

Utveckling av internationella standarder på barnets processuella företrädare i vårdnadstvister - hur klarar vi oss i Norden?

JD, universitetslektor Hannele Tolonen

Helsingfors universitet, Juridisk utbildning i Vasa

Skribenten forskar och undervisar inom familjerätt, särskilt barnrätt, och processrätt. Hennes doktorsavhandling behandlade barnens ställning och deltaganderätt i de finländska rättegångar som gäller vårdnad och omhändertagande, vilka evaluerades bland annat i ljuset av Europadomstolens rättspraxis. För tillfället undersöker hon bland annat företrädare i civil- och brottmål. Hon har genomgått tingsmeritering och arbetat som rättsbiträde.

1 Inledning och frågeställning

Barnets rätt till deltagande i rättsliga processer har väckt diskussion och intresse under åren, både i Norden och olika internationella sammanhang. Barnets delaktighet (*participation*) är en av grundprinciperna i Barnkonventionen. Enligt den välkända artikeln 12 har barn rätt att uttrycka sina åsikter i domstolsförfaranden som gäller dem, vilket ska realiseras genom att ge barnet möjlighet att höras antingen direkt, genom en företrädare eller ett lämpligt organ.¹

Ett särskilt problematiskt område med tanke på barnets deltagande är de komplicerade och ofta förekommande domstolstvister som gäller vårdnad, boende eller umgängesrätt (senare: *vårdnadstvister*).² En evighetsfråga är om barnet borde ha *en egen representant* i dessa rättegångar.³ Barnets företrädare i rättsliga processer har rekommenderats bland andra av Barnrättskommittén, som har poängterat att barnet kan behöva en *separat företrädare* om företrädarens och barnets

¹ Om artikeln, se till exempel Sharon Detrick, *A Commentary on the United States Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers 1999, s. 213–225.

Jag vill uttrycka mitt varma tack till professor emeritus Dan Frände och justitieråd Tuomo Antila för sina kommentarer samt till fil.mag. Sofie Björkgren för språkgranskningen.

² Se, till exempel, Patrick Parkinson – Judy Cashmore, *The Voice of a Child in Family Law Disputes*, OUP 2008, s. 13.

³ Om detta tema i nordiska diskussioner, se, till exempel Lotta Dahlstrand, *Barns deltagande i familjerättsliga processer*. Uppsala universitet 2004, s. 127–129, 291, Eva Ryrstedt, *Separate Representation and Family Courts — do we need it in the Nordic countries?* *Child and Family Law Quarterly*, vol. 21, no 2(2009) s. 194–196, Anna Kaldal, *Ombud och talerätt för barn i vårdnadstvister*, i verket *Barnrätt: en antologi* (eds.) Ann-Christin Cederborg, Wiweka Warnling-Nerep, Norstedts Juridik 2014, s. 212–229, Hannele Tolonen, *Lapsi, perhe ja tuomioistuin*. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 2015, s. 293–308, 352–356.

åsikter står i konflikt, och att barnet behöver *lämpligt rättsligt ombud* vid en formell bedömning av barnets bästa, om det finns risk för konflikt mellan parterna.⁴

I Norden får frågan om barnets företrädare i vårdnadstvister varierande svar. Den finländska lagstiftaren är skeptisk till barnens egna företrädare i dessa ärenden. När vårdnadslagen förnyades 2019 syftade flera ändringar till att stärka barnets deltagande, men enligt förarbeten kan en intressebevakare inte förordnas för att företräda barnet i ett vårdnadsärende, eftersom barn inte är part i dessa ärenden.⁵ Enligt lagen ska välfärdsområdena vid behov ge utredningar om omständigheterna, och om möjligt ska samtal med barnet föras i utredningen.⁶

I Sverige har eventuella behov för barnets egen företrädare diskuterats i flera sammanhang under åren, men hittills har dessa förslag inte lett till lagstiftningsåtgärder.⁷ Det har ifrågasatts om barnets företrädare skulle vara av nytta eller tvärtom spetsa till föräldrarnas konflikt.⁸ I SOU 2023:40 föreslogs det åter att möjligheten att förordna barnet ett eget ombud borde granskas närmare, till exempel med tanke på sådana fall där vårdnadshavaren inte kan antas bevaka barnets intressen eller där barnet har utsatts för våld.⁹

I Norge däremot kan barnet förordnas en advokat eller annan representant i en vårdnadstvist, även om det har poängterats att stadgandet tillämpas relativt sällan, främst i misshandelsfall.¹⁰ Också enligt den danska lagen kan domstolen utse en advokat eller annan person för att hjälpa (*bistå*) barnet. Enligt förarbeten är bestämmelsen avsedd för särskilda fall.¹¹

⁴ CRC/C/GC/14, 2013, punkter 90 och 96. Här ges vägledning för beslutsfattare genom att förteckna faktorer som kan användas i bedömning av barnets bästa (artikel 3). Dokumentet är översatt på den svenska Barnombudsmannens webbsida.

⁵ Regeringsproposition 88/2018 rd., s. 58, 60. Om barnet hörs muntligen i domstolen är det möjligt att anlita ett sakkunnigbiträde, men enligt lagutskottet är denna person inte barnets biträde, utan hjälper domaren. Se lagutskottets betänkande 12/2018 rd. I ett äldre hovrättsfall ansågs det inte möjligt att förordna ett juridiskt ombud för barnet.

⁶ Lag om vårdnad om barn och umgängesrätt 15 §. Se även RP 88/2018 rd, s. 63.

⁷ Se, till exempel, Departementspromemoria 2002:13. Utövandet av barns rättigheter i familjerättsprocesser, och närmare om förslagen Dahlstrand 2004, s. 119–132, 135, Anna Singer, Barnets bästa. Om barnets rättsliga ställning i familj och samhälle. Norstedts Juridik 2019, s. 29–31. Se dock NJA 1983, s. 170, där barnet representerades av en ställföreträdare. Se även Dahlstrand 2004, s. 133, 140.

⁸ Om diskussionen se Dahlstrand 2004, s. 122, 291–292, Kaldal 2014, s. 215–216.

⁹ Statens offentliga utredningar 2023:40, s. 418–423. Här hänvisas även till SOU 2022:71.

¹⁰ Om lov om barn og foreldre § 61 se Norges offentlige utredninger 2017:8. Særdomstoler på nye områder? Vurdering av nye domstolsordninger for foreldretvister, barnevernsaker og utlendingssaker, s. 82–84, Anna Nylund, Children's Right to Participate in Decision-Making in Norway, in Children's Constitutional Rights in the Nordic Countries, Edited by Trude Haugli, Anna Nylund, Randi Sigurdson and Lena R. L. Bendiksen, Brill Nijhoff 2020, s. 213.

¹¹ I retsplejelovens (§ 450 c) forarbeten hänvisas till de norska bestämmelserna. Barnets perspektiv. Forældremyndighed, Barnets bopæl, Samvær, Tvangsfuldbyrdelse. Betænkning afgivet af Udvalget om Forældremyndighed og Samvær nr. 1475, 2006, s. 91–92. Om hörande av barn i isländska vårdnadstvister, se

Europadomstolen har i flera beslut tagit ställning till barnens processuella deltagande i familjerättsprocesser. Särskilt intressanta med tanke på barnets företrädare i vårdnadstvister är två fällande domar, *N.Ts. med flera. mot Georgien* (2016)¹² och *C. mot Kroatien* (2020).¹³ I båda av dessa fall konstaterades en kränkning av artikel 8 på grund av – bland annat – *brister i barnets representation* i det nationella förfarandet. I fallen evaluerade Europadomstolen barnets företrädare i ljuset av internationella standarder (*international standards*), som främst byggde på två internationella instrument: *Europarådets konvention om utövandet av barns rättigheter* (s.k. *Utövandekonventionen*)¹⁴ samt *Europarådets ministerkommitténs riktlinjer för ett barnvänligt rättsväsende*.¹⁵ Båda instrumenten innehåller detaljerade bestämmelser om företrädare.

Även om de två ovannämnda rättsfallen inte gäller något nordiskt system torde Europadomstolens rättspraxis beaktas också hos oss. Innehållet i Europakonventionen utvecklas av Europadomstolens tolkning, vilken har ansetts ske på ett dynamiskt sätt.¹⁶ Domstolens rättspraxis är också ett intressant exempel på ändringar i synen på barnets processuella deltagande.

I denna text diskuterar jag närmare hur Europadomstolen har evaluerat barnets processuella företrädare i vårdnadstvister. Särskilt behandlas grunderna för de två ovannämnda domarna samt de instrument som användes som grund för internationella standarder. Den centrala frågan är vilka eventuella kvalitetskrav utifrån artikel 8 ställs på barnets företrädare i vårdnadstvister. Jag funderar även hur olika nordiska tillvägagångssätt ställer upp mot sådana krav och hurdana problem som kan förekomma.

Elisabet Gísladóttir, Children's Right to Participation in Iceland, in *Children's Constitutional Rights in the Nordic Countries*, Edited by Haugli et al. 2020, s. 262–263.

¹² *N.Ts. and Others v. Georgia* 2.2.2016 (71776/12). Europadomstolens databas HUDOC.

¹³ *C. v. Croatia* 8.10.2020 (80117/17).

¹⁴ European Convention on the Exercise of Children's Rights, 25.I.1996. Council of Europe. European Treaty Series No. 160.

¹⁵ Riktlinjer från Europarådets ministerkommitté för ett barnvänligt rättsväsende antagna av Europarådets ministerkommitté den 17 november 2010 samt förklarande rapport. Non official translation. Council of Europe 2013. <https://rm.coe.int>

¹⁶ Se, till exempel Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks and Clare Ovey, Jacobs, White, and Ovey, *The European Convention on Human Rights*. Seventh Edition. Oxford University Press 2017, s. 72. Om rättspraxis i barnärenden, se till exempel Ursula Kilkelly, *Protecting children's rights under the ECHR: the role of positive obligations*, *Northern Ireland Legal Quarterly* 61(3) 2010, s. 245–261, Milka Sormunen, *The Best Interests of the Child in Human Rights Practice : An Analysis of Domestic, European and International Jurisprudence*, Unigrafia 2021, Trond Helland – Ragnhild Hollekim, *The Convention on the Rights of the Child's Imprint on Judgments from the European Court of Human Rights: A Negligible Footprint*. *Nordic Journal of Human Rights* 41(2), 2023, s. 213–233.

Här beaktas bara sådana vårdnadstvister som behandlas i nationella domstolar och inte går över statens gränser. Således tar jag till exempel inte upp problematiken gällande bortförda barn. Medling behandlas inte heller. De nationella rättssystemen behandlas inte närmare, men några exempel ges, mest från det finländska systemet. Om verkställighet och barnskydd görs bara några jämförande anmärkningar.

2 Barnets deltagande i vårdnadstvister: utgångspunkter i ett nötskal

Barnets deltagande (*participation*) i rättsliga processer kan systematiseras på olika sätt.¹⁷ Även i en rättegång kan barnets processuella deltagande ha många former. Förutom att ha *en formell roll som part* – ”en egen plats vid beslutsbordet” – kan det finnas andra möjligheter för barnet att delta under processens gång, till exempel genom *direkt hörande* i domstolen eller på något *indirekt* sätt, så att någon annan för barnets åsikt till beslutsfattaren.¹⁸ Genom sitt processuella deltagande kan barnet ha en möjlighet att påverka fallets slutresultat, vilket i vårdnadstvister styrs av bedömning av barnets bästa.¹⁹

Syftet att ge barnet möjligheter att delta i processer är synlig i de nationella nordiska bestämmelserna om vårdnadstvister, även om det finns viss variation mellan systemen i hur detta ska realiseras samt i fråga om processreglerna.²⁰ Den gemensamma nordiska utgångspunkten verkar dock vara att barnet inte har *partstatus* eller *rätt att föra talan själv* i dessa rättegångar. I stället regleras barnets deltagande på andra sätt.²¹

Orsakerna bakom det här är välkända. Som regel representeras barn i rättsliga processer av sina föräldrar i sina olika juridiska roller. I vårdnadstvister är barnets närmaste vuxna dock själva delaktiga i fallet, vars slutresultat direkt påverkar deras familjerelationer. Eftersom det vanligtvis

¹⁷ På teoretiska utgångspunkter se till exempel, Dahlstrand 2004, s. 42–56, Nylund 2020, s. 202–205.

¹⁸ Jag har närmare behandlat dessa former i ljuset av det finländska rättssystemet i Tolonen Hannele, *Children’s Right to Participate and their Developing Role in Finnish Proceedings*, in *Children’s Constitutional Rights in the Nordic Countries*. Edited by Haugli et al., 2020, s. 234–245. Om temat i ljuset av det svenska systemet se Dahlstrand 2004, s. 113–115, 139–140.

¹⁹ Enligt Barnrättskommittén går det inte att förverkliga barnets bästa om barnet inte får delta i enlighet med artikel 12. CRC/C/GC/14, punkt 43. Om kritik mot barnets roll, se till exempel Aioife Daly, *Children, Autonomy and the Courts. Beyond the Right to be Heard*. Brill / Nijhoff 2017, där det kallas för barnets större autonomi.

²⁰ Om reglering kring barnets deltagande i Norden, se *Children’s Constitutional Rights in the Nordic Countries*, Edited by Haugli et al., 2020, kapitel 11 (Nylund), 12 (Tolonen), 13 (Elisabet Gísladóttir), 14 (Pernilla Leviner) och 14 (Hanne Hartoft). Se även Svend Danielsen, *Nordisk børneret II. Forældreansvar. Et sammenlignende studie af dansk, finsk, islandsk, norsk og svensk ret med drøftelser af harmoniseringsmuligheder og reformbehov*. Nord 2003:14, s. 270 ss. Om norska processregler se även Camilla Bernt – Anna Nylund: *Barns medvirkningsrett i saker efter barneloven og barnevernsloven om bosted, omsorg, foreldreansvar og samvær mv.* i Ingun Fornes – Anna Nylund – Anneken K. Sperr (red.) *Barnekonvensjonen i Norsk rett. Prinsipper og praksis*. Gyldendal 2023, s. 89–100.

²¹ Om barnets bristande partstatus i nordiska vårdnadstvister se t. ex. Regerings proposition 88/2018 rd, s. 58 (Finland), NOU 2017:8, s. 82 (Norge) och SOU 2023:40, s. 402 (Sverige).

förekommer motsatta intressen mellan familjemedlemmar har det ansetts viktigt att försöka skydda barnet från att hamna mitt i sina föräldrars tvist.²²

I Europadomstolen har processer som gäller barnets vårdnad, boende och umgängesrätt redan länge ansetts falla under artikel 6 (*rättvis rättegång*) i Europakonventionen. Processuella rättigheter i dessa förfaranden härstammar också från artikel 8 (*skydd för familje- och privatliv*).²³ Traditionellt har Europadomstolens rättspraxis om familjetvister koncentrerat sig på de vuxna deltagarnas rättigheter. Enligt artikel 8 har det förutsatts att barnets föräldrar har tillräckliga möjligheter att delta under processens gång. När barns deltagande har diskuterats har det ofta skett från föräldraperspektivet.²⁴

Till exempel i *Sahin mot Tyskland* (2003) konstaterade den stora avdelningen att faderns rättigheter enligt artikel 8 inte hade kränkts fast en 5-åring inte hade hörts personligen i domstolen i ett umgängesfall.²⁵ Domstolen argumenterade på ett liknande sätt i fallet *Kajari mot Finland* (2007), där en 8-åring hade presenterats i det nationella förfarandet av socialmyndigheterna, vilket alltså godkändes.²⁶ I *C. mot Finland* (2006) konstaterades en kränkning av faderns rättigheter enligt artikel 8 bland annat på grund av bristen på muntligt förfarande i den tredje instansen. Barnens processuella deltagande diskuterades inte närmare men kritik riktades mot att deras uttryckta meningar hade getts för stor inverkan i vårdnadsärendet.²⁷

I vissa äldre fall har Europadomstolen kort behandlat barnets företrädare. I *Nanning mot Tyskland* (2007), som gällde en vårdnadstvist mellan modern till en tonåring och fosterföräldrarna, ansåg Europadomstolen att barnet inte hade representerats ordentligt när hon inte hade en självständig företrädare (*guardian ad litem*), utan representerades av socialarbetaren. Här hänvisades till den tyska författningsdomstolens ställningstaganden i fallet.²⁸ I *M.D. med flera mot Malta* (2012) konstaterade Europadomstolen att två barn borde ha förordnats en representant (*curator ad litem*) i

²² Se, till exempel, Danielsen 2003, s. 272–273, Parkinson – Cashmore 2008, s. 13–18, Anna Kaldal, Children’s Participation in Legal Proceedings – Conditioned by Adult Views of Children’s Capacity and Credibility? In *The Rights of the Child. Legal, Political and Ethical Challenges*, Brill Nijhoff 2023, s. 64.

²³ Se närmare, till exempel, Evelyn Merckx, The ECtHR on Parental Authority and Contact after Separation. Towards a More Child-Centred Perspective? In P. Czech, L. Heschl, K. Lukas, M. Nowak and G. Oberleitner (Eds.), *European yearbook on human rights*, Intersentia 2020, s. 100. Se även Rainey et al 2017, 369–382.

²⁴ Se, till exempel, Jane Fortin, *Children’s Rights and the Developing Law*. 3rd edition. Cambridge University Press 2009, p. 238–239, där behandlas *Sahin*-fallet samt *Elsholz v. Tyskland* 13.7.2000 (25735/94).

²⁵ *Sahin v. Germany* Grand Chamber 8.7.2003 (30943/96).

²⁶ *Kajari v. Finland* 23.10.2007 (65040/01).

²⁷ *C. v. Finland* 9.5.2006 (18249/02). Barnen var 12 och 14 år gamla.

²⁸ *Nanning v. Germany* 12.7.2007 (39741/02), särskilt § 17 och 75.

det nationella förfarandet. I fallet hade modern förlorat sina föräldrarättigheter (*care and custody*) vid ett brottmål där hon hade straffats för att hon inte hade ingripit när fadern hade misshandlat barnen och också själv tillrättaviserat barnen för hårt.²⁹

En klart barncentrerad insyn i en vårdnadstvist framkommer i det nyare publicerade fallet *M. och M. mot Kroatien* (2015), där Europadomstolen konstaterade kränkning av *barnets egna processuella rättigheter* enligt artikel 8. Barnet hade inte hörts personligen i en vårdnadstvist, vilken började när hon var 9 år och fortsatte i fyra års tid. Europadomstolen, dit barnets moder fört fallet på sina egna och sitt barns vägnar, konstaterade att barnet inte kunnat delta i tillräcklig grad. Enligt domstolen hade barnets åsikter inte heller tillräckligt tagits i beaktande. Europadomstolen konstaterade, med hänvisande till artikel 12 i Barnkonventionen, att barn som är i stånd att bilda sina egna åsikter involveras inte i tillräcklig grad om de inte har en möjlighet att bli hörda och uttrycka sina åsikter.³⁰

Barnets företrädare i processen var inte ett centralt tema i *M. och M.*, där det bara nämndes att en representant (*guardian ad litem*) hade förordnats. I Europadomstolens nyare rättspraxis, som annars långt bygger på synpunkter som uttrycks i *M. och M.*, framkommer frågor om barns företrädare på ett tydligare sätt.

3 Bristande företrädare: *N.Ts. med flera mot Georgien* och *C. mot Kroatien*

Fallet *N.Ts. med flera mot Georgien* (2016) gällde tre småpojkar – en 7-åring och 3-åriga tvillingar – som hade stannat hos moders släktingar efter att hon själv hade avlidit. I det nationella förfarandet försökte fadern få barnen återlämnade till sig. Faderns ansökan godkändes men beslutet kunde inte verkställas på grund av barnens starka motstånd. Moderns syster tog fallet på barnens vägnar till Europadomstolen, som konstaterade att *barnens artikel 8 rättigheter hade kränkts* i förfarandet. En av orsakerna var att deras *företrädare* i processen inte ansågs vara ordnat på *adekvat och meningsfullt sätt (adequate and meaningful)*.³¹

²⁹ *M.D. and Others v. Malta* 17.7.2012 (64791/10), särskilt § 17 och 38, där det hänvisades till riktlinjerna för barnvänliga rättsväsendet.

³⁰ *M. and M. v. Croatia* 3.9.2015 (10161/13). Se särskilt § 181–187. Det framkommer att flera experter hade talat med barnet. Enligt beskrivningen misstänktes en familjemedlem för barnmisshandel. I fallet konstaterades också en kränkning av artikel 3. Om fallet se även Merckx 2020, s. 114–116, Rainey et al 2017, s. 381, Helland – Hollekim 2023, s. 224, 229.

³¹ *N.Ts. and Others v. Georgia* (2016). Se särskilt § 74–77.

Barnen hade förordnats representanter från socialmyndigheterna. Enligt beskrivningen hade representanterna träffat barnen några gånger, gett utlåtanden till domstolen och varit personligen närvarande i domstolen i andra instansen. Detta ansågs inte tillräckligt. För det första kritiserade Europadomstolen *brist på regelbunden kontakt* mellan barnen och representanterna. Några enskilda träffar som hade skett ansågs inte tillräckliga för att bygga barnens tillit. För det andra poängterade Europadomstolen att representanterna *inte hade en formell roll* i det nationella förfarandet, där de hade agerat som ”intresserade parter”.

I domen beaktade Europadomstolen en kombination av olika faktorer. Förutom bristen på företrädare fick de nationella domstolarna också kritik för att inte personligen höra det äldsta barnet. Europadomstolen kritiserade också deras bedömning av barnets bästa eftersom den nationella domstolen inte i tillräcklig utsträckning beaktat barnens tillstånd.³²

I det ovannämnda fallet var det inte fråga om barnet borde ha en egen företrädare. Detta problem uppkom i ett nyare fall, *C. mot Kroatien* (2020), där det nationella förfarandet gällde en vårdnadsvist mellan ett 9-årigt barns föräldrar. Enligt den nationella lagen var det möjligt att förordna en företrädare (*guardian ad litem*) för barnet, vilket förutsattes vid intressekonflikter. Dock hade en sådan företrädare inte förordnats. Staten motiverade beslutet med att barnet inte formellt var part i det nationella förfarandet. Modern tog fallet till Europadomstolen, som konstaterade att barnets artikel 8 rättigheter hade kränkts bland annat på denna grund.³³

Övriga omständigheter i fallet beaktades även i denna dom. Förutom bristen på företrädare kritiserade Europadomstolen den nationella processen också för att barnet inte hördes personligen.

I *C. mot Kroatien* räknar Europadomstolen upp företrädarens (*guardian ad litem*) funktioner. Förutom att bevaka barnets intressen ska företrädaren förklara processer och beslut samt deras konsekvenser för barnet och även agera som en ”förmedlare” mellan domaren och barnet (*to liaise between the competent judge and the child*).³⁴

³² Se § 78–84.

³³ *C. v. Croatia* (2020), särskilt § 74–82. Jag har närmare diskuterat fallen *C. mot Kroatien* och *N.Ts. med flera* samt det förnyade finländska systemet i verket Hannele Tolonen – Kirsikka Linnanmäki: Uudistunut lapsenhuoltolaki, Alma Talent 2020, kapitel 4.

³⁴ Se § 76–77.

I båda av dessa fall hänvisade Europadomstolen i sin argumentation till två internationella instrument: *utövandekonventionen* och *riktlinjerna för barnvänligt rättsväsende*. I följande avsnitt behandlas de lite närmare.

4 Utövandekonventionen och riktlinjerna: företrädarens skyldigheter och behovet av företrädare

Europarådets konvention om utövandet av barns rättigheter, som är avsedd särskilt för familjerättsliga processer (*family proceedings*), innehåller bestämmelser bland annat om företrädare för barnet.³⁵ Utövandekonventionen tillämpas inte – åtminstone för tillfället – i vårdnadstvister i något av de nordiska länderna. I Norden är konventionen i kraft i Finland, där vårdnadstvisterna dock utelämnades när dess tillämpningsområden specificerades. I förarbeten motiverades det här med barnets bristande partstatus, vilket ansågs utesluta till exempel rättigheter som gäller företrädare.³⁶ Det konstaterades att utsträckande av konventionen till vårdnadstvister skulle i praktiken betyda att barn blev parter eller fick jämförbara rättigheter, vilket ansågs kräva en separat bedömning.³⁷ Island och Sverige har undertecknat konventionen men inte ratificerat den, medan Norge och Danmark inte har undertecknat den.³⁸

Det är viktigt att notera att Europadomstolen har använt utövandekonventionen i sin argumentation fast staten i fråga inte är bunden av den. Det här framkommer klart i fallet *N.Ts. med flera*, där det poängterades att Georgien inte hade undertecknat utövandekonventionen. Europadomstolen konstaterade att konventionens bestämmelser inte tillämpades direkt, utan i stället ansågs de vara användbara *verktyg för tolkning av relevanta principer*.³⁹

I både *N.Ts. med flera* och *C. mot Kroatien* framtog Europadomstolen utövandekonventionens särskilda bestämmelser om företrädarens *funktioner* (artikel 10). Enligt denna artikel ska barnets

³⁵ Om denna konvention (CETS nr 160, 25 januari 1996) och andra Europarådets instrument som gäller barns rättigheter se t. ex. Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter (FRA): Handbok om europeisk rätt rörande barns rättigheter, 2015, s. 23–26. Om kritiska synpunkter se Fortin 2009, s. 236–238. Se även Caroline Sawyer, One step forward, two steps back – the European Convention on the Exercise of Children’s Rights, 11 Child & Family Law Quarterly 151(1999), s. 151 ss.

³⁶ Regeringsproposition 66/2010 rd., s. 3, där artiklar 4 och 5 nämns som exempel på processuella rättigheter som inte blir aktuella. – De tre grupper som Finland angav här gäller faderskap, adoption och omhändertagande. Konventionen trädde i kraft internationellt år 2000. Se RD 66/2010 rd, s. 2.

³⁷ Lagutskottets betänkande 14/2010 rd.

³⁸ För tillfället är konventionen i kraft i 20 medlemsstater. Se närmare <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatyid=160> (hänvisat 6 mars 2024). I Sverige behandlades temat i Ds 2002:13. Se närmare Dahlstrand 2004, 89–91,

³⁹ På liknande argumentation se *Stankūnaitė v. Lithuania* 29.10.2019 (67068/11), § 128. Detta fall gällde inte företrädarfrågan.

företrädare lämna barnet all relevant information, ge förklaringar om eventuella följder av ett tillmötesgående av barnets inställning samt klarlägga barnets inställning och redovisa den för beslutsfattaren (*judicial authority*). Artikel 9 lämnar utrymme för vissa undantag på grund av barnets bästa och ålder.⁴⁰

I artikel 10 betonas alltså företrädarens uppgifter i syfte att *underlätta informationsutbyte*. Däremot ges inga närmare anvisningar om företrädarens position gällande sin huvudmans åsikter.

Traditionellt har en tudelning gjorts här: rollen som bevakare av huvudmannens intressen (*guardian ad litem*, ställföreträdare) och rollen som *juridiskt ombud* ("advokatroll") som agerar enligt huvudmannens anvisningar. Det är även möjligt att dessa roller kombineras eller att andra funktioner hos företrädarskapet betonas, till exempel plikter att informera eller stöda barnet.⁴¹ Även annars i utövandekonventionen beaktas två typer av företrädare, "särskilda" och "separata" (*special / separate representative*, artikel 9).⁴² I *C. mot Kroatien* gällde klagomålet att barnet inte förordnats en *guardian ad litem*. Denna roll förekom också i de tillämpade nationella bestämmelserna. I detta sammanhang behandlade Europadomstolen inga andra eventuella roller, vilket är förståeligt.

Flera av utövandekonventionens artiklar hänvisar till nationella lagar, vilket har ansetts betyda, till exempel, att barnet inte förutsätts kunna begära en egen företrädare om intressekonflikter inte erkänns på nationell nivå. Vissa undantag tillåts även gällande företrädarens plikter, till exempel ifall företrädarskapet anses uppenbart (*manifestly*) strida mot barnets bästa.⁴³ Sådana restriktioner diskuteras inte i Europadomstolens argumentation. Man kan fråga, till exempel, hur starkt förpliktande utövandekonventionens bestämmelser om företrädarens uppgifter egentligen är om saken gäller unga upprörda barn, så som det anges i *N.Ts. med flera*.

Utövandekonventionen var inte det enda internationella instrumentet som behandlades av Europadomstolen när barnens företrädare behandlades i dessa fall. I båda besluten hänvisade

⁴⁰ Om dessa krav se till exempel RP 60/2010 rd., s. 13.

⁴¹ Dessa roller beskrivs till exempel i förklarande rapport av Europarådets ministerkommittés riktlinjer för ett barnvänligt rättsväsende (2013), s. 73, där biträdets roll jämförs med ett biträde för en vuxen person, och den gode mannen ska definiera vad är i enlighet med barnets bästa. Om internationell diskussion se, till exempel, Barbara A. Atwood, *Representing Children Who Can't or Who Won't Direct Counsel: Best Interest Lawyering or No Lawyer at All*. 53 *Arizona Law Review* 381, 2011. Till exempel i den finländska barnskyddslagen (417/2007) beaktas både förordnande av intressebevakare för barn som ställföreträdare för vårdnadshavaren (22 §) och förordnande av biträde för barn (87 §). Om ställföreträdarens roll se till exempel Rosi Enroos – Hege Stein Helland – Tarja Pösö – Marit Skivenes – Milfrid Tonheim, *The role and function of the spokesperson in care order proceedings: A cross-country study in Finland and Norway*. *Children and Youth Services Review* 74, 2017, s. 8–16. Se även Bernt – Nylund 2023.

⁴² Se även Ds 2002:13, s. 33–34 och artikel 5 c (barnets eget ombud).

⁴³ Se närmare Fortin 2009, s. 237–238.

Europadomstolen även till riktlinjer från Europarådets ministerkommitté för ett barnvänligt rättsväsende. Riktlinjerna beskrivs som praktiska verktyg vid anpassningen av medlemsstaternas rättsliga och icke-rättsliga system till barnets rättigheter, intressen och behov. Enligt riktlinjerna syftar de till att barnens rättigheter, bland andra rätten att företräddas, fullt respekteras.⁴⁴ I riktlinjernas förord betonas behovet för att ”gå” vid barnets sida i stället för att ”gå” framför eller bakom barnet,⁴⁵ vilket speglar den klassiska barnrättsliga balansgången mellan skydd och autonomi.

I *N.Ts. med flera* och *C. mot Kroatien* hänvisar Europadomstolen särskilt till de punkter i riktlinjerna som behandlar barnets *behov av företrädaren*. Enligt riktlinjerna bör barnet förordnas en god man eller en annan oberoende företrädare om det föreligger en intressekonflikt mellan barn och föräldrar (punkt 42). Vid sådana intressekonflikter bör barn även ha rätt till juridisk rådgivning och biträde i eget namn (punkt 37).⁴⁶ Var gränser för sådana intressekonflikter eventuellt går diskuteras inte närmare i riktlinjerna eller i den förklarande rapporten. De framkommer inte heller i Europadomstolens argumentation.⁴⁷

5 Företrädare för barnet i nordiska vårdnadstvister: adekvat och meningsfullt?

Som sagt konstaterade Europadomstolen i *C. mot Kroatien* att barnet borde ha förordnats en företrädare (*guardian ad litem*) i det nationella förfarandet. Den nationella lagen omfattade dock bestämmelser om företrädare för barnet vid intressekonflikter. Också fallet *N.Ts. med flera* inträffade i ett rättssystem där barnet *kan ha* en företrädare i en vårdnadstvist.

Vilken betydelse kan Europadomstolens nyare rättspraxis ges i sådana system där förordnande av företrädare i vårdnadstvister *inte* regleras? Svaret verkar bero på varifrån man anser kravet för representation härstammar: från de nationella bestämmelserna eller från artikel 8. Den sistnämnda tolkningen får stöd av Europadomstolen. I ett senare beslut, *A. med flera mot Italien* (2023), hänvisar domstolen till *C. mot Kroatien*, konstaterande att förordnande av en företrädare (*curateur*

⁴⁴ Riktlinjer från Europarådets ministerkommitté för ett barnvänligt rättsväsende 2010. Non official translation 2013, s. 16.

⁴⁵ Riktlinjer 2013, s. 7–9, av biträdande generalsekreterare Maud de Boer Buquicchio.

⁴⁶ I den förklarande rapporten poängteras att det torde undvikas att dessa funktioner kombineras i en och samma person. Se Riktlinjer 2013, s. 73.

⁴⁷ Om en intressekonflikt i Europadomstolens förfarande se Merckx 2020, s. 125–128, där fallet *A. and B. v. Croatia* 20.6.2019 (71445/15) diskuteras. En förälder ville företräda barnet i fallet där det påstods att den andra föräldern hade utnyttjat barnet sexuellt. Det förutsattes att barnet hade en separat företrädare i Europadomstolen.

ad litem) för barnen, om deras intressen är i konflikt med föräldrarnas intressen, kan krävas enligt artikel 8 som är tolkad i ljuset av internationell rätt.⁴⁸

Om man utgår från att kraven på adekvat och meningsfullt företräderskap härstammar från artikel 8 måste det frågas hur problematiskt det är att *inte* ha nationella regler om barnets företrädare i vårdnadstvister. Sådana bestämmelser fattas till exempel i Finland och Sverige. För tillfället talar Europadomstolens ställningstaganden för att artikel 8 kan anses förutsätta möjlighet till adekvat och meningsfullt företräderskap. En större fråga – vilken *inte* här närmare kan undersökas – är hurdana åtgärder som kan förutsättas, till exempel om nya typer av juridiska aktörer skulle behövas eller om dessa funktioner kan fyllas av sådana roller som redan finns i det nationella förfarandet.

Trots de kritiska synpunkter som uttryckts i *N.Ts. med flera*, samt i det tidigare fallet *Nanning*, verkar det inte vara uteslutet att sådana uppgifter för företrädaren som förutsattes i *N.Ts. med flera* kunde realiseras via offentliga aktörers verksamhet.⁴⁹ Men blir de realiserade? Dessa typer av krav verkar förutsätta åtminstone genomgång – och eventuellt utvecklande – av plikter och behörighet för de personer som tar hand om barnets deltagande. Det verkar till exempel vara svårt att realisera ett adekvat och meningsfullt företräderskap om företrädaren endast träffar barnet en eller ett par gånger.

När vårdnadslagen förnyades i Finland 2019 konstaterades i förarbeten att utövandekonventionen hade tagits i beaktande. Nya mera detaljerade bestämmelser gavs till exempel om socialmyndigheters uppgifter gentemot barnet och domstolen. I regel hörs barnet personligen när utredningen görs om det är möjligt. Enligt anvisningar kan det här ske i en eller flera träffar.⁵⁰ Den som gjort utredningen hörs personligen i domstolen under vissa omständigheter men har inte en partstatus i rättegången utan hörs som ”en särskilt angiven person”.⁵¹ Vissa likheter kan dock anmärkas här med det system som kritiserades i *N.Ts. med flera*. I ett äldre fall *Kajari* ansågs föräldrarnas rättigheter inte ha kränkts även om barnet hördes av socialmyndigheterna i stället för ett personligt hörande i domstolen. I ljuset av den utvecklande synen av barnets processuella rättigheter enligt artikel 8 kan man fråga hurdana krav skulle ställas på förfaranden i dag.

⁴⁸ *Affaire A. et Autres c. Italie* 7.9.2023 (17791/22), § 65. « ... la désignation d'un curateur *ad litem* pour représenter les enfants en cas de conflit d'intérêts entre eux et leurs parents peut être exigée par l'article 8 de la Convention (...), tel qu'interprété à la lumière des pertinentes règles de droit international ... »

⁴⁹ Det kan också poängteras att enligt utövandekonventionens förarbeten (*Explanatory Report*) behöver företrädaren inte vara en icke-juridisk person, utan en myndighet kan också agera som företrädare.

⁵⁰ Se närmare Handbok för utarbetande av socialnämndens utredning i enlighet med lagen angående vårdnad om barn och umgängesrätt. Expertgruppens rekommendation. Martta October – Jaana Tervo (red.). Handledning 7/2022. Institutet för hälsa och välfärd 2022, s. 48–49. Om utredningprocessens gång se s. 9.

⁵¹ Se Regerings proposition 88/2018 rd., särskilt s. 64.

I Norge och Danmark existerar bestämmelser om företrädare för barnet i vårdnadstvister, som är avsedda för särskilda fall. I norsk diskussion har man som exempel hänvisat till misstankar om våld, men även till tvister som gäller äldre barn och till konfliktfyllda situationer.⁵² I Danmark har det även diskuterats missbruksfall samt långdragna konflikter.⁵³ I *C. mot Kroatien*, där företrädare förutsätts, tar Europadomstolen inte ställning till om – och var – det finns några gränser här, beroende på fallets art. Dock kan det anmärkas att omständigheterna i fallet beskrivs genom att använda ”krigsterminologi” (*custody battle*) och att en straffprocess också var på gång. Det finns vissa likheter i situationer som har diskuterats i Norge och Danmark. Även i *N.Ts. med flera mot Georgien*, som inte var en ”typisk” vårdnadstvist, framkom vissa riskfaktorer. Som sagt var denna problematik dock inte klart adresserad av domstolen.

Däremot framkommer det tydligt i Europadomstolens rättspraxis att kravet på adekvat och meningsfullt företrädarskap kan omfatta även relativt unga barn. Barnen i *C. mot Kroatien* och *N.Ts. med flera* var från 3 till 9 år. I ingendera av dessa fall framkom frågor om eller ställningstaganden till företrädarens roll i ljuset av den traditionella tudelningen – ett juridiskt ombud och en bevakare av barnets bästa – vilken har diskuterats i andra sammanhang. De nationella bestämmelser som beaktades i dessa fall pekar på den sistnämnda rollen (*guardian ad litem*). Gällande företrädarens uppgifter hänvisade Europadomstolen särskilt till artikel 10 i utövandekonventionen där informationsutbyte mellan barnet och den juridiska auktoriteten är centralt när företrädare finns.

5 Sammanfattning

- Europadomstolen har i sin nyare rättspraxis tolkat barnets egna processuella rättigheter som härstammar från artikel 8 i ljuset av internationella instrument som betonar företrädare för barnet. *Att inte alls ha möjlighet att förordna barnet en egen företrädare* i vårdnadstvister väcker vissa frågor särskilt i ljuset av *C. mot Kroatien* (2020). Även om man utgått från att offentliga aktörer har liknande funktioner i nationella förfaranden, kräver Europadomstolens domare en närmare evaluering av dessa aktörers roller och förfarande.

⁵² Se närmare om representanten och dennes roll NOU 2017:8, s. 82–84.

⁵³ Barnets perspektiv 2006, s. 91–92.

- I *N.Ts. och flera mot Georgien* (2016) förutsatte Europadomstolen att barnen företräds på ett *adekvat och meningsfullt sätt*. Här kan man åtskilja två typer av krav på företrädarens roll, riktade mot olika håll. I förhållande till *barnet* krävdes regelbunden kontakt för att skapa tillit mellan företrädaren och barnet. I förhållande till *domstolen* krävdes att företrädaren ges formell ställning i processen. På detta sätt kan företrädaren beakta barnets individuella behov under processens gång och främja informationsutbyte mellan domstolen och barnet (*C. mot Kroatien*).
- Den traditionella tudelningen av företrädarens roller – ombud eller ställföreträdare – adresseras inte av Europadomstolen i de behandlade fallen. De nationella bestämmelserna verkar tyda på den sistnämnda rollen, en person som bevakar barnets intressen. I dessa fall var det inte fråga om barnets juridiska ombud eventuellt kunde fylla företrädarens funktioner. Båda rollerna beaktas dock i utövandekonventionen samt i riktlinjerna för ett barnvänligt rättsväsende.
- *I vilken omfattning barnet ska företrädas* i olika vårdnadstvister enligt artikel 8 uttrycks inte tydligt i någondera av dessa fall. Utgångspunkten i de internationella instrument som refererades är att företrädarskap behövs *vid intressekonflikter* mellan barn och deras föräldrar. I dessa fall tar Europadomstolen inte ställning till vilka eventuella krav – om några – kan ställas på fallets art. Vissa riskfaktorer framkommer dock i fallbeskrivningarna. Ingen klar kritik framkommer i argumentationen för att förordnande av en företrädare reserveras för endast komplicerade fall. Domstolens missnöje med en formell bedömning av behovet av företrädare, utgående från *barnets bristande partstatus*, var däremot tydlig i *C. mot Kroatien*.
- Processuell företrädare är inte någon enkel lösning. Problematiken kring barnets deltagande i vårdnadsmål är mångsidig, och så är även former av barnets processuella deltagande. Vid tolkningen av barnets processuella rättigheter i enlighet med artikel 8 har Europadomstolen beaktat även andra former av processuellt deltagande än företrädarskap. Barnets möjlighet att direkt bli hörd beaktades i både *C. mot Kroatien* och *N.Ts. med flera*. Företrädare var en faktor i helheten, men inte den enda faktorn. Att kraven på barnets deltagande evalueras enligt artikel 8 på både den processuella och materiella nivån syns tydligt även i det tidigare beslutet *M. och M. mot Kroatien*, där beaktades den betydelse som getts barnets åsikter. Att

barnet får *för* starkt materiellt inflytande i en vårdnadstvist har dock inte heller ansetts oproblemiskt (*C. mot Finland*).

- Frågor som ställdes till Europadomstolen i dessa fall belyser problematiken kring barnets processuella deltagande. Ett centralt problem är hur det går att anpassa de formella domstolsprocesserna, som främst är avsedda för vuxna deltagare, till *barnens individuella informerade deltagande*, vilket har förstärkts i internationella instrument. Med tanke på förordnande av företrädare och deras roll måste det frågas hur det går att kombinera förutsättningar för individuellt anpassade och skräddarsydda förfaranden med de traditionella processuella idealen om opartiskhet och jämlikhet. En patentlösning passar kanske inte för alla barn och alla fall. Ska kraven på barnets deltagande tas på allvar torde man försöka att se på processen genom barnets ögon.