upphävandet av 21 kap. 6 §. Domstolen får i och för sig vissa möjligheter att med stöd av den nya 5 § vägra verkställighet i sådana situationer som i dag täcks av 6 §, dvs. när förhållandena har ändrats eller när det finns en risk för att barnets hälsa skadas. Genom att 5 § kan tillämpas bara i fall då en verkställighet skulle vara "uppenbart" oförenlig med barnets bästa inskränks emellertid möjligheterna att vägra verkställighet i väsentlig mån.

Det framhålls i lagrådsremissen (avsnitt 12.2) att principen bör vara att ett domstolsavgörande eller ett avtal mellan föräldrarna inte skall omprövas när det blir fråga om verkställighet. Lagrådet har inte någon erinran mot detta synsätt. Samtidigt står det klart, något som också anförs i lagrådsremissen, att domstolen måste ha möjligheter att vägra verkställighet av hänsyn till barnets bästa. Enligt Lagrådets mening kan det med fog hävdas att dessa möjligheter har blivit alltför beskurna genom det remitterade förslaget. En vidgning av möjligheterna i förhållande till remissförslaget ligger också i linje med vad

som har sagts från flera håll under remissbehandlingen av det utredningsbetänkande (SOU 2005:43) som ligger till grund för remissen.

En tänkbar lösning, om man vill ge domstolarna större möjligheter att vägra verkställighet än som följer av remissförslaget, är att ersätta den föreslagna lydelsen av 21 kap. 5 § med en mindre restriktiv formulering. En annan lösning är att, eventuellt med vissa justeringar, behålla de nuvarande bestämmelserna i såväl 5 som 6 §.

Det finns i sammanhanget också skäl att uppehålla sig vid vissa problem som kan uppstå genom att verkställighetsförfarandet flyttas över till de allmänna domstolarna. Det kan tänkas att, sedan ett mål om exempelvis vårdnad har avgjorts och ett ärende om verkställighet av domstolsavgörandet har inletts, det väcks en talan vid samma domstol som går ut på att det tidigare avgörandet skall ändras. Fråga uppstår om domstolen i en sådan situation alltid skall slutföra verkställighetsärendet utan att ta någon hänsyn till den nya talan som har väckts.

Uttalandena i lagrådsremissen tyder närmast på att domstolen inte skall dröja med att fatta beslut i verkställighetsärendet. Lagrådet anser att det starkt kan ifrågasättas om en sådan ordning är lämplig. Skäl talar för att domstolen, åtminstone i fall då det inte är uppenbart att den nya talan är utan grund, väntar med att avgöra frågan om verkställighet av det tidigare avgörandet.

En situation som också kan inträffa är att en part ansöker om verkställighet av t.ex. en vårdnadsdom efter det att ett nytt vårdnadsfall mellan parterna i samma sak har inletts. Även i ett sådant fall får det i princip anses olämpligt att domstolen beslutar om verkställighet innan det nya vårdnadsfallet har avgjorts.

I betänkandet SOU 2005:43 föreslogs en regel som tog sikte på båda de nyss beskrivna situationerna. Regeln innebar att en ansökan om verkställighet inte får tas upp till prövning, om det mellan parterna pågår ett mål eller ärende om vårdnad, boende, umgänge eller annan kontakt än umgänge vid domstol och ansökan om verkställighet gäller samma sak. Enligt Lagrådets mening finns det skäl att införa en liknande bestämmelse i 21 kap.

Övriga lagförslag

Lagrådet lämnar förslagen utan erinran.

Lagrådet har uppmärksammat att författningskommentaren på flera ställen är utformad som om de remitterade förslagen redan hade genomförts. Detta kan lätt ge anledning till missförstånd. Lagrådet förordar att författningskommentaren redigeras så att det tydligt framgår vad som är föreslagna respektive verkligen genomförda lagändringar. (Jfr Lagrådets yttrande i prop. 1993/94:251 s. 189.)