



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Jessica Nilsson

Kontinuitetsprincipen
– En princip som lägger
krokben för barnets bästa?

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare
Eva Ryrstedt

Ämnesområde
Familjerätt

Termin
HT 2010

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	8
1.1 Syfte och frågeställningar	8
1.2 Avgränsning	9
1.3 Metod och material	9
1.4 Disposition	9
2 INTERNATIONELLA KONVENTIONER	11
2.1 FN:s barnkonvention	11
2.1.1 Inledning	11
2.1.2 Barnets bästa i barnkonventionen	12
2.1.3 Barnets rätt till sina föräldrar	13
2.1.4 Olovligt bortförande av barn	14
2.2 Europarådskonventionen och Haagkonventionen	14
2.2.1 Inledning	14
2.2.2 Europarådskonventionen	14
2.2.3 Haagkonventionen	16
2.3 Europakonventionen	17
2.3.1 Inledning	17
2.3.2 Rätten till umgänge	17
3 BARNETS BÄSTA I SVENSK RÄTT	18
3.1 Historik	18
3.2 Gällande rätt	18
3.2.1 Inledning	18
3.2.2 Begreppets betydelse	20
3.2.3 Tillämpningen av begreppet barnets bästa	21
3.2.4 Principer inom barnets bästa	22
3.2.4.1 Vårdnadshavares lämplighet	22
3.2.4.2 Kontinuitetsprincipen	22
3.2.4.3 Barnets behov av en god och nära kontakt med båda föräldrarna	24

3.2.4.4	Främja en god kontakt med den andra föräldern	25
3.3	Olika principer om barnets bästa i konkurrens	26
4	DET INTERIMISTISKA BESLUTET I FÖRHÅLLANDE TILL KONTINUITETSPRINCIPEN.	29
4.1	Inledning	29
4.2	Det interimistiska beslutets inverkan på det slutliga avgörandet	29
4.3	Praxis	31
4.3.1	RH 1998:85	31
4.3.2	NJA 1980 s. 709	32
5	KONTINUITET I FÖRHÅLLANDE TILL BARNETS BEHOV AV EN GOD OCH NÄRA KONTAKT MED BÅDA SINA FÖRÄLDRAR VID OLOVLIGT BORTFÖRANDE.	35
5.1	Olovligt bortförande	35
5.2	Hemvistprincipen	35
5.3	Verkställighet och erkännande	36
5.4	Praxis	37
5.4.1	NJA 1986 s. 338	37
5.4.2	NJA 1992 s. 93	39
6	KONTINUITET I FÖRHÅLLANDE TILL BARNETS BEHOV AV EN NÄRA OCH GOD KONTAKT MED BÅDA SINA FÖRÄLDRAR VID UMGÄNGESSABOTAGE	42
6.1	Barnets rätt till umgänge	42
6.1.1	Fall då umgänge ej bör fastställas eller äga rum	44
6.2	Umgångessabotage	45
6.2.1	Förälders umgängesvägran	47
6.2.2	Reformen	48
6.3	Praxis	49
6.3.1	RH 1994:3	49
6.3.2	NJA 1989 s. 335	51
6.3.3	NJA 1992 s. 666	52
6.3.4	NJA 1998 s. 675	54
6.3.4.1	Reflektioner över HD:s bedömning	55
7	ANALYS	58
7.1	Vad är barnets bästa?	58
7.2	Tillämpningen av begreppet barnets bästa	59

7.3	Det interimistiska beslutets betydelse för det slutliga avgörandet	59
7.4	Tenderar kontinuitetsprincipen eller principen om barnets behov av umgänge ges företräde?	60
7.4.1	Inledning	60
7.4.2	Fall då kontinuiteten givits företräde	61
7.4.3	Fall då behovet av umgänge vägt tyngst	62
7.5	Slutdiskussion	62
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	64
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	66

Summary

According to the Swedish parental code 6 chapter 2 a §, the best interest of the child shall be conclusive for all decisions in matters of custody, residency and right to access. The best interest of the child is a principle which can be found in both international documents and in national legislation. The concept of the principle of the best interest of the child is not expressly defined in neither international documents, such as the United Nations Convention on the Rights of Children, nor in Swedish national legislation. Principles on the child's best interest have however been emphasized and compiled in the parental code and in case law. In this thesis I have chosen to highlight two principles within the term of the best interest of the child, the principle of continuity and the principle of the child's need for a close and good relationship with both its parents. I have chosen to study how these two principles are administered in Swedish law and how they relate to each other. I have also chosen to study how the courts interim decisions relate to the principle of continuity and whether the interim decision can result in a continuity which has a guiding effect on the final decision.

The principle of continuity is a principle that has been developed in case law. One of the child's primary needs is the requisite of stability and security in its life. It is the thought that a child should not be subject to interruption in a working living arrangement, if not necessary. The principle of the child's need for a close relationship with both its parents is at the same time codified in the parental code 6 chapter 2 a §. The purpose of the principle is to emphasize the importance of a close relationship between a child and both its parents. It can affect a child negatively if a child is deprived of contact with the parent not having custody of the child or a the parent who the child does not live with. These two principles often come in conflict with each other, which means that the court in these cases need to assess which of the two principles to give preference when considering which of the parents should be entrusted with the custody or the residency of the child. The conflict between these two principles often occur when a parent obstructs or completely withholds the child's right to access, for example, by abducting the child or exposing the child to a negative view of the other parent.

A question that arises is whether the court tends to give preference to one principle over the other. In the cases that I have studied you can clearly see the court's tendency to give the principle of continuity preference at the expense of the principle of the child's need for a close and good relationship with both its parents. The principle of continuity is also one of the most frequently used statements of reason for the court's decision regarding custody.

An interim decision regarding custody, residency or right to access may be taken by the court before the matter being finally determined. Most commonly the interim decision is made when the parties first appear before the court, at the oral preparation. Usually a fair amount of time passes before a final decision is reached. This means that the interim decision often has a guiding effect on the final decision as the child, during a long period of time, has been under a parents' custody or at least has been living with a parent during the court process. The courts are reluctant to change a current situation citing the principle of continuity.

Sammanfattning

Föräldrabalkens 6 kap. 2 a § stadgar att barnets bästa skall vara avgörande för alla beslut i frågor om vårdnad, boende och umgänge. Barnets bästa är en princip som går att finna i såväl internationella dokument som i nationell lagstiftning. Begreppet barnets bästas innebörd är ej uttryckligen definierad i varken de internationella dokumenten, såsom barnkonventionen, eller i svensk nationell lagstiftning. I föräldrabalken samt i rättspraxis har dock vissa principer avseende barnets bästa betonats, respektive utformats. I detta arbete har jag valt att belysa två principer inom barnets bästa extra; kontinuitetsprincipen samt principen om barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar. Jag har valt att granska hur dessa två principer tillämpas i svensk rätt samt hur de relaterar till varandra. Jag har även valt att sätta det interimistiska beslutet i förhållande till kontinuitetsprincipen. Detta för att undersöka om det interimistiska beslutet leder till kontinuitet, som i sin tur leder till en styrande effekt på det avgörande beslutet.

Kontinuitetsprincipen är en princip som har utformats i rättspraxis. Principen bygger på att ett av barnets grundläggande behov är behovet av stabilitet och trygghet i sin tillvaro. Det är tanken om att ett barn inte bör utsättas för avbrott i en rådande fungerande ordning, om inte starka skäl talar för det. Principen om barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar är samtidigt en lagfäst princip i 6 kap. 2 a § FB. Principen har till syfte att betona vikten av att barnet har en god relation till båda sina föräldrar. Det kan påverka barnet negativt om barnet utestängs från kontakt med den förälder som ej har vårdnaden om barnet eller den förälder som barnet ej bor tillsammans med. De två principerna kommer ofta i konflikt med varandra. Detta innebär att domstolen måste göra en avvägning avseende vilken av de två principerna som skall ges företräde vid prövning av vem av föräldrarna som skall anförtros vårdnaden eller boendet om barnet. Konflikten mellan de två olika principerna uppstår ofta när en förälder försvårar eller helt motverkar ett umgänge mellan ett barn och en förälder. Detta genom att t.ex. föra barnet ur landet, påverka barnet till en negativ inställning till umgänget eller på annat sätt försvårar umgänget, så kallat umgängessabotage.

En fråga som uppstår är om domstolen tenderar att ge kontinuitetsprincipen eller principen om barnets behov av en nära och god kontakt företräde. I de rättsfall jag studerat kan man klart se en tendens att kontinuitetsprincipen är den princip som oftast ges företräde på bekostnad av principen om barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar. Kontinuitetsprincipen är också en av de mest vanligen förekommande motiveringen av vårdnadsbeslut.

Ett interimistiskt beslut avseende vårdnaden, boendet eller umgänget kan fattas av domstolen innan dess att saken slutligen avgörs. Vanligen fattas ett

interimistiskt beslut när parterna första gången inställer sig vid rätten, den muntliga förberedelsen. Det kan oftast gå lång tid från det interimistiska beslutet och fram till dess att frågan slutligen avgörs. Detta innebär att det interimistiska beslutet ofta får en styrande verkan på det slutliga avgörandet, då barnet ofta under en längre tid har stått under vårdnaden eller har bott hos en förälder under processens gång. Med åberopande av kontinuitetsskäl är domstolarna restriktiva med att ändra en rådande ordning.

Förord

För sex år sedan påbörjade jag Juris kandidatprogrammet i Lund. Det har varit sex år av medgångar och motgångar, uppgångar och nedgångar och en del utgångar. Sammantaget så har de varit sex fantastiska år. I samband med färdigställandet av mitt examensarbete är det nu dags att ta steget ut i den riktiga världen.

Jag vill sända ett tack till alla som har gjort min Lundatid till en fantastisk tid samt till de personer som har stöttat mig och hjälpt mig med detta examensarbete.

Ett stort tack till professor Eva Ryrstedt för hennes handledning genom examensarbetet samt för hennes tips och reflektioner över mitt arbete. Jag vill även framföra ett stort tack till Jur. kand Mattias Nilsson, VD och familjerättsansvarig vid Gratisjuristerna AB, samt för de möjligheter han erbjudit mig, hans uppmuntran och stöd.

Tack till min bästa vän Sofia som allt sedan gymnasietiden har trott på mig och som jag har haft helt otroligt roligt med.

Ett tack förtjänar även min fina familj.

Sist men inte minst vill jag tacka min Aiden för att han alltid finns där och lyser upp tillvaron när saker och ting har känts lite motiga.

Jessica Nilsson
Lund
Februari 2011

Förkortningar

Barnkonventionen	Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter
BRIS	Barnens Rätt I Samhället
Bryssel II-förordningen	Rådets förordning (EG) nr 2201/2203 av den 27 november 2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar samt upphävande av förordning (EG) nr 1347/2000
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
Europakonventionen	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
Europarådskonventionen	1980 års Europarådskonvention om erkännande och verkställighet av avgöranden rörande vårdnad om barn samt om återställande av vård av barn.
FB	Föräldrabalken
FN	Förenta nationerna
Haagkonventionen	1980 års Haagkonvention om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn
HD	Högsta Domstolen
IÄL	Lag 1904:26 om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmyndarskap
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet
LVU	Lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av ung
NEVL	Lag (1977:595) om erkännande och verkställighet av nordiska domar på privaträttens område
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avd I
NÄF	Förordning (1931:429) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmyndarskap
Prop.	Proposition
RH	Rättsfall från hovrätterna
RMSÖ	Riksförbundet mot sexuella övergrepp på barn

SEVL	Lag (1936:79) om erkännande och verkställighet av dom som meddelats i Schweiz
SOU	Statens offentliga utredningar
SSKF	Sveriges socialdemokratiska kvinnoförbund
SvJT	Svensk Juristtidning
UD	Utrikesdepartementet
Verkställighetslagen	Lag (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och överflyttning av barn
ÄB	Ärvdabalken

1 Inledning

1.1 Syfte och frågeställningar

Uppsatsens rubrik speglar den frågeställning som jag ämnar söka besvara med denna uppsats. Mitt övergripande syfte med detta arbete är att studera utvalda fragment i begreppet barnets bästa och dess tillämpning i svensk rätt. Jag har valt att främst granska kontinuitetsprincipen och principen om barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar och deras betydelse och tillämpning i svensk rätt vid prövning av frågor gällande vårdnad och boende.

Kontinuitetsprincipen, principen om barnets behov av stabilitet och trygghet, är en av många principer som tillämpas vid prövning av vad som är till barnets bästa i mål om vårdnad, boende och umgänge. Ofta kan kontinuitetsprincipen komma att ställas emot andra principer, såväl lagfästa som icke lagfästa. Principen om barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna och kontinuitetsprincipen är två principer som ofta kommer i konflikt med varandra, domstolarna måste då göra en avvägning mellan principerna vid bedömning av vad som är bäst för barnet. En fråga som uppkommer i samband med detta är då vilken princip domstolen tenderar att lägga störst vikt vid i denna bedömning.

I min uppsats studerar jag även det interimistiska beslutets relation till kontinuitetsprincipen. Det kan i många fall förflyta tämligen lång tid mellan den muntliga förberedelsen, där domstolen ibland fattar ett interimistiskt beslut, fram till dess att det slutliga avgörandet skall tas. Jag ämnar av den orsaken undersöka i vilken utsträckning det interimistiska beslutet har någon styrande inverkan på det slutliga avgörandet.

För att uppnå mitt syfte har jag valt att använda mig av följande frågeställningar.

- Vad innebär barnets bästa?
- Vilken betydelse har kontinuitetsprincipen vid bedömning av vad som är barnets bästa vid prövning av frågor om vårdnad och boende?
- Vilken av de två principerna om behov av stabilitet och trygghet och barnets behov av en god och nära kontakt med båda föräldrarna tenderar att väga tyngst i rättspraxis?
- Vilken inverkan har ett interimistiskt beslut i frågan om kontinuitet och för det slutgiltiga avgörandet?

1.2 Avgränsning

Med anledning av den begränsade omfattningen av arbetet har jag valt att endast behandla rättsfall, från såväl hovrätter samt högsta domstolen, under perioden 1980 till 1998. I rättsfallen har frågan om vem av föräldrarna skall som skall anförtros ensam vårdnad prövats. Hade jag även behandlat rättsfall där endast frågan om barnets boende har prövats skulle materialet blivit allt för omfattande, vilket skulle få konsekvensen att det fanns mindre utrymme för att gå in på frågan på djupet.

Principen om barnets bästa består av många olika principer som väger tungt i bedömningen vid prövning av frågor gällande vårdnad, boende och umgänge. Vid min behandling av barnets bästa har jag emellertid valt att fokusera på de principer inom begreppet barnets bästa som jag anser relevant för att uppnå syftet med mitt arbete, då i synnerhet kontinuitetsprincipen och principen om barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar.

1.3 Metod och material

Jag har valt att använda mig av en rättsdogmatisk metod för att kunna besvara mina frågeställningar i detta arbete, då jag anser att det är den metod som är bäst lämpad för att besvara mina frågeställningar.

Den rättsdogmatiska metoden innebär att jag genom att studera befintliga rättskällor beskriver vad som är gällande rätt.

Den rättsdogmatiska metoden består av två olika perspektiv, *de lege lata* samt *de lege ferenda*. I den första deskriptiva delen av detta arbete kommer jag använda mig av ett *de lege lata* perspektiv, vilket innebär att jag beskriver gällande rätt. I den avslutande delen, analysdelen, använder jag mig till viss del av ett *de lege ferenda* perspektiv. Detta innebär en beskrivning av hur gällande rätt utifrån mitt perspektiv borde se ut.

Jag har använt mig av det material som används inom den rättsdogmatiska metoden, dvs. de befintliga rättskällorna. Detta omfattar lagtext, lagförarbeten, rättspraxis och doktrin. Rättspraxis är det material som behandlar kontinuitetsprincipen i störst utsträckning. Även förarbeten och doktrin i form av tidningsartiklar berör området något. I doktrin i form av juridisk litteratur är dock kontinuitetsprincipen föga behandlad.

1.4 Disposition

Arbetet består av två delar. En deskriptiv del där jag beskriver gällande rätt samt en analysdel, där jag med hjälp av det jag kommit fram till i den

deskriptiva delen skall försöka besvara de frågeställningar jag har formulerat.

Det första inledande kapitlet innehåller mitt syfte och mina frågeställningar, avgränsningar, metod och material samt disposition. I det andra kapitlet redogör jag för internationella dokument som är av betydelse för mina frågeställningar.

I mitt tredje kapitel behandlar jag begreppet barnets bästa där jag börjar med en historisk tillbakablick, för att sedan gå över till att beskriva gällande rätt avseende barnets bästa. Inom ramen för gällande rätt har jag sedan valt ut ett antal principer inom begreppet barnets bästa som jag anser är av betydelse för mitt arbete.

I kapitel fyra beskriver jag det interimistiska beslutets funktion samt beslutets möjliga inverkan på det slutliga avgörandet. Jag avslutar det fjärde kapitlet med att referera två rättsfall där frågan om det interimistiska beslutets betydelse är uppe för diskussion, direkt och indirekt.

I det femte kapitlet tar jag upp kontinuitetsprincipen i förhållande till barnets behov av umgänge vid olovligt bortförande. Jag inleder med att beskriva begreppet olovligt bortförande och dess innebörd för att sedan gå vidare till att skildra begreppet hemvist. Där redogör jag för hemvistets betydelse för domstolars behörighet. I nästa del redovisar jag i vilken mån det finns möjlighet till verkställighet och överlämnande då ett barn olovligen har förts till ett annat land. Liksom föregående kapitel så avslutar jag med att behandla rättsfall. I dessa rättsfall så görs en avvägning mellan behovet av kontinuitet och behovet av en god och nära kontakt med båda sina föräldrar.

I sjätte kapitlet behandlar jag kontinuitetsprincipen i förhållande till umgängessabotage. Inledningsvis redogör jag för barnets rätt till umgänge för att sedan behandla begreppet umgängessabotage samt dess innebörd. Likt de två föregående kapitlen så avslutas även detta kapitel med en genomgång av rättsfall, som just behandlar kontinuitetsprincipen och barnets rätt till umgänge och hur dessa kommer i konflikt med varandra och en avvägning mellan principerna görs.

Det sista, tillika sjunde, kapitlet är den analyserande delen. I denna avslutande delen ämnar jag knyta ihop säcken och söka besvara mina frågeställningar utifrån det jag redogjort för i den deskriptiva delen. Jag för även en slutlig diskussion där jag främst redogör för mina personliga reflektioner och synpunkter.

2 Internationella konventioner

2.1 FN:s barnkonvention

2.1.1 Inledning

Den 20 november 1989 antog FN:s generalförsamling konventionen om barnets rättigheter, barnkonventionen. Sverige ratificerade konventionen utan några reservationer den 21 juni 1990 och konventionen kom att gälla i förhållande till Sverige från den 2 september 1990.¹ Genom ratificeringen åtog sig Sverige en internationellt folkrättslig förpliktelse att efterkomma barnkonventionens bestämmelser.² Riksdagen fastslog i samband med ratificeringen av konventionen att tillträdet av densamma ej föranledde några ändringar i svensk lagstiftning. Det ansågs vid tillfället vara så att svensk lagstiftning och praxis överensstämde med konventionens anda och bestämmelser. Det ansågs dock osäkert huruvida svensk lagstiftning och praxis i alla detaljer stämde överens med konventionens krav.³

Barnkonventionens grundläggande syfte är att det enskilda barnet skall få sina rättigheter och behov tillgodosedda, såväl medborgerliga, politiska, ekonomiska som sociala och kulturella rättigheter. Konventionen intar ett tydligt barnperspektiv, vilket innebär att det är barnets rättigheter och behov och inte föräldrarnas rättigheter som skall sättas i främsta rummet.⁴

Konventionen har varit föremål för många diskussioner för att söka utreda hur vi i Sverige skall kunna leva upp till konventionens bestämmelser. År 1995 avslog riksdagen förslaget att inkorporera barnkonventionen i svensk rätt, d.v.s. att göra konventionen till svensk lag. Riksdagen framförde emellertid att regeringen borde se över svensk lagstiftning och praxis på de berörda områdena för att undersöka huruvida svensk rätt överensstämmer med barnkonventionen och dess bestämmelser.⁵ År 1996 beslutade sig riksdagen för att tillsätta en parlamentarisk kommitté som fick i uppdrag att söka klarlägga om, och i så fall hur, barnkonventionens andemening kommer till uttryck i svensk lagstiftning.⁶ Kommitténs uppdrag bestod vidare i att skapa större klarhet och en större samsyn vad gäller innebörden av begreppet "barnets bästa" i Barnkonventionen och svensk rätt, samt i detta samband särskilt analysera eventuella målkonflikter.⁷

¹ SOU 1997:116 s. 15.

² SOU 1997:116 s. 45.

³ SOU 1997:116 s. 45f.

⁴ SOU 1997:116 s. 53f.

⁵ SOU 1997:116 s. 15.

⁶ SOU 1997:116 s. 46f.

⁷ SOU 1997:116 s. 46.

I barnkonventionen finns fyra grundläggande principer vilka skall verka styrande i tolkningen av de övriga artiklarna i konventionen. Principerna har emellertid även en självständig betydelse. Dessa principer är följande:

- förbud mot diskriminering (artikel 2),
- barnets bästa (artikel 3),
- rätten till liv och utveckling (artikel 6) samt
- rätten att uttrycka sina åsikter (artikel 12).⁸

2.1.2 Barnets bästa i barnkonventionen

Barnkonventionens grundsyn är att alla beslut, samt åtgärder, som rör barnet skall ha ett tydligt barnperspektiv. Den grundläggande principen i barnkonventionen är principen om barnets bästa, vilken man finner i konventionens artikel 3. Denna artikel är en portalparagraf.⁹ Att artikel 3 är en portalparagraf innebär att barnets bästa är ett av flera väsentliga och erforderliga intressen att ta i beaktande. Barnets bästa är således inte det enda överordnade målet och inte heller det som skall vara ensamt avgörande i alla situationer. Man vill försäkra sig om att det finns en flexibilitet i användandet av begreppet och att andra intressen ibland skall kunna vägas emot barnets intresse.¹⁰ Artikel 3 stadgar att barnets bästa skall komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn. Principen gäller för beslut och åtgärder från såväl offentliga organ, privata sociala välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter som lagstiftande organ.¹¹ Barnets bästa måste alltid beaktas i alla beslutsfattanden. Detta innebär inte att barnets bästa alltid skall vara det utslagsgivande intresset, men barnets bästa skall alltid ha funnits med i avvägningen. För det fall ett annat intresse än barnets bästa skall anses väga tyngre skall den beslutsfattande myndigheten visa att en sammanvägning av väsentliga intressen har beaktats i bedömningen. Besluten måste innehålla ett barnperspektiv och beslutande myndighet bör i beslutsprocessen redovisa för hur barnets bästa har beaktats i processen.¹²

Arbetsgruppen som utarbetade barnkonvention diskuterade huruvida de uttryckligen skulle precisera begreppet barnets bästa i konventionstexten och om räckvidden i artikel 3 skulle begränsas. Detta avvisades emellertid just för att begreppet skulle vara tillämpligt inom alla områden.¹³ Barnets bästa är en generell och övergripande princip som med anledning av möjlighet till flexibilitet ej har givits en precis definition. Barnets bästa kan variera mellan olika länder, samhällen och beroende på omständigheterna, vilket innebär att det torde vara svårt att ge begreppet en tydlig definition.¹⁴

⁸ Prop. 1997/98:182 s. 9.

⁹ Sjösten, 2009 s. 38, samt SOU 1997:116 s. 126.

¹⁰ SOU 1997:116 s. 127.

¹¹ Sjösten, 2009, s. 38, samt SOU 1997:116 s. 126.

¹² Prop. 1997/98:182 s. 13.

¹³ SOU 1997:116 s. 127.

¹⁴ Rejmer, 2003, s. 121.

Det är inte första gången som principen används i internationella dokument. Principen har använts långt tillbaka i tiden och begreppet har använts i ett flertal dokument.¹⁵ Barnets bästa har även innan begreppet började användas i internationella dokument använts inom nationell lagstiftnings¹⁶ inom familjerättsliga system, vilket är det väsentliga skälet till att begreppet efter hand har utvecklats i internationell rätt. Den stora skillnaden mellan nationell lagstiftning och barnkonventionen är dock att barnkonventionen använder begreppet barnets bästa i en bredare omfattning. Begreppet omfattar i barnkonventionen inte endast det familjerättsliga området, utan alla områden där det kan tänkas att det tas beslut och vidtas åtgärder som rör barn.¹⁷ Vidare är skillnaden mellan begreppets användning i barnkonventionen, i förhållande till andra internationella dokument, att barnkonventionen behandlar barnet som ett subjekt med rättigheter, medan barnet i tidigare internationella dokument ses mer som ett objekt och barnets bästa sätts i relation till någonting annat eller någon annan.¹⁸

2.1.3 Barnets rätt till sina föräldrar

Liksom svensk lagstiftning tillskriver Barnkonventionen barn rätten till en nära och god kontakt samt omvårdnad av båda sina föräldrar.¹⁹ Barnets rätt till sina föräldrar och deras omsorg är en betydelsefull princip i barnkonventionen. Principen kommer till uttryck i olika artiklar i konventionen. Artikel 7 i konventionen stadgar bland annat att barnet skall ha rätt att så långt det är möjligt få vetskap om sina föräldrar och bli omvårdad av dem. Artikel 9 punkten 1 behandlar barnets rätt att mot dess vilja inte bli skild från sina föräldrar, såvida det inte föreligger omständigheter som innebär att berörda myndigheter med tillämplig lag och tillämpliga förfaranden anser att ett sådant avskiljande är nödvändigt för att säkerställa barnets bästa. I artikel 10, som hänvisar till artikel 9 punkt 1, behandlas frågan om hur konventionsstaterna skall förfara vid ansökningar om inresa eller utresa ur en stat för familjeåterförening. Enligt artikel 10 skall en sådan ansökan hanteras på ett positivt, humant och skyndsamt sätt.²⁰ Barnets rätt till sina föräldrar skall ses i ljuset av principen om barnets bästa. Barnets rätt till umgänge med sina föräldrar gäller enligt konventionen även i fall då barnets förälder t.ex. befinner sig i fängelse.²¹ Det är emellertid inte alltid till barnets bästa att umgås eller ha kontakt med en förälder. Situationer då det kan vara bäst för barnet att något umgänge, eller ett begränsat sådant, äger rum kommer redovisas för i kapitel 6.1.1.

¹⁵ SOU 1997:116 s. 126.

¹⁶ Länder som t.ex. Canada, Frankrike, Indien, Sverige och Zimbabwe.

¹⁷ SOU 1997:116 s. 126.

¹⁸ Jfr konventionen om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor se. SOU 1997:116 s. 127.

¹⁹ Prop. 1997/98:182 s. 74.

²⁰ SOU 1996:115 s. 86f.

²¹ Prop. 1997/98:182 s. 74.

2.1.4 Olovligt bortförande av barn

Artikel 11 i barnkonventionen ålägger konventionsstaterna ett ansvar att vidta åtgärder för att förhindra olovligt bortförande och kvarhållande av barn i utlandet, d.v.s. i annat land än barnets hemvistland. Bestämmelsen blir även aktuell när barn olovligen bortförs till eller hålls kvar i Sverige. Konventionsstaterna skall med anledning härav främja ingåendet av bilaterala eller multilaterala överenskommelser eller anslutning till befintliga överenskommelser.²² Sverige har vidtagit sådana åtgärder genom att bl.a. ansluta sig till 1980 års Haagkonventionen om de civila aspekterna på internationella bortförande av barn, Haagkonventionen samt Europarådskonventionen om erkännande och verkställighet av avgöranden rörande vårdnad om barn samt återställande av vård av barn, Europarådskonventionen.²³

2.2 Europarådskonventionen och Haagkonventionen

2.2.1 Inledning

Både Europarådskonventionen och Haagkonventionen har till syfte att återföra bortförda eller kvarhållna barn, om än med olika metoder.²⁴ Enligt både Europarådskonvention och Haagkonventionen skall samtliga fördragsslutande stater utse en myndighet med administrativ karaktär som skall ombesörja bl.a. information till befolkningen, mottagande av ansökningar, utbyte av upplysningar samt assistans med att leta reda på var barnet befinner sig. I Sverige är det utrikesdepartementet som har tilldelats den uppgiften. Haagkonventionen har tillsammans med europarådskonventionen införlivats i svensk rätt genom lag (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn.²⁵

2.2.2 Europarådskonventionen

Den 1 juli 1989 ratificerades Europarådskonventionen av Sverige. Europarådskonventionen har likt Haagkonventionen till syfte att komma till rätta med problematiken som uppkommer när en förälder olovligen bortför eller kvarhåller ett barn. I vissa fall kräver Europarådskonventionen att det

²² Prop. 1997/98:182 s. 51.

²³ Prop. 1997/98:182 s. 52.

²⁴ Bogdan m.fl., 1991, s. 21.

²⁵ Prop. 1997/98:182 s. 52.

fastställs att ett bortförande eller kvarhållande är olovligt. Ett sådant beslut kan fattas av tingsrätten, då vanligen Stockholms tingsrätt.²⁶

I konventionens 7 artikel stadgas att ett avgörande avseende vårdnad om barn som meddelats i annan fördragsslutande stat skall erkännas och, om det är verkställbart i ursprungslandet, verkställas även i fördragsslutande stat som barnet förts bort till. För det fall det inte skulle finnas ett verkställbart avgörande så skall konventionen tillämpas på varje senare beslut som förklarar bortförandet olagligt. Detta är dock inga huvudprinciper utan undantag. I artikel 8-10 stadgas undantag som dämpar huvudprinciperna.

Artikel 8 behandlar situationen där barnet och föräldrarna hade medborgarskap endast i den stat där beslutet meddelats, samt då barnet dessutom hade sitt hemvist i staten där beslutet meddelades. I dessa fall skall mottagarstaten omedelbart vidta åtgärder för att barnet skall återlämnas om begäran om återställande har inkommit inom 6 månader från det att barnet bortfördes.

Artikel 9 reglerar situationen där de föreskrivna villkoren i artikel 8 rörande medborgarskap och hemvist ej är uppfyllda. Även i dessa fall skall åtgärder vidtas för att barnet skall återlämnas om ansökan inkommit inom sex månader från det olovliga bortförandet. Återställande kan emellertid vägras på vissa formella grunder, såsom när beslutet fattats i svarandens eller den lagliga företrädarens frånvaro, utan att denne blivit delgiven genom laga ordning i tillräcklig tid för att upprätta ett svaromål. Det blir dock inte någon omprövning av frågan i sak.

I artikel 10 stadgas de förhållanden där ansökan om återställande har inkommit senare än sex månader efter det olovliga bortförandet. Ett återlämnande kan i dessa fall vägras på materiella grunder. Materiella grunder som kan leda till att återlämnande vägras är exempelvis om ett återlämnande skulle vara oförenligt med mottagarlandets lagar om familj och barn. Ett återlämnande kan även vägras om det med hänsyn till exempelvis förfluten tid, att barnet har funnit sig till rätta m.m., skulle kunna innebära att ett återlämnande ej är till barnets bästa. Återlämnande kan även vägras i fall då barnet vid tiden för talans väckande i ursprungslandet var medborgare i mottagarlandet eller hade sitt hemvist där och ej har någon direkt anknytning till ursprungslandet.

Artikel 17 i konventionen innehåller dock en möjlighet för fördragsslutande stater att införa reservationer för de fall som regleras i artikel 8 och 9. En stat kan utnyttja denna möjlighet till att vägra återlämnande på grunder som stadgas i artikel 10. Sverige är ett av de länder som utnyttjat denna möjlighet. Konsekvensen av detta är att kidnappade barn som förts till Sverige ej kan återlämnas utan viss prövning av vårdnaden i sak. Med anledning av reciprocitetsregeln i artikel 17(2) innebär det också att barn

²⁶ 19 § verkställighetslagen.

som förs från Sverige till annan fördragsslutande stat inte kan återföras hit utan att mottagarstaten gör en motsvarande prövning i sak.²⁷

2.2.3 Haagkonventionen

Sverige är ett av de länder som har anslutit sig till 1980 års Haagkonvention om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn, Haagkonventionen. Syftet med konventionen är att motverka gränsöverskridande olovliga bortföranden och kvarhållanden av barn och på så sätt ge barnet ett skydd mot de menliga effekter ett bortförande eller kvarhållande kan leda till. Konventionen gör det möjligt för de anslutna staterna att återföra barn som bortförts eller kvarhållits till dess hemvistland. Konventionens syfte är också att säkerställa och skydda rätten till umgänge.²⁸

Haagkonventionen bygger på att de anslutna staterna har ett väl fungerande ömsesidigt samarbete mellan sig och deras myndigheter. Det krävs nämligen att staterna för att kunna säkerställa en snabb återföring av barnet respekterar varandras avgöranden vad gäller vårdnad, boende och umgänge. Myndigheterna i respektive stat måste samarbeta för att säkerställa ett säkert och tryggt återförande av barnet.²⁹

Enligt artikel 12 i konventionen skall ett barn omedelbart återlämnas om det olovligen förts bort eller kvarhållits, förutsatt att förfarandet inleds inom ett år från det att barnet olovligen fördes bort eller hölls kvar. Överlämnande skall emellertid även ske efter att ett år förflutit, förutsatt att barnet inte har stadgat sig i den nya miljön. Återlämnande kan enligt konventionen också vägras om det skulle föreligga en risk att barnets psykiska eller fysiska hälsa skulle skadas eller på annat sätt försätta barnet i en icke acceptabel situation.³⁰ Överlämnande kan även vägras om det i den anmodade staten inte skulle vara tillåtet med hänsyn till de grundläggande principerna om skyddet för de mänskliga rättigheterna och friheterna.³¹ Då Haagkonventionen, till skillnad från Europarådskonventionen, inte tillåter några reservationer vad gäller de centrala stadgandena, är den ur svensk synvinkel mer långtgående än Europarådskonventionen.³² Haagkonventionen sträcker sig, till skillnad mot Europarådskonventionen, emellertid inte till erkännande av vårdnadsavgöranden som meddelats i ursprungsstaten.³³

²⁷ Bogdan, m.fl., 1991 s. 21f.

²⁸ Prop. 1997/98:182 s. 52.

²⁹ Prop. 1997/98:182 s. 52.

³⁰ Artikel 13 Haagkonventionen.

³¹ Artikel 20 Haagkonventionen.

³² Bogdan, mfl., 1991 s. 23.

³³ Bogdan, m.fl., 1991 s. 23.

2.3 Europakonventionen

2.3.1 Inledning

Europakonventionen, EKMR, ratificerades av Sverige år 1953. Sverige ansåg att en ratificering av konventionen var tillräckligt för att införliva de grundläggande fri- och rättigheter, som konventionen tillförsäkrar, i svensk rätt. Sverige kom emellertid att fällas för flera brott mot EKMR under 70- och 80-talen.³⁴ Med anledning av detta tillsattes i början av 90-talet en fri- och rättighetskommitté som föreslog att EKMR skulle inkorporeras i svensk rätt. EKMR inkorporerades genom Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna och trädde ikraft den 1 juli 1995. Konventionen blev därmed direkt tillämplig i svensk rätt.³⁵

2.3.2 Rätten till umgänge

I artikel 8 i Europakonventionen stadgas barnets och en icke vårdnadshavares rätt till umgänge med varandra. För det fall det skulle föreligga skäl till att begränsa eller utesluta umgängesrätten får barnets och förälderns intresse vägas mot varandra. Det skall även göras en bedömning om åtgärden att utesluta eller begränsa umgängesrätten kan anses proportionerlig i det aktuella fallet.³⁶

³⁴ SOU 1993:40 s 17.

³⁵ SOU 1993:40 s 125.

³⁶ Artikel 8, EKMR samt Saldeen, 2009, s. 222.

3 Barnets bästa i svensk rätt

3.1 Historik

Begreppet barnets bästa är långt ifrån ett nytt fenomen. Redan i början av 1900-talet fanns ett likartat begrepp, *barnets välfärd*, upptaget i den då gällande ärvdabalken i 1734 års lag. I kap. 20 ÄB i 1734 års lag reglerades bland annat vem av föräldrarna som skulle få behålla barnet vid en äktenskapsskillnad eller dödsfall. Principen fördes senare över från ärvdabalken till 1920 års lag om barn i äktenskap och fördes senare över till föräldrabalken vid dess tillkomst år 1950.³⁷ Principen om barnets bästa är som sagt ingen ny företeelse. Principen gick att finna i svensk rätt även långt innan barnkonventionen ratificerades i Sverige.³⁸

Genom 1998 års vårdnadsreform infördes portalparagrafen om barnets bästa i 6 kap. 2 a § FB. Bestämmelsen betonar att barnets bästa är den grundläggande principen för frågor kring vårdnad, boende och umgänge och de mer konkreta reglerna i FB har sitt grundval i denna princip.³⁹ Införandet av en bestämmelse som uttryckligen anger att barnets bästa skall vara avgörande innebar inte någon förändring i gällande rätt, men bestämmelsen medförde en tydligare markering av principens betydelse. Bestämmelsen innebar även en ökad överensstämmelse mellan svensk lagstiftning och barnkonventionen.⁴⁰

3.2 Gällande rätt

3.2.1 Inledning

Barnets bästa kommer traditionellt till uttryck i lagstiftning som reglerar frågor om barn, i huvudsak frågor om vårdnad, boende, umgänge, adoption, men även i namnlagen, socialtjänstlagen samt utlänningslagen framhålls barnets bästa. I lagen om särskilda bestämmelser om vård av unga (LVU) nämns ej principen om barnets bästa uttryckligen, men är underförstådd då lagen anger att vård skall beslutas om det finns en påtaglig risk för att den unges hälsa eller utveckling skadas.⁴¹ Även i andra bestämmelser är principen om barnets bästa vägledande utan att uttryckligen anges, exempelvis i reglerna om barn och ungdomar i brottmålsprocessen.⁴²

³⁷ Ewerlöf, Sverne, Singer, 2004, förord samt s. 15f.

³⁸ Prop. 1997/98:182 s. 14.

³⁹ Prop. 2005/06:99 s. 39.

⁴⁰ SOU 2005:43 s. 101.

⁴¹ 2 § LVU.

⁴² Prop. 1997/98:182 s. 14.

Barnets bästa skall vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge. Vid bedömningen av vad som är till barnets bästa skall fästas särskilt avseende vid om det föreligger en risk att barnet far illa, någon annan i familjen utsätts för övergrepp, att det föreligger en risk att barnet olovligt bortförs eller kvarhålls, samt barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar.⁴³ Såväl barnets fysiska som psykiska välbefinnande och utveckling skall tas hänsyn till vid bedömningen av barnets bästa. I den mån det är möjligt skall både kortsiktiga och långsiktiga effekter tas i beaktning.⁴⁴

Efter införandet av 1998 års reform anses gemensam vårdnad vanligen vara till barnets bästa. Om föräldrarna når en överenskommelse om en lösning avseende vårdnaden, boendet eller umgänget, anses i allmänhet en sådan överenskommelse vara till barnets bästa. Om barnet står under vårdnad av endast en förälder och de önskar ha gemensam vårdnad, skall rätten förordna i enlighet med deras begäran om det inte uppenbart skulle strida mot barnets bästa, 6 kap. 4 § FB. Föräldrarna kan även upprätta ett avtal om gemensam vårdnad i enlighet med 6 kap. 6 § FB. För att ett sådant avtal skall ha rättskraft skall socialnämnden godkänna avtalet. Socialnämnden skall godkänna avtalet såvida det inte är uppenbart stridande mot barnets bästa. De kan även avtala om att en gemensam vårdnad skall upphöra och att endast ena föräldern skall ha vårdnaden om barnet. Socialnämnden godkänner i de flesta fall avtal där föräldrarna är överens.⁴⁵

Att barnets bästa skall vara avgörande innebär bland annat att man skall inta ett barnperspektiv. Barnperspektivet innebär en respekt för barnets fulla människovärde och integritet. Att inta ett barnperspektiv i frågor samt beslut som rör barn innebär att man försöker utröna och förstå barnets uppfattning av situationen och eventuella förändringar som kan uppstå. Man skall lyssna på barnet och individualisera barnet istället för att objektifiera det. I barnperspektivet ingår även att göra en analys över de följder som kan uppstå för barnet vid olika beslut. Då det är den vuxne som fattar besluten är det den vuxne som utifrån sina kunskaper och erfarenheter får avgöra vad som är till barnets bästa.⁴⁶ Barnets bästa är en allmän utgångspunkt. Trots detta riktar sig reglerna i FB ofta till föräldrarna och bildar en grund för deras rättigheter.⁴⁷ Det är mycket viktigt att förstå att frågan om vårdnad, boende och umgänge inte handlar om någon rättvisa mellan föräldrarna utan att det är barnets intressen som är det essentiella.⁴⁸ Det har emellertid riktats kritik mot domstolar och socialnämnder angående att det i större utsträckning är föräldrarnas intressen som tillgodoses och inte barnets.⁴⁹

⁴³ 6 kap. 2 a § FB.

⁴⁴ Prop. 2005/06:99 s. 40.

⁴⁵ Ewerlöf, Sverne, Singer, 2004, s. 76f.

⁴⁶ Prop. 1997/98:182 s. 14.

⁴⁷ Ryrstedt, SvJT 2009 s 822.

⁴⁸ Prop. 2005/06:99 s. 39.

⁴⁹ Prop. 2005/06:99 s. 113.

3.2.2 Begreppets betydelse

Som ovan nämnts så skall enligt 6 kap. 2 a § FB, barnets bästa vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge. Enligt bestämmelsen skall även hänsyn tas till barnets vilja med beaktande av dess ålder och mognad. Det anges inte uttryckligen i 6 kap. FB vad som avses med barnets bästa. Lagstiftaren har inte ansett det möjligt att i lagtexten detaljerat ange vad som utgör barnets bästa då detta skulle medföra en risk att flexibiliteten i de enskilda fallen skulle reduceras.⁵⁰ Någon enhetlig uppfattning eller definition av vad som är barnets bästa finns inte. Begreppets innebörd är föremål för olika uppfattningar, åsikter och intressekonflikter.⁵¹ Hur vi uppfattar barnets behov är även något som förändras i takt med tiden genom att vi får större kunskap, genom mer forskning samt nya samhällsvärderingar. Det faktum att alla barn har olika behov gör att barnets bästa är i behov av flexibilitet och innebär att bedömningen av barns bästa inte kan ske slentrianmässigt.⁵² Inte heller barnkonventionen ger oss någon definition av begreppet barnets bästa.⁵³

Lagtexten nämner dock vissa omständigheter som skall tas i beaktande vid prövningen om vad som är barnets bästa. 6 kap. 1 § FB ger oss en uppräkningslista av barnets grundläggande behov. I bestämmelsen stadgas att barnet har rätt till omvårdnad, trygghet och en god fostran samt att barnet skall behandlas med aktning för sin person och egenart och inte får utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling. Det skall även enligt 6 kap. 2 a § fästas särskilt avseende vid risken för att barnet eller någon annan i familjen utsätts för övergrepp, eller att barnet olovligen förs bort eller hålls kvar eller annars far illa samt barnets behov av en nära och god kontakt med föräldrarna.⁵⁴ Syftet med att uttryckligen nämna vissa förhållanden i lagtexten som skall beaktas vid en bedömning av vad som är till barnets bästa är att dessa omständigheter ej skall förglömmas och att det är omständigheter som särskilt skall fästas avseende vid. Det kan dock finnas andra faktorer i det enskilda fallet som kan ha större betydelse vid en bedömning.⁵⁵ För att undvika risken att principen om barnets bästa används allt för slentrianmässigt, är det viktigt att domstolar och socialnämnder i det enskilda fallet tydligt redovisar och för ett uttryckligt resonemang kring de omständigheter som har beaktats samt varit avgörande, vid bedömningen av vad som är till barnets bästa.⁵⁶

Innehållet i barnets bästa fastställs i tillämpningen. Detta innebär att det har lämnats till socialtjänstens utredare och domstolens ledamöter att konkretisera begreppets innebörd. Deras bedömningar, uppfattningar, antaganden och kunskaper kommer att utgöra basen för vad som anses vara

⁵⁰ Sjösten, 2009, s. 39, jfr SOU 2005:43 s.478.

⁵¹ SOU 2005:43 s. 105.

⁵² SOU 1997:116 s. 131.

⁵³ SOU 2005:43 s. 478.

⁵⁴ Sjösten, 2009, s. 39, jfr SOU 2005:43 s.478.

⁵⁵ SOU 1997:116 s. 131.

⁵⁶ Prop. 2005/06:99 s. 40.

till barnets bästa i en tvist om vårdnad, boende eller umgänge.⁵⁷ Socialtjänstens utredning är ett viktigt underlag för domstolarnas beslutsunderlag. Det är normalt i dessa som barnen kommer till uttryck. Det har dock riktats kritik mot att utredningarna brister i såväl kvalitet som objektivitet och skicklighet, i synnerhet när utredaren gjort ett ställningstagande.⁵⁸ Detta är enligt min mening mycket beklagligt.

3.2.3 Tillämpningen av begreppet barnets bästa

I en enkätundersökning av Annika Rejmer från år 1996/1997 uppger 50 % av domarna som svarat på en enkät presenterad i hennes avhandling, att de anser att begreppet barnets bästa är otillräckligt definierat. De professionella aktörerna⁵⁹ ombads även definiera begreppet barnets bästa. Deras definitioner överensstämde i stort med de principer som går att finna i FB:s bestämmelser, förarbeten samt rättspraxis.⁶⁰

Det individuella barnets bästa skall bedömas genom kunskap om det enskilda barnet och det skall vara kunskap grundad på vetenskap och vedertagen erfarenhet i förening.⁶¹ I en dokumentanalys av Annika Rejmer avseende tingsrättsakter, innehållande bland annat vårdnadsutredningar och domar, går det att utläsa att i de mål som avgjorts genom huvudförhandling har barnet i regel behandlats schablonmässigt i handläggningen. Informationen om barnet begränsar sig som oftast till namn, ålder, kön och eventuella citat från vårdnadsutredningen. Bristen på information leder till att det inte är möjligt att bedöma det enskilda barnets bästa.⁶² Ewerlöf, Sverne och Singer har även de uppmärksammat denna problematik. De har i praxis sett att domstolen ofta använder vissa principer som generella presumtioner för vad som är till barnets bästa. Detta kan innebära att det finns en risk att man bortser från viktiga faktorer i det enskilda fallet som i sin tur kan leda till att det slutliga avgörandet inte är till det enskilda barnets bästa.⁶³ Barnets bästa bedöms framför allt ett ur objektiva perspektiv och den vetenskapliga och vedertagna kunskap som tillämpas är framför allt hämtad från bestämmelserna i FB, förarbeten och rättspraxis. 100 % av domarna som deltagit i Rejmers enkätundersökningen instämmer i att FB styr deras handläggning helt eller delvis.⁶⁴

Frågan om barnets bästa diskuteras även av Eva Ryrstedt i en studie. I studien är frågan om barnets bästa och vilja i fokus. Ryrstedt framför att det i ett par av domarna synes ha lagts stor vikt vid generella utgångspunkter, vilket har lett till brister i den individuella prövningen.⁶⁵

⁵⁷ Rejmer, 2003, s.124.

⁵⁸ Ryrstedt, SvJT 2009 s. 1019.

⁵⁹ Socialsekreterare, advokater och domare.

⁶⁰ Rejmer, 2003, s. 124.

⁶¹ Rejmer, 2003, s. 125.

⁶² Rejmer, 2003, s. 128.

⁶³ Ewerlöf, Sverne, Singer, 2004, s. 79.

⁶⁴ Rejmer, 2003, s. 129.

⁶⁵ Ryrstedt, SvJT 2009 s. 1023.

3.2.4 Principer inom barnets bästa

3.2.4.1 Vårdnadshavares lämplighet

Barnets vårdnadshavare ansvarar för barnets personliga förhållanden och har till uppgift att tillgodose barnets behov av omvårdnad, trygghet och en god fostran. Vårdnadshavare skall även utöva tillsyn över barnet med beaktande av barnets ålder, utveckling och övriga omständigheter, samt att de skall tillvarata barnets intresse att få adekvat försörjning och utbildning. I vårdnadshavarens ansvar ligger även att ansvara för att barnet ej orsakar annan skada.⁶⁶ Barn skall även behandlas med aktning för sin person och egenart och får inte utsättas för bestraffning eller annan kränkande behandling.⁶⁷ Barns behov av omvårdnad och skydd innefattar såväl de mest elementära behoven, såsom god kost, kläder, bostad, omvårdnad vid sjukdom m.m., d.v.s. säkerställa barnets överlevnad och utvecklande. Vårdnadshavaren har även att sörja för barnets trygghet, kärlek, känsla av att behövas samt ett stabilt förhållande till båda sina föräldrar.⁶⁸

Det är alla barns absoluta rättighet att under inga förhållanden utsättas för våld, övergrepp eller annan kränkande behandling. Det finns inget intresse som kan väga tyngre än denna rättighet. Det är framför allt våld eller kränkande behandling gentemot barnet som tas fasta på. Våld mot annan medlem i familjen kan dock även ha stor betydelse. Det är styrkt att ett barns bevittnande av våld i hemmet kan innebära en jämförlig risk för barnets psykiska hälsa som när barnet själv har blivit utsatt för övergrepp. Barnet känner även ofta en skuld då barnet ej kan ingripa och kan också ha en oro att själv bli utsatt för övergrepp.⁶⁹ Risken att barnet skall fara illa är en av de principer som enligt lagen skall beaktas särskilt.⁷⁰ För det fall barnet eller någon annan i familjen utsätts för våld eller annan kränkande behandling så är det i de flesta fall till barnets bästa att den förälder som utsätter någon för övergrepp ej får ta del i vårdnaden. Även omständigheter såsom tidigare övergrepp, hot om övergrepp, allmän attityd till våld, missbruksproblem eller psykisk sjukdom kan inverka på bedömningen.⁷¹

3.2.4.2 Kontinuitetsprincipen

Principer om barnets bästa har även utvecklats genom domstolarnas praxis och det har då även utvecklats vissa presumtioner. En sådan presumtion är att det är till ett barns bästa att inte utsättas för omställningar, med mindre

⁶⁶ Prop. 2005/05:99 s.35.

⁶⁷ Prop. 2005/06:99 s. 41.

⁶⁸ SOU 2005:43 s. 103.

⁶⁹ Prop. 2005/06:99 s. 42.

⁷⁰ 6 kap. 1 § FB.

⁷¹ Prop. 2005/06:99 s.42.

att det finns omständigheter som talar för det. Detta är den så kallade kontinuitetsprincipen, även kallad status-quo-principen.⁷²

Kontinuitetsprincipen bygger på tanken att det bör undvikas att flytta barnet från dess invanda miljö eller i övrigt rubba en fungerande ordning.⁷³ Barnets behov av stabilitet och kontinuitet är en princip som traditionellt sett har uppfattats som ett viktigt moment vid bedömningen av vad som är till barnets bästa. Det har ansetts finnas risker med att ta barnet från sin invanda miljö och sin huvudsakliga omvårdare.⁷⁴ Barnets behov av stabilitet och kontinuitet är vid bedömningen av barnets bästa en mycket vanligt förekommande presumtion och har, i vart fall tidigare, varit den mest tillämpade presumtionen vid tolkningen av barnets bästa.⁷⁵

Ett barn behöver enligt förarbetena kontinuitet och förutsägbarhet. Barnet behöver en relation till människor som är mottagliga för barnets signaler och barnet har ett behov att denna relation ej avbryts plötsligt eller upprepat.⁷⁶ Kontinuitetsprincipen innebär bland annat att ett barn skall fortsätta att bo hos den förälder som den tidigare bott hos. Som grund till kontinuitetsprincipen ligger idén om att en förflyttning av ett barn till en annan miljö kan inverka negativt på barnet och vara till skada för barnets utveckling och att ett barn därför inte i onödan skall skiljas från sin invanda och trygga miljö.⁷⁷ Vad gäller de små barnen, barn under två till tre år, så har de en bristande förmåga att hålla fast minnesbilder vilket innebär att en upprepad avbruten kontakt med föräldern som barnet bor tillsammans med kan få en stor psykisk påverkan för barnet. Detta gäller i synnerhet de små barn som har haft en begränsad kontakt med den förälder barnet ej bor tillsammans med.⁷⁸

I en analys av 114 vårdnadsfall från 16 olika tingsrätter under perioden 1993/94 var den vanligaste förekommande motiveringen av vårdnadsbeslutet kontinuitetsprincipen. I 2/3 av de undersökta domarna motiverades beslutet av barnets behov av stabilitet och trygghet.⁷⁹ Det är dock tämligen ovanligt att man åberopar kontinuitetsprincipen till stöd för sin talan, i vart fall uttryckligen. Av 249 domar avseende vårdnad, boende och umgänge från första halvåret 2002, så hade modern åberopat kontinuitetsprincipen till stöd för sin talan i 29 fall. Fadern hade inte i något fall åberopat kontinuitetsprincipen till stöd för sin talan.⁸⁰

⁷² Rejmer, 2003, s. 123.

⁷³ SOU 2005:43 s. 273.

⁷⁴ Schiratzki, 1997, s. 238.

⁷⁵ Schiratzki, 2008, s. 92.

⁷⁶ SOU 2005:43 s. 103.

⁷⁷ Sjösten, 2009, s. 59.

⁷⁸ SOU 2005:43 s. 520f.

⁷⁹ Rejmer, SvJT 2002 s. 139 samt 148f.

⁸⁰ SOU 2005:43 s.739 samt 745f.

3.2.4.3 Barnets behov av en god och nära kontakt med båda föräldrarna

I 6 kap. 2 a § anges att det vid bedömningen av vad som är till barnets bästa skall fästas särskilt avseende vid barnets behov av en god och nära kontakt med båda sina föräldrar samt att barnet har en god relation till båda sina föräldrar. Lagstiftaren har genom att införa barnets behov av umgänge i lagen velat understryka att båda föräldrarna har en viktig del i barnets utveckling och välbefinnande.⁸¹ Inom beteendevetenskapen råder stor enighet att barnet har ett behov av en relation till båda sina föräldrar trots att föräldrarna är i konflikt med varandra.⁸² Forskningsmässigt råder det även enighet om att barnets relation till föräldrarna är ett av barnets mest fundamentala behov. Barnet har ett behov av att känna sig älskat och uppskattat av sina föräldrar.⁸³ Under barnets olika faser i livet och i takt med barnets utveckling kan barnets föräldrar stå olika nära och fylla olika behov. En bristfällig kontakt med någon av föräldrarna kan leda till en försämring av barnets utveckling.⁸⁴ Ett avbrott i kontakten med en förälder kan innebära stora påfrestningar för barnet, då det kan få barnet att känna sig övergivet, vilket kan medföra att barnet förlorar sin trygghetskänsla.⁸⁵ Undersökningar har visat att barn som har en ringa kontakt med en förälder visar tendenser att skapa en negativ eller bristfällig bild av densamma. Identifieringen mellan barnet och förälder kan försvåras och leda till att barnets självkänsla undergrävs.⁸⁶ Barnet måste ha rätt att få älska båda sina föräldrar även då det råder en konflikt mellan föräldrarna. Ett barn som tvings ta avstånd från en förälder kan komma att förneka en bit av sig själv.⁸⁷ Barnets behov av ett stabilt och en varaktig relation är ett grundläggande behov som barnet har en rätt att få tillgodosett.⁸⁸ Det är även av stor vikt att föräldrarna inser och har förståelse för att barnet känner lojalitet och samhörighet med båda sina föräldrar även vid en konflikt föräldrarna emellan.⁸⁹ Det är emellertid inte i alla situationer till barnets bästa att umgås eller ha kontakt med den förälder barnet ej bor tillsammans med. Omständigheter som kan leda till att umgänge ej skall fastställas eller begränsas kan vara när föräldern är olämplig på grund av t.ex. våld eller missbruk av narkotika eller alkohol. En närmare behandling av de fall då umgänge bör begränsas eller ej fastställas görs i kapitel 6.1.1.

Vad innebär då en god och nära kontakt? Är det kvantitet eller kvalitet som skall ligga till grund? Skall umgänget vara av en viss omfattning eller skall det finnas ett krav på umgängesföräldern att kunna berika barnet. Innebörden av en god kontakt behandlas ej i förarbetena till lagen. Tidigare

⁸¹ SOU 2005:43 s. 199.

⁸² Prop. 1990/91:9 s.25.

⁸³ SOU 2005:43 s. 103.

⁸⁴ Prop. 1990/91:9 s.25.

⁸⁵ Sjösten, 2009, s. 37.

⁸⁶ Prop. 1990/91:9 s.25.

⁸⁷ SOU 2005:43 s. 104.

⁸⁸ SOU 1979:63 s.55f, SOU 1997:116 s.135f, SOU 2000:77 s. 53f, Sjösten, 2009s. 36,

Ewerlöf, Sverne, Singer, 2004, s. 30.

⁸⁹ Sjösten, 2009, s. 38.

såg man mycket till umgängets omfattning.⁹⁰ Enligt min mening bör det vara kvalitén och ej omfattningen av umgänget som har betydelse.

Det är för barnets skull viktigt att båda föräldrarna tar del i ansvaret för barnet och är delaktiga i barnets förhållanden. Principen om barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar kommer även till uttryck i barnkonventionen. Konventionsstaterna skall göra sitt yttersta för att garantera erkännandet av principen att båda föräldrarna har ett gemensamt ansvar för barnets uppfostran och utveckling. Ett steg i riktningen mot ett förstärkande av denna princip och barnets möjlighet till tillgång till båda sina föräldrar är domstolarnas utökade möjlighet att besluta om gemensam vårdnad mot ena föräldrarnas vilja. Regeringen har den inställningen att ett rättsligt gemensamt ansvar ofta främjar goda förhållanden mellan barnet och båda föräldrarna. Dessa åsikter delades av det stora flertalet remissinstanser.⁹¹

Regeringen har konstaterat att lagen spelar en viktig roll vad gäller barnets möjlighet att få tillgång till båda sina föräldrar och att detta främjar barnets bästa, då det i de allra flesta fall är till barnets bästa att ha en nära och god kontakt med båda sina föräldrar. Det är emellertid inte alltid till barnets bästa att behöva leva eller utöva umgänge med en förälder då barnet har en absolut rättighet att inte bli utsatt för våld eller annan kränkande behandling.⁹² För det fall våld förekommit gentemot barnet eller annan person i hemmet skall en riskbedömning göras. I vissa fall kan bedömningen leda till att umgänge ej skall äga rum. I andra fall kan det beslutas att umgänge skall ske med t.ex. en kontaktperson närvarande.⁹³ Det är viktigt att inte glömma bort att det uteslutande är barnets behov av umgänge som skall tillgodoses.⁹⁴

3.2.4.4 Främja en god kontakt med den andra föräldern

Barnets föräldrar har ett gemensamt ansvar att så långt som möjligt tillgodose barnets behov av en nära och god kontakt med den förälder som barnet ej bor tillsammans med. I de fall när båda föräldrarna är vårdnadshavare skall boendeföräldern lämna upplysningar om barnet till umgängesföräldern som kan främja umgänget, om inte särskilda skäl talar emot det. I de fall då barnet skall umgås med förälder som ej är vårdnadshavare gäller motsvarande upplysningsskyldighet för vårdnadshavaren.⁹⁵ Det är även viktigt att vårdnadshavaren eller

⁹⁰ Ryrstedt, SvJT 2009 s. 1014.

⁹¹ Prop. 2005/06:99 s. 50.

⁹² Prop. 2005/06:99 s. 42.

⁹³ Prop. 2005/06:99 s. 42. Observera att domstolen idag har möjlighet att besluta om umgängesstöd, och att en umgängesstödperson då skall utses av socialnämnden. Det är viktigt att förstå att kontaktperson och umgängesstödperson är två olika institut. Kontaktperson utses med stöd av socialtjänstlagen och kan ej utses mot föräldrarnas vilja. Umgängesstödperson utses med stöd av 6 kap. 15 c § FB och kan ske mot föräldrarnas vilja. Se 6 kap. 15 c § samt prop. 2009/10:192 s. 10-12.

⁹⁴ Prop. 2005/06:99 s. 116.

⁹⁵ Prop. 2005/06:99 s. 88.

boendeföräldern på annat sätt än genom upplysningar främjar ett väl fungerande umgänge, om det ej föreligger omständigheter som skulle tala emot att ett umgänge äger rum.⁹⁶

Barnets behov av en god och nära kontakt skall enligt lagstiftaren ges särskild betydelse. I fall där tvist om vårdnaden föreligger och ena föräldern utan fog vill begränsa eller helt utesluta umgänge med den andra föräldern, medan den andra föräldern ser betydelsen i barnets kontakt med båda sina föräldrar och vill främja denna kontakt, kan det vara en omständighet som talar för att den senare föräldern bör anförtros vårdnaden. Naturligtvis skall alla omständigheter i fallet vägas in i domstolens bedömning av vad som är barnets bästa i de enskilda fallen. Det är ej fråga om att bestraffa en förälder eller skapa rättvisa dem emellan.⁹⁷

I de fall när vårdnaden skall anförtros en förälder ensam skall således en utgångspunkt vara att den av föräldrarna som bäst kan främja en nära och god kontakt mellan barnet och den andra föräldern skall anförtros vårdnaden. Att främja en god kontakt innebär inte att endast en positiv inställning till en kontakt mellan barnet och föräldern, utan det krävs ibland aktiva åtgärder från vårdnadshavarens eller boendeförälderns håll, t.ex. genom praktiska arrangemang underlätta umgänge. Om det inte föreligger omständigheter som talar emot så bör ej domstolen anförtro vårdnaden åt den förälder som har en negativ inställning till umgänge mellan barnet och den andra föräldern. Omständigheter som skulle tala emot är att föräldern är olämplig genom att denne exempelvis har missbruksproblem eller har brukat våld mot barnet eller någon annan i familjen, d.v.s. när föräldern har motiv för att motsätta sig ett umgänge. En annan omständighet kan vara den s.k. kontinuitetsprincipen, att barnet under en längre tid har vistats hos den förälder som är minst ägnad att främja ett umgänge.⁹⁸

3.3 Olika principer om barnets bästa i konkurrens

Då barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar under den senare tiden har getts en allt större betydelse vid bedömningen av vad som är till barnets bästa, har denna princip allt som oftast kommit att avvägas mot kontinuitetsprincipen. Detta har lett till att rättsfrågan i många publicerade rättsfall har kommit att bli barnets bästa, tolkat som behov av umgänge i relation till barnets behov av kontinuitet. I de flesta målen har barnets behov av kontinuitet givits företräde framför barnets behov av en nära och god kontakt med bägge sina föräldrar.⁹⁹ Man kan som sagt i praxis se att barnets behov av stabilitet och kontinuitet är något som ofta vägs emot

⁹⁶ Saldeen, 2009, s. 212.

⁹⁷ SOU 2005:43 s. 169.

⁹⁸ Prop. 1990/91:8 s. 61. Jfr Prop. 1981/82:168 s. 66.

⁹⁹ Schiratzki, 1997 s. 238f.

barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar.¹⁰⁰ I de fall där kontinuiteten ställs emot principen om barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar får domstolen således i dessa fall göra en avvägning mellan de två olika principerna om barnets bästa och se vilket behov som väger tyngst för barnet. Det är enligt regeringen av stor vikt att kontinuitetsprincipen ej slentrianmässigt ges företräde.¹⁰¹ Det är viktigt att kontinuitetsprincipen ej övervärderas i den bedömningen.¹⁰²

Det har i förarbeten och doktrin framförts att de omställningsproblem som en överflytt kan innebära i ett längre perspektiv kan vara ett pris värt att betala för att få till stånd ett gott umgänge mellan ett barn och en förälder.¹⁰³ Det måste därför ske en bedömning i det enskilda fallet avseende vilken lösning som är bäst för barnet.¹⁰⁴

I vissa fall kan det emellertid vara till barnets bästa att vårdnaden anförtros en förälder eller att barnet fortsatt skall vara stadigvarande boende hos en förälder som motverkar ett umgänge med den andra föräldern, vilket även berörts ovan. Detta föreligger i synnerhet då barnet bott hos föräldern under en längre tid. Det kan då finnas ett så starkt socialt och känslomässigt band att olägenheten att överflytta vårdnaden eller besluta om ändring i vårdnaden väger tyngre än barnets förhållande till den andra föräldern.¹⁰⁵

I fall där ingendera av föräldrarna kan anses vara olämplig som vårdnadshavare kan barnets behov av kontinuitet och stabilitet vara en omständighet som talar emot att den förälder som bäst kan främja en god relation till den andra föräldern anförtros vårdnaden. En samlad bedömning av omständigheterna måste dock ske från fall till fall.¹⁰⁶ Ibland kan det därav behöva göras en avvägning mellan såväl barnets behov av en god kontakt med sina föräldrar, barnets behov av kontinuitet och risken att barnet far illa. Intresset av barnets behov av en nära och god kontakt med sina föräldrar är inget som får överväga intresset av risken att barnet far illa. Det har dock framhållits i lagstiftningsärenden att domstolar såväl som socialnämnder har tillämpat bestämmelserna så att barnets behov av en nära och god kontakt har övervägt risken att barnet far illa. Detta kan enligt utredningen SOU 2005:43 ha sin grund i att det i 6 kap. 2 a § tidigare lydelse stadgades att det *skall fästas särskilt avseende* vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna medan det stadgades att risken för att barnet utsätts för övergrepp, olovligen förs bort eller hålls kvar eller annars far illa *skall beaktas*.¹⁰⁷ Bestämmelsen omformulerades genom 2006 års reform till bestämmelsens nuvarande lydelse, ”*Vid bedömningen av vad som är bäst för barnet skall det fästas avseende särskilt vid risken för att barnet far illa genom att barnet, eller annan familjemedlem, utsätts*

¹⁰⁰ Ewerlöf, Sverne, Singer, 2004, s. 79.

¹⁰¹ Prop. 1990/91:8 s. 61.

¹⁰² Sjösten, 2009, s. 59.

¹⁰³ Sjösten, 2009, s. 59.

¹⁰⁴ Prop. 1990/91:8 s. 61.

¹⁰⁵ SOU 2005:43 s. 169.

¹⁰⁶ Saldeen, JT 1989-1990 2-3 s. 344.

¹⁰⁷ SOU 2005:43 s. 198.

för övergrepp, olovligen förs bort eller hålls kvar eller annars behandlas kränkande, samt barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna.”¹⁰⁸

¹⁰⁸ SOU 2005:43 s. 199.

4 Det interimistiska beslutet i förhållande till kontinuitetsprincipen.

4.1 Inledning

I samband med att föräldrarna för första gången inställer sig vid rätten, vid den muntliga förberedelsen, meddelar domstolen ofta ett interimistiskt beslut.¹⁰⁹ Ett interimistiskt beslut gäller fram till dess att frågan har avgjorts genom att föräldrarna nått en samförståndslösning och upprättat ett avtal som godkänts av socialnämnden, eller genom dom eller beslut som vunnit laga kraft. Domstolen får även vid annat tillfälle än vid den muntliga förberedelsen, under målets handläggning, interimistiskt besluta om vårdsnaden, boendet eller umgänget. Ett interimistiskt beslut skall fattas med utgångspunkt i samma bedömningsgrunder som vid den avgörande prövningen.¹¹⁰ Innan ett interimistiskt beslut fattas skall motparten dock alltid ges möjlighet att yttra sig¹¹¹ och domstolen har även möjlighet att inhämta upplysningar från socialnämnden, s.k. snabbupplysning. Något annat beslutsunderlag finns det oftast inte tillgång till. Rätten har t.ex. inte någon möjlighet att hålla vittnesförhör.¹¹² Det interimistiska beslutet är ofta av stor betydelse för domstolens slutgiltiga avgörande. Då det ofta hinner förflyta betydande tid mellan den muntliga förberedelsen och huvudförhandlingen är det inte ovanligt att det slutliga beslutet överensstämmer med det interimistiska beslutet. Domstolen hänvisar då vanligtvis till kontinuitetsprincipen, principen om att barnet inte i onödan skall brytas upp från sin invanda miljö.¹¹³

4.2 Det interimistiska beslutets inverkan på det slutliga avgörandet

Det är en allmän uppfattning att det föreligger en risk att det interimistiska beslutet har en styrande effekt på det slutliga utslaget.¹¹⁴ Domstolens slutliga avgörande överensstämmer ofta med det interimistiska beslutet.¹¹⁵ Detta beror främst på att domstolen är restriktiva med att flytta ett barn från sin invanda miljö eller i övrigt förändra en fungerande ordning, den s.k. kontinuitetsprincipen. Med tanke på att det beslutsunderlag domstolen har

¹⁰⁹ Ewerlöf, Sverne, Singer, 2004, s. 75.

¹¹⁰ Sjösten, 2009, s. 173.

¹¹¹ Jfr 6 kap. 20 § FB.

¹¹² Jfr 6 kap. 20 § st. 2 FB.

¹¹³ Ewerlöf, Sverne, Singer, 2004, s. 75.

¹¹⁴ Prop. 2005/06:99 s. 65f.

¹¹⁵ Sjösten, 2009, s. 178.

tillgång till är så begränsat vid de interimistiska besluten, kan man ifrågasätta om ett sådant snabbt beslut som kan ha en så stor inverkan på det slutliga avgörandet verkligen är till barnets bästa.¹¹⁶ Innehållet i snabbupplysningarna varierar även från kommun till kommun. I vissa fall innehåller endast snabbupplysningen ett utdrag ur de sociala registren.¹¹⁷ Regeringen konstaterar emellertid att det många gånger är nödvändigt att fatta ett interimistiskt beslut, t.ex. när det misstänks förekomma våld eller andra övergrepp eller om barnet riskerar att föras bort. Andra omständigheter som kan kräva ett interimistiskt beslut är när mer vardagliga frågor måste avgöras snabbt, såsom när föräldrarna flyttar till skilda orter och man snabbt måste lösa frågan om t.ex. barnets boende eller skolgång. Det bör emellertid enligt regeringen vara en princip att ett interimistiskt beslut endast fattas om det behövs med beaktande av barnets bästa.¹¹⁸

I samband med att principen om barnets behov av en god och nära kontakt med båda sina föräldrar fördes in i lagtexten år 1991, infördes även ett komplement i 6 kap. 20 § i föräldrabalken. Komplementet bestod i att domstolen även fick möjlighet att interimistiskt besluta hos vem barnet skulle vara boende fram till dess att avgörande beslut togs. Dessförinnan hade domstolen endast möjlighet att besluta interimistiskt om vårdnaden.¹¹⁹ Skälet till domstolens utökade möjlighet att även kunna besluta om barnets boende interimistiskt motiverades av regeringen av att beslutsunderlaget, i form av snabbyttrande från socialnämnden samt parternas egna uppgifter, som ligger till grund för ett interimistiskt beslut ofta är mycket tunt. De föräldrar som har avskilts från vårdnaden genom ett interimistiskt beslut känner ofta att de befinner sig i ett underläge inför det avgörande beslutet jämfört med den som interimistiskt har anförtratts vårdnaden. En förälder kan även många gånger känna sig utpekad som olämplig som vårdnadshavare och det kan därmed ha en stort psykologisk betydelse att ingen förälder blir avskild från vårdnaden. Det kan även ha ett värde i sig att vårdnaden skall bestå. Regeringen menade även att förslaget också kunde få ett värde som ett led i samhällets markering av den gemensamma vårdnaden som huvudregel.¹²⁰

Majoriteten av remissinstanserna tillstyrkte förslaget. Ett fåtal instanser invände emellertid att ett beslut om vem barnet skall bo med har samma styrande verkan som ett interimistiskt beslut om vårdnaden.¹²¹ De instanser som ställde sig ifrågasättande till lagförslaget menade att den praktiska skillnaden till det dåvarande systemet inte skulle innebära någon större skillnad. De anförde att det inte är det rättsliga förhållandet i sig som har betydelse för utgången i målet utan utvecklingen av de faktiska förhållandena mellan barnet och föräldrarna. Om barnet bott hos ena

¹¹⁶ Prop. 2005/06:99 s. 65f.

¹¹⁷ Prop. 2005/06:99 s. 119. Observera dock att propositionen är 5 år gammal och att snabbupplysningarna kan ha förbättrats under de senaste åren.

¹¹⁸ Prop. 2005/06:99 s. 65f.

¹¹⁹ Prop. 1990/91:8 s. 46.

¹²⁰ Prop. 1990/91:8 s. 47f.

¹²¹ Prop. 1990/91:8 s. 46.

föräldern och anpassat sig efter de förhållandena är det av stor betydelse för det avgörande beslutet.¹²²

Frågan om problemet med att ett interimistiskt beslut kan ha en styrande inverkan på det avgörande beslutet togs även upp i utredningen SOU 2005:43. Det diskuterades i samband med detta om domstolens möjlighet att fatta interimistiska beslut borde begränsas. Utredningen konstaterade att det ej är en tillfredsställande ordning att ett interimistiskt beslut som har ett så magert beslutsunderlag kan ha en så stor inverkan på det slutgiltiga beslutet. Att det interimistiska beslutet ofta har en betydande inverkan på det slutgiltiga beslutet beror mycket på principen om att ej flytta barnet från sin invanda miljö eller på annat sätt förändra en fungerande ordning. Utredningen konstaterade dock, liksom tidigare gjorts, att det i vissa fall är nödvändigt att ha möjligheten att kunna fatta ett interimistiskt beslut. Detta gäller t.ex. när det föreligger misstankar om våld eller andra övergrepp, vid risk att barnet olovligen kommer föras bort, eller vid mer praktiska situationer när en förälder flyttat till annan ort och när det måste fattas ett snabbt beslut med tanke på t.ex. barnets skolgång. Utredningens förslag var att tingsrätten får ta ett interimistiskt beslut om det finns beaktansvärda skäl.¹²³

4.3 Praxis

4.3.1 RH 1998:85

Ett fall som belyser hur ett interimistiskt beslut kan leda till kontinuitet, vilket sedan används som skäl för att de rådande förhållandena, som rådde under tiden då det fanns ett interimistiskt beslut skall bestå, är RH 1998:85.

Föräldrarna gifte sig 1988 och hade två gemensamma barn födda 1988 respektive 1990. År 1995 ansökte föräldrarna om äktenskapsskillnad. I samband med målet om äktenskapsskillnad togs vårdnadsfrågan upp. Föräldrarna var oeniga om hur barnens boende skulle se ut och båda yrkade för sin egen del ensam vårdnad. I november samma år fattade tingsrätten ett interimistiskt beslut innebärande att modern skulle anförtros vårdnaden ensam och att fadern skulle ha rätt till umgänge med barnen varannan vecka från onsdag kväll till söndag morgon.

Två år senare, i maj 1997, fattade tingsrätten slutgiltigt beslut som innebar att modern skulle anförtros vårdnaden ensam samt att umgänget skulle fortsätta som tidigare. Tingsrättens tog fasta på att barnen under en lång period, två år, hade bott stadigvarande hos modern.

Domen överklagades av fadern varvid han nu yrkade på gemensam vårdnad medan modern stod fast vid sitt yrkande om ensam vårdnad. Med ändring av

¹²² Prop. 1990/91:8 s. 47.

¹²³ SOU 2005:43 s. 272-275.

tingsrättens dom förordnade hovrätten att föräldrarna skulle anförtros gemensam vårdnad om barnen samt att barnen skulle vara fortsatt stadigvarande boende hos modern och att barnen skulle ha rätt till umgänge med sin far likt tingsrättens domslut. Med anledning av 1998 års lagändring kunde hovrätten döma till gemensam vårdnad mot moderns vilja.

4.3.2 NJA 1980 s. 709

I detta rättsfall så överensstämmer inte HD:s slutliga avgörande med det interimistiska beslutet. Tingsrättens och hovrättens beslut överensstämde dock med det interimistiska beslutet med hänvisning till kontinuitetsprincipen, varför jag valde att ta med rättsfallet under detta kapitel.

I februari 1974 föddes parternas gemensamma son och i juni 1976 ingick parterna äktenskap. I samband med målet om äktenskapsskillnad togs vårdnadsfrågan om deras gemensamma son upp. Vid en muntlig förberedelse i december 1977, där båda parterna i tingsrätten yrkade på ensam vårdnad för egen del, förordnade tingsrätten interimistiskt att modern skulle erhålla ensam vårdnad om sonen.

Fadern anförde som grund för sin talan att modern under tiden de sammanlevt ägnat sig mer och mer åt nöjesliv samt att hon jobbade extra på nätter vilket medförde att hon var borta fyra till fem nätter per vecka. Fadern menade att modern försummade vården om sonen och att det var han som hade huvudansvaret för vården om barnet. Fadern uppgav även att modern hade lämnat sonen ensam vid vissa tillfällen och ibland lämnat honom till en granne. Modern hade enligt fadern även misskött omvårdnaden om sonen genom att ha agat honom, hotat med stryk samt försummat att ge honom tillräckligt med mat. Modern hade även enligt fadern lämnat sonen ensam i badkaret en gång samt glömt att hämta sonen på dagis. Mot bakgrund av detta ansåg fadern att modern var olämplig som vårdnadshavare, eller att han i vart fall var lämpligare.

Modern anförde som stöd för sin talan att sonen funnit sig väl tillrätta hos modern och i området där de bor. Modern menade att det fanns påtagliga risker för en negativ utveckling för sonens del om han skulle tvingas lämna den miljö han vant sig vid. Modern anförde även att de uppgifter kring hennes nöjesliv samt misskötsamhet gentemot sonen som framförts var oriktiga.

I målet inhämtades yttranden från två olika socialnämnder. Båda utredarna har uttryckt att modern är lämplig som vårdnadshavare men att fadern är lämpligare och att vården således bör anförtros fadern.

Tingsrätten tillerkände modern vårdnaden ensam.

Tingsrätten anförde som skäl för sitt beslut att det visserligen framkommit uppgifter som tyder på bristande omsorgsförmåga hos modern under tiden parterna levde tillsammans. Tingsrätten menade dock att modern utan tvivel hade genomgått en betydande attitydförändring och att det inte fanns någon anledning att ifrågasätta moderns lämplighet som vårdnadshavare. Tingsrätten ansåg att de oroligheter som en överflyttning av vårdnaden i regel innebär inte skulle göra sig lika starkt i detta mål då barnet skulle återföras till sin uppväxtmiljö. Trots detta ansåg tingsrätten att sonen nu vistats hos modern och funnit sig till rätta hos henne.

Fadern fullföljde talan i hovrätten där han yrkade att vårdnaden om sonen skulle anförtros honom. Modern bestred ändring. Hovrätten anförde att utredningen som förebragts ej föranleder till en annan bedömning än den vartill tingsrätten kommit och hovrätten fastställde tingsrättens dom.

Fadern sökte revision och yrkade att HD skulle tillerkänna honom vårdnaden om sonen ensam. Modern bestred ändring.

HD förordnade att en barnpsykiatrisk undersökning skulle utföras i målet. Den barnpsykiatriska läkaren kunde ej instämma i de slutsatser som tidigare utredningar kommit fram till gällande att föräldrarna vid den tidpunkten var lämpliga. Läkaren menade att modern under sonens tidigare år uppvisat en betydande brist i omsorgsförmågan. Han fann det även styrkt att det förekommit åga från moderns sida. Läkaren var också av den uppfattningen av att fadern var den som stått för den faktiska vårdnaden om sonen. Läkaren uttalar dock att modern tycks ha mognat en del under de senare åren. För hennes del talar att hon har haft vårdnaden om sonen under en längre tid. För fadern talar å andra sidan att han tidigare visat ett större engagemang i sonen samt en större mognad. Under tiden då modern har haft vårdnaden om pojken har modern flyttat ett flertal gånger. Läkaren menade att risken för fortsatta uppbrott av boendet gör att läkaren förordade fadern som vårdnadshavare då han tror att fadern kan erbjuda större grad av kontinuitet i pojkens tillvaro.

Med ändring av hovrättens dom tillerkändes fadern vårdnaden om sonen ensam. HD anförde som skäl för sitt beslut att det fortfarande kvarstår en osäkerhet kring moderns mognad och balans samt osäkerhet kring om hon i växlande situationer verkligen har förmåga att i tillräckligt hög grad tillgodose pojkens behov. Å andra sidan menade HD att utredningen visat ett starkt stöd att fadern är stabil mogen och omdömesgill. HD ansåg mot bakgrund av detta att fadern var lämpligare som vårdnadshavare. Ett särskilt stycke i HD:s domskäl sammanfattar domen på ett bra sätt.

”Förhållandet att pojken, som fyller 7 år om ett par månader, stått under moderns vårdnad så lång tid som tre år emellertid i sig är ägnat att ge anledning till tvekan huruvida en överflyttning av vårdnaden bör ske. Det är väl känt att kontinuitet när det gäller såväl vårdnadshavare som miljö och övriga vardagliga förhållanden är av stor betydelse som en trygghetsfaktor för små barn. I förevarande fall har emellertid

kontakten med fadern varit djupgående och regelbunden under hela den långa tiden för vårdnadsprocessen, och den yttre miljön bör för Robert hittills ha framstått som tryggare hos fadern i det gamla hemmet än under de skiftande förhållanden under vilka han levat med sin mor. Tidpunkten för överflyttning är såtillvida särskilt lämplig att Robert ännu inte börjat sin skolgång.”

HD fäste i rättsfallet stor vikt vid kontinuitetsprincipen, både avseende miljö och vårdnadshavare. Kontinuitetsprincipen fick det oaktat ge vika då kontakten mellan fader och son varit stark under processens gång.¹²⁴

¹²⁴ Sjösten, JT 1999-2000 s. 340.

5 Kontinuitet i förhållande till barnets behov av en god och nära kontakt med båda sina föräldrar vid olovligt bortförande.

5.1 Olovligt bortförande

Ett olovligt bortförande föreligger när en förälder bortför ett barn i strid med vårdnadshavares eller boendeförälders rätt att ta hand om barnet. Olovligt bortförande kan ske såväl utom som inom Sverige.¹²⁵ En förälder bortför ofta barn i syfte att frånhända den andra föräldern vårdnaden om barnet eller att undkomma ett beslut om umgängesrätt mellan barnet och den andra föräldern.¹²⁶ Det kan uppstå stora problem när en förälder olovligen bortför ett barn. Detta har lett till ett behov av ett internationellt samarbete för att skydda barnen i dessa situationer. Det finns ett antal lagar och konventioner som är tillämpliga i dessa situationer. I internordiska förhållanden finns en överenskommelse om erkännande och verkställande av vissa nordiska beslut som rör vårdnad, rätt till umgänge eller överlämnande av barn i annat fall.¹²⁷ Tillämpliga konventioner i utomordiska förhållanden är Europarådskonventionen, 1980 samt 1996 års Haagkonvention samt Bryssel II-förordningen.

5.2 Hemvistprincipen

Hemvistprincipen, ibland även kallad domicilprincipen, utgör idag den viktigaste grunden för svensk domstols behörighet i gränsöverskridande fall, och har även stor betydelse i lagvalsfrågan. Det föreligger en viss osäkerhet när hemvist kan ha ansetts uppnått. I 7 kap. 2 § IÅL kan man finna en definition av begreppet hemvist. Enligt denna bestämmelse anses en person ha uppnått hemvist när en person är bosatt i landet, om bosättningen med hänsyn till vistelsens permanens och omständigheterna i övrigt måste anses beständigt. Definitionen är något vag och ger därför ingen större ledning vid en bedömning av hemvistfrågan. Rättspraxis tyder även på väldiga bekymmer vid fastställandet av hemvistet när en person inte har varit bosatt i landet någon längre tid eller när bosättningsanknytning till flera stater finns. Bristen på en tydlig definition av hemvistbegreppet innebär att det

¹²⁵ Sjösten, 2009 s. 42.

¹²⁶ Ewerlöf, Sverne, Singer, 2004 s. 83.

¹²⁷ 6 § lag (1977:595) om erkännande och verkställighet av nordiska domar på privaträttens område.

ofta är svårt för den enskilde, och även dennes ombud, att avgöra om hemvist kommer anses föreligga. Detta får konsekvensen att man först måste genomgå en process för att fastställa hemvistet innan tvisten ifråga kan prövas.¹²⁸

I Sverige är vi relativt generösa i domsrättsfrågan. Det finns en ganska stor möjlighet att få sin sak prövad vid svensk domstol så snart det finns ett praktiskt behov eller ett befogat intresse att pröva frågan.¹²⁹

1996 års Haagkonvention reglerar myndigheters behörighet att ta upp vårdnad, boende och umgängesfrågor vid olovligt bortförande eller kvarhållande, samt att berörd myndighets beslut skall erkännas och verkställas i övriga konventionsstater. Konventionen har till syfte att motverka föräldrars s.k. forum shopping, d.v.s. att hindra att ett olovligt bortförande av barn skall kunna frambringa behörighet för myndigheter i ett annat land än det där barnet har sin invanda miljö. Behörig myndighet att pröva frågor om vårdnad, boende och umgänge är enligt konventionen myndigheterna i den stat där barnet har sitt hemvist. För det fall ett barn olovligt bortförs har således inte myndigheterna i den staten behörighet att ta upp frågor angående vårdnad, boende och umgänge före barnet kan anses ha sitt hemvist där. Fram till att behörighet i den nya staten uppnåtts skall vårdnads-, boende- eller umgängesavgörande från hemvistlandet respekteras. 1996 års Haagkonventioner har ett större tillämpningsområde än 1980 års Haagkonvention och skall därför ses som ett komplement till den tidigare Haagkonventionen. Vid konflikt äger 1980 års Haagkonvention företräde.¹³⁰

5.3 Verkställighet och erkännande

I detta kapitel kommer jag redogöra för förutsättningarna för erkännande och verkställighet av domar meddelade i annan stat. Frågan om möjligheterna av överlämnande av barnet till sitt hemvistland hänger väl samman med frågan om erkännande och verkställighet. Då jag i kapitel 2.2.1 och 2.2.2 redogjort för förutsättningarna för överlämnande så kommer jag lämna den delen utanför i detta kapitel och hänvisar till ovan nämnda kapitel.

Vid inomnordiska förhållanden kan man finna lagstöd för erkännande och verkställighet av domar avseende vårdnad och umgänge i 8 och 22 § NÄF samt i 6 § och 7 § 2 st. NEVL. 8 och 22 § i NÄF anger att vissa nordiska vårdnadsdomar skall gälla i Sverige. 6 § och 7 § 2 st. NEVL stadgar å andra sidan att nordiska avgöranden även utan att äga rättskraft under vissa förutsättningar kan verkställas här i Sverige.¹³¹

¹²⁸ Örtenhed, s. 20f.

¹²⁹ Örtenhed, s. 107.

¹³⁰ Prop. 1997/98:182 s. 53f.

¹³¹ Bogdan, 2008 s. 227.

Lagstöd för utomnordiska förhållande avseende erkännande och verkställighet finner man i Bryssel II-förordningens artikel 21-52, SEVL samt i 5-10 §§ i verkställighetslagen. Bestämmelserna i verkställighetslagen avser domar meddelade i länder som är anslutna till 1980 års Europarådskonvention. Regeringen kan emellertid vid ömsesidighet förordna att lagen skall tillämpas också i förhållande till annat land.¹³²

I de fall då olovliga bortföranden sker till länder som ej är anslutna till Europarådskonventionen eller Haagkonventionen är det, det preventiva arbetet som måste läggas störst vikt vid, dvs. att förebygga olovliga bortföranden. En bestämmelse som är ämnad att förebygga olovliga bortföranden är 21 kap. 10 § i FB. Bestämmelsen stadgar att rätten i mål om överlämnande av barn, vid fara för att barnet olovligen bortförs, omedelbart skall förordna att barnet tas om hand på ett lämpligt sätt. Kan beslutet ej avvaktas får polismyndigheten vidta åtgärder, vilka kan ske utan skada för barnet, för att förebygga ett bortförande. Andra förebyggande åtgärder kan vara att domstolen exempelvis i ett umgängesbeslut förordnar att umgänge endast skall äga rum i Sverige. Man kan även förordna att umgängesföräldern under umgängestiden deponerar sitt pass. Passlagens 7 § 2 st kan även den verka i förebyggande syfte då pass i allmänhet ej får utfärdas utan bägge vårdnadshavarnas samtycke. Se även 6 kap. 21 § FB.¹³³

I de fall en förälder ändock lyckas föra barnet ur landet för att undvika svensk vårdnads, boende eller umgängesdom är svensk verkställighet eller handräckning av folkrättsliga skäl inte aktuellt. Ett tvångsmedel som kan ha effekt även om förälder och barn befinner sig i utlandet är vitesföreläggande, exempelvis när den bortförande föräldern har tillgångar i Sverige. I dessa fall torde inte folkrätten vara något hinder. Utöver detta är det ända som återstår att ända sig till rättsväsende och/eller myndigheter i landet dit barnet har förts. Utsikterna att få hjälp eller nå framgång i ett ärende är självfallet mycket varierande beroende på vilket land barnet har förts till.¹³⁴

5.4 Praxis

5.4.1 NJA 1986 s. 338

Parterna i målet ingick äktenskap 1976 och födde i äktenskapet en dotter i juni 1978. 1982 dömde tingsrätten till äktenskapsskillnad mellan makarna. I samband med äktenskapsmålet togs frågan om vårdnaden om deras gemensamma dotter upp. Modern yrkade att hon skulle anförtros vårdnaden om dottern ensam. Fadern yrkade för sin del att han skulle tillerkännas vårdnaden om dottern.

¹³² Bogdan, 2008 s. 226.

¹³³ Bogdan, m.fl., 1991 s. 27.

¹³⁴ Bogdan, m.fl., 1991 s. 27f.

Fadern bodde vid tiden när målet pågick kvar i den gemensamma bostaden tillsammans med dottern. I utredningen var socialnämnder från två olika kommuner inblandade i utredningen. Den ena förordade att modern var mer lämpad som vårdnadshavare medan den andra förordade fadern som mer lämpad som vårdnadshavare.

Tingsrätten menade att det i utredningen framkommit att fadern var mer inbunden som person och hade visat tecken på stränghet och hårdhet i sin uppfostran medan modern hade givit intryck att i större grad än fadern uppmärksammat dotterns person och behov. Mot bakgrund av detta anförde tingsrätten modern ensam vårdnad om dottern.

Fadern fullföljde talan i hovrätten och yrkade, jämväl interimistiskt, att vårdnaden om dottern skulle anförtros honom ensam. Den 24 februari 1984 beslutade hovrätten att interimistiskt anförtro vårdnaden om dottern till fadern ensam. Modern lämnade då Sverige tillsammans med dottern. Modern och dottern flyttade utomlands till moderns far. Fadern besökte dottern i landet under sommaren 1984. Dottern beviljades förskola och fritidsplats i landet hon förts till. Det rådde en osäkerhet kring om modern ämnade återvända med dottern till Sverige eller ej. Hovrätten menade emellertid att det oavsett om modern skulle komma att bosätta sig med dottern i det land de flyttat till eller bosätta sig i Sverige med dottern, var till dotterns bästa med hänsyn till hennes ålder att hon fick stanna kvar hos modern. Hovrätten fastställde tingsrättens beslut, dock på andra grunder.

Fadern sökte revision och yrkade att HD skulle tillerkänna honom vårdnaden ensam om dottern.

Fadern anför som grund för sin talan att modern vid flera tillfällen avsiktligt försvårat eller omöjliggjort umgänget mellan honom och dottern. Modern har trotsat hovrättens interimistiska beslut och olovligen fört dottern utomlands och har därmed praktiskt taget omöjliggjort ett umgänge mellan honom och dottern. Modern anför som grund för sin talan att fadern varit sträng och hårdhänt och vid flera tillfällen agat deras dotter och därmed är olämplig som vårdnadshavare. Modern har även framfört att det är hennes avsikt att stanna i det nya landet.

HD anför att det i utredningen inte framkommit att någon av föräldrarna skulle anses vara olämpliga som vårdnadshavare. HD pekar på vikten av barnets behov av en god och nära kontakt med båda sina föräldrar samt framhåller vårdnadshavares ansvar för att detta behov tillgodoses. Av utredningen i målet framgick även att modern i syfte att inte behöva lämna ifrån sig dottern till fadern lämnat Sverige och att hennes handlande måste ha utsatt dottern för svåra påfrestningar genom att rycka upp dottern ur sin miljö. HD utgick från att modern inte heller avsåg att låta fadern träffa barnet under sådana fria former som kännetecknar ett naturligt umgänge mellan förälder och barn. HD ansåg att dessa förhållanden utgör sådana omständigheter som talar för att fadern skall anförtros vårdnaden. HD

menade emellertid att dottern funnit sig väl till rätta i det nya landet där hon i två år bott med sin mor och där hon även gick i skola. HD ansåg att dottern, som då var 8 år, hade ett behov av kontinuitet avseende vårdnadshavare och miljö och att det skulle innebära betydande anpassningssvårigheter för henne att brytas upp från sin invanda miljö för att flytta till Sverige. Vid en avvägning ansåg HD det vara till dotterns bästa att modern anförtroddes modern ensam.

I rättsfallet gavs kontinuitetsprincipen företräde. Frågan är emellertid om den omständigheten att en dom från svensk domstol ej kunde verkställas i det land till vilket dottern förts påverkade HD:s bedömning. För detta förhållande talar att det ej handlar om någon längre tidsaspekt, 2 år, samt att fadern ej var okänd för henne. Mot bakgrund av detta kan man ställa sig frågande om det i själva verket var kontinuitetsprincipen som låg bakom HD:s bedömning.¹³⁵

5.4.2 NJA 1992 s. 93

1979 gifte sig en kvinna som var svensk medborgare och en man som var svensk-utländsk medborgare. Samma år födde makarna en gemensam son, i det följande sonen X. I samband med att modern ansökte om äktenskapsskillnad 1982 förde fadern egenmäktigt sonen X utomlands, till faderns hemland, där sonen fick bo tillsammans med sina farföräldrar medan fadern åkte tillbaka för att bo i Sverige. Fadern dömdes år 1982 i Svea hovrätt till egenmäktighet med barn samt för misshandel av modern. År 1983 födde makarna ytterligare en gemensam son, i det följande sonen Y. År 1986 vann äktenskapsskillnaden mellan parterna laga kraft.

I samband med äktenskapsmålet togs frågan om vårdnaden om barnen upp. Modern yrkade att hon skulle anförtros ensam vårdnad om barnen. Fadern medgav att modern skulle tillerkännas ensam vårdnad om sonen Y men bestred yrkandet om ensam vårdnad om barnet X och yrkade för egen del att han skulle anförtros ensam vårdnad om sonen X.

Modern anförde som grund för sin talan att fadern genom att olovligen föra bort sonen X avskilt barnet från sin moder samt lämnat barnet hos sina föräldrar, för att sedan själv återvända till Sverige, visat att han brister i sitt föräldraansvar. Med anledning av detta ansåg modern fadern olämplig som vårdnadshavare. Fadern anförde för sin talan att båda föräldrarna i och för sig var lämpliga som vårdnadshavare men att han var lämpligare som vårdnadshavare för sonen X än modern. Modern hade sedan sonen X egenmäktigt bortförts endast träffat sonen ett fåtal gånger. Fadern menade att han tagit sonen utomlands för att han inte skulle dras in i vårdnadstvisten som pågick i Sverige. Enligt fadern så var sonen tveksam till en återflytt till Sverige.

¹³⁵ Sjösten, JT 1999-2000 s. 341.

Tingsrätten tillerkände modern ensam vårdnad om både sonen Y och X.

Tingsrätten anförde i sina domskäl att det är ostridigt att modern är lämplig som vårdnadshavare. Med tanke på faderns medgivande är det till sonen Y:s bästa att modern anförtros vårdnaden om honom ensam. Tingsrätten menade att fadern genom att bortföra sonen X har gjort denna en stor otjänst, genom att barnet hade avskilts från sin moder i 3 år, samt att sonen X även förlorat sin vardagliga kontakt med sin fader. Detta beteende gör att faderns lämplighet starkt ifrågasattes och tingsrätten menade att modern i hög grad var mer lämpad som vårdnadshavare.

Fadern överklagade tingsrättens dom till hovrätten och yrkade att han skulle anförtros vårdnaden ensam om sonen. Modern bestred ändring.

Hovrätten resonerade i samma linje som tingsrätten vad gäller moderns lämplighet och faderns olämplighet. Hovrätten fokuserade dock på sonen X:s behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar. De framhöll att det inte framkommit något i målet som tydde på att fadern skall återföra barnet till Sverige. Hovrätten beaktade även att sonen X skulle ha vissa svårigheter att anpassa sig i Sverige vid en flytt men ansåg att det långsiktigt skulle vara det bästa för honom. Liksom i tingsrätten anförtroddes modern ensam vårdnad om sonen X.

Fadern sökte revision i högsta domstolen och yrkade bifall till den i hovrätten förda talan. Modern bestred ändring. Med ändring av hovrättens dom tillerkände högsta domstolen fadern ensam vårdnad om sonen X.

HD anförde att det är barnets bästa som skall ligga till grund för beslutet i frågan om vårdnaden. Vid denna bedömning skall domstolen fästa särskilt avseende vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar. Om inte några omständigheter talar emot det skall därför den förälder som bäst kan främja en god kontakt med den andra föräldern anförtros vårdnaden ensam. HD anförde att modern är den som bäst kan tillgodose detta samt att modern är den som har förmågan att sätta barnets intresse framför sina egna. Faderns beteende och handlande gör samtidigt att hans lämplighet som förälder starkt kan ifrågasättas. HD menade emellertid att sonen X befunnit sig i det nya landet och bott med sina farföräldrar i 10 år. Sonen X går i skolan där, har goda betyg och lever i en god uppväxtmiljö. Att rycka upp barnet från sin miljö, sina farföräldrar och kamrater för en flytt till Sverige som kan innebära stora anpassningssvårigheter kan enligt HD ej anses vara till hans bästa. Sonen som var 13 år motsatte sig även en flytt till Sverige. HD behandlade även det faktum att en svensk dom ej skulle vara verkställbar i det land sonen bortförts till samt att Sverige inte heller skulle ha möjlighet att medverka till en verkställighet av den svenska domen.

I detta fall var kontinuitetsprincipen starkt avgörande. Kontakten mellan son och moder fanns inte och sonen kunde varken tala eller förstå svenska. Liksom i NJA 1986 s. 338 hade det sannolikt en avgörande betydelse att en

dom från svensk domstol ej skulle kunna verkställas i landet.¹³⁶ Man kan ställa sig undrande till hur HD:s bedömning skulle sett ut om pojken istället hade förts till annan ort i Sverige eller till land där svensk dom hade varit verkställbar.¹³⁷

¹³⁶ Sjösten, JT 1999-2000 s. 344f.

¹³⁷ Sjösten, JT 1999-2000 s. 346.

6 Kontinuitet i förhållande till barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar vid umgängessabotage

6.1 Barnets rätt till umgänge

Före 1983 års lagändring hade reglerna om umgängesrätt i stort sett varit oförändrade sedan 1920 års lag om äktenskap, i vilken föräldrarätten framhölls starkt. Det var föräldern som hade rätt till umgänge med barnet.¹³⁸ Vid genomförandet av 1983-års lagändringar, avseende bl.a. umgängesreglerna, har umgänget från att vara en ensidig föräldrarätt kommit att bli en barnets rättighet. Vårdnadshavaren ålades ett uttryckligt ansvar att tillgodose barnets kontakt med den andra föräldern.¹³⁹ Tidigare gick umgängesreglerna ut på att den förälder som inte hade vårdnaden om barnet hade rätt till umgänge med barnet, om inte särskilda skäl talade där emot. I lagens nuvarande lydelse är det istället en barnets rättighet. Det är barnets behov av en nära och god kontakt med föräldrarna som skall tillgodoses.¹⁴⁰ Att denna omständighet nämns särskilt är på grund av att principen aldrig får glömmas bort i bedömningen samt att lagstiftaren velat fästa särskild uppmärksamhet på omständigheten. Det är emellertid inte så att förhållandet nödvändigtvis måste anses vara viktigare än andra omständigheter i det enskilda fallet, varför en bedömning av de individuella förhållandena måste vara avgörande.¹⁴¹

Genom 1998 års lagstiftning blev det även möjligt för domstolarna att besluta om umgänge med en förälder som var vårdnadshavare till barnet, dvs. vid gemensam vårdnad. Detta för att utöka möjligheten till gemensam vårdnad även efter det att föräldrarna separerat.

Umgänge innefattar inte endast rätten för barnet att träffa sin förälder utan även annan typ av kontakt såsom telefon, brev eller e-postkontakt.¹⁴² Denna typ av kontakt har syfte till att underlätta kontakt när det kan vara svårt att få till ett fysiskt umgänge på grund av t.ex. långt avstånd eller en förälders begränsade rörelsefrihet. Det kan även vara ett sätt att bygga upp eller återuppta en innan mindre omfattande eller avbruten kontakt.¹⁴³ Syftet med

¹³⁸ Ewerlöf, Sverne, Singer, 2004 s. 57.

¹³⁹ Saldeen, JT 1989-1990 s. 340.

¹⁴⁰ Prop. 1990/91:8 s. 25

¹⁴¹ 6 kap. 2 a § samt SOU 2005:43 s. 101.

¹⁴² Prop. 2005/06:99 s. 88f.

¹⁴³ Saldeen, 2009 s. 223.

undantaget är således att tillhandahålla en möjlig kontakt och ej till syfte att begränsa ett vanligt umgänge.¹⁴⁴

Att umgänge är en barnets rättighet innebär att det är barnets intresse och behov som skall tillgodoses och inte föräldrarnas.¹⁴⁵ En förälder har ingen absolut rättighet att få träffa sitt barn och barnet har i sin tur ingen skyldighet att träffa sina föräldrar.¹⁴⁶ För det fall bedömningen att umgänge har ansetts vara till barnets bästa kan barnet i praktiken inte motsätta sig ett umgänge, då verkställighet av ett umgangesbeslut kan ske mot barnets vilja, i synnerhet det yngre barnets.¹⁴⁷ Det är således av stor vikt att det enkom är barnets bästa som ligger till grund för beslut avseende umgänge. Vid prövningen om vad som är till barnets bästa skall samtliga omständigheter i det enskilda fallet beaktas. Det skall fästas avseende vid barnets ålder och mognad, barnets anknytning till umgangesföräldern samt föräldrarnas förhållande till varandra. Hänsyn skall även tas till barnets önskan med beaktande av barnets ålder och mognad.¹⁴⁸

Barnet skall ha rätt till umgänge med en förälder som det inte bor tillsammans med. Umgänget kan som ovan nämnts ske genom att barnet och föräldern träffar varandra eller genom annan kontakt.¹⁴⁹ Det åligger föräldrarna ett gemensamt ansvar att tillgodose barnets behov av en fungerande relation med föräldern som barnet inte sammanbor med.¹⁵⁰ Ansvaret är inte sanktionerat men det kan påverka bedömningen av vem som skall tillerkännas vårdnaden eller hos vem barnet skall vara stadigvarande boende.¹⁵¹

Har barnets föräldrar gemensam vårdnad och har barnet rätt till umgänge med den förälder barnet ej bor tillsammans med, skall boendeföräldern lämna sådana upplysningar om barnet som kan främja umgänget, såvida det inte föreligger skäl som talar emot det.¹⁵² Vårdnadshavare har även ett ansvar att se till att barnets behov av umgänge med annan närstående person tillgodoses.¹⁵³

Då ansvaret att barnet har en nära och god kontakt med båda sina föräldrar är gemensamt så åligger det även umgangesföräldern att tillgodose barnets behov av en nära och god kontakt på så vis att umgangesföräldern medverkar till att umgänge äger rum. Om en umgangesförälder ställer in umgängestillfällena eller på annat sätt inte medverkar till umgänget kan barnets uppbyggda förväntningar omvandlas till besvikelse. Umgangesföräldrarnas ofrivillighet kan även leda till samarbetssvårigheter

¹⁴⁴ Prop. 2005/05:99 s. 55.

¹⁴⁵ Sjösten, 2009 s. 85.

¹⁴⁶ SOU 2005:43 s. 166, 6 kap. 2 a § FB.

¹⁴⁷ SOU 2005:43 s. 514.

¹⁴⁸ SOU 2005:43 s. 166, 6 kap. 2 a § FB.

¹⁴⁹ 6 kap. 15 § FB.

¹⁵⁰ 6 kap. 15 § andra stycket FB.

¹⁵¹ Sjösten, 2009 s. 85.

¹⁵² & kap. 15 § fjärde stycket FB.

¹⁵³ Prop. 2005/06:99 s. 9.

mellan föräldrarna emellan, vilket ej gagnar barnets bästa. För det fall umgängesföräldern regelbundet ej medverkar till umgänge kan det vara en faktor som kan tala för att umgängestillfällena skall skäras ned, med hänvisning till barnets bästa.¹⁵⁴

Liksom vid bedömningen av vad som är barnet bästa i frågor avseende vårdnad och boende skall vid bedömningen av vad som är barnets bästa avseende frågan om umgänge samtliga omständigheter beaktas. Hänsyn skall tas till barnets ålder och mognad, barnets vilja, barnets förhållande till umgängesföräldern och föräldrarnas relation till varandra.¹⁵⁵ Om barnets umgänge blir en konfliktskapande omständighet som kan vara till skada för barnet får barnets behov vägas emot barnets behov av trygghet och stabilitet.¹⁵⁶

I de flesta fall är det till barnets bästa att ha en nära och god relation till båda sina föräldrar men som tidigare anförts får intresset av att detta behov tillgodoses aldrig innebära en risk för att barnet far illa och att ett barn måste umgås eller leva tillsammans med en förälder under dåliga förhållanden.¹⁵⁷

6.1.1 Fall då umgänge ej bör fastställas eller äga rum

Som utgångspunkt anses det vara till barnets bästa att umgås med en förälder. Det finns dock omständigheter som kan innebära att det är bäst för barnet om något umgänge ej äger rum eller om umgänget ej sker förrän barnet har nått en viss ålder eller mognad.¹⁵⁸ Ett barn skall inte under några omständigheter behöva riskera att bli utsatt för våld, övergrepp eller kränkande behandling. Risken för att något av detta skulle kunna ske är en omständighet som måste prioriteras och läggas störst vikt vid bedömningen av vad som är till barnets bästa.¹⁵⁹ Intresset av att barnet ej skall fara illa får ej offras för att söka skapa en relation mellan barnet och en förälder.¹⁶⁰ För det fall domstolen skulle bedöma att det föreligger en risk att barnet far illa bör detta väga tungt i den samlade bedömning av alla omständigheterna som skall göras.¹⁶¹

Omständigheter som kan leda till att umgänge ej bör äga rum är att barnet eller annan familjemedlem har blivit utsatt för våld, övergrepp eller annan kränkande behandling. Med detta inte sagt att umgänge ej skall äga rum i

¹⁵⁴ Prop. 1990/91:8 s. 38.

¹⁵⁵ SOU 2005:43 s. 514.

¹⁵⁶ Prop. 1981/82:168 s.75.

¹⁵⁷ SOU 2005:43 s. 199.

¹⁵⁸ Sjösten, 2009 s. 86.

¹⁵⁹ SOU 2005:43 s. 119.

¹⁶⁰ SOU 2005:43 s. 165.

¹⁶¹ Sjösten, 2009 s. 43.

samtliga fall där övergrepp förekommit utan en bedömning måste göras i det enskilda fallet.¹⁶²

Likt andra fall där vårdnaden, boendet eller umgänget prövas måste dock en bedömning göras utifrån omständigheterna i det aktuella fallet och ett beslut som är bäst för barnet i detta specifika fall fattas. Om domstolen anser det föreligga en risk att barnet far illa vid umgänge med ena föräldern eller om föräldrarna har djupa samarbetssvårigheter, kan domstolen besluta om ett villkorat umgänge för att få ett få umgänget att fungera.¹⁶³ Domstolen kan t.ex. utse en umgängesstödperson som skall närvara vid umgänget eller när hämtning och lämning av barnet sker. Umgängesstödperson skall dock endast vara en övergångslösning. Ett beslut om umgängesstöd skall därför endast avse viss tid och umgänget skall sedan följas upp av socialnämnden för att umgängesstöd ej skall bestå längre än nödvändigt.¹⁶⁴ Det kan även beslutas att umgänge skall ske vid bestämd plats.¹⁶⁵

Enligt förarbetena måste det inte ställas bortom allt rimligt tvivel att barnet kommer fara illa vid umgänget utan det är nog om konkreta omständigheter som tyder på att barnet kan fara illa ligger för handen.¹⁶⁶

Det är relativt vanligt med påståenden om övergrepp i vårdnadsfall, såväl mot barnet som mot annan familjemedlem. Förekommer påståenden om övergrepp skall dessa bemötas och bedömas av domstolen och inte avfärdas som samarbetssvårigheter mellan föräldrarna. Domstolen skall i varje fall göra en bedömning av om det föreligger en risk att barnet kan komma att fara illa.¹⁶⁷ Vid en riskbedömning kan det ha betydelse om övergreppen ligger långt tillbaka i tiden och förhållandet mellan föräldrarna efter detta fungerat väl, eller om övergreppen skett nyligen och förhållandet mellan föräldrarna och/eller barnet är dåligt. Det kan även inverka på bedömningen om en förälder genomgått behandling för sitt beteende eller missbruk. Även barnets inställning skall tas i beaktande. Stort ansvar ligger på socialnämndens utredare att genom kontakt med barnet och föräldrarna söka utröna hur barnet upplever situationen och hur våld, trakasserier, missbruk har påverkat, påverkar eller kommer att påverka barnet. De skall även söka utreda huruvida det föreligger en risk att barnet i framtiden kan komma att fara illa.¹⁶⁸

6.2 Umgängessabotage

Med umgängessabotage avses vanligen att en förälder utan godtagbara skäl på olika sätt försöker hindra, försvåra eller begränsa barnets rätt att utöva

¹⁶² SOU 2005:43 s. 515.

¹⁶³ S OU 2005:43 s. 165 samt 6 kap. 15 c § FB.

¹⁶⁴ Prop. 2009/10:192 s. 10ff samt 6 kap. 15 c § FB.

¹⁶⁵ SOU 2005:43 s. 165.

¹⁶⁶ Jfr prop. 1997/98:7 s. 48.

¹⁶⁷ SOU 2005:43 s. 200.

¹⁶⁸ Sjösten, 2009 s. 45.

umgänge med den andra föräldern. Det finns en rad olika handlanden från än föräldrarnas sida som försvårar umgänget. Påståenden om att barnet är sjukt, att vårdnadshavaren eller boendeföräldern reser bort med barnet när umgänge skall äga rum, att en förälder flyttar långt bort med barnet, att föräldern genom att påverka barnet får barnet att inta en negativ ställning till umgänge med den andra föräldern, m.m.¹⁶⁹ Det finns fall då en förälder helt förvägrar eller motverkar barnets kontakt med den andra föräldern. Det är inte ovanligt att en förälder genom olika åtgärder försvårar eller omöjliggör att fungerande umgänge, vilket har uppmärksammats av praktiker.¹⁷⁰ Det är inte omfattningen av umgängessabotaget som är avgörande utan hur sabotaget påverkar barnet. Domstolen skall vid sin bedömning främst ta sikte på risken för framtida upprepade umgängessabotage.¹⁷¹

Utöver en positiv inställning från vårdnadshavarens eller boendeföräldrarnas sida så kan det även krävas faktiska åtgärder för att främja ett umgänge mellan barnet och den andra föräldern. Vårdnadshavaren eller boendeföräldern bör vidta praktiska åtgärder för att underlätta ett umgänge med den andra föräldern.¹⁷²

Användningen av begreppet umgängessabotage har kritiserats för att ordet presumerar att en part saboterar när denne motsätter sig ett umgänge.¹⁷³ Att en förälder motsätter sig ett umgänge innebär dock inte nödvändigtvis att det är fråga om ett umgängessabotage. Det får således inte finnas en presumtion att det finns ett likhetstecken mellan motstånd till umgänge och umgängessabotage.¹⁷⁴

Vid ett beslut om vem av föräldrarna som skall anförtros vårdnaden har tidigare förarbeten uttryckt att, om det ej föreligger omständigheter som talar för en annan lösning, den förälder som kan antas ha störst förmåga att främja ett umgänge med den andra föräldern skall anförtros vårdnaden.¹⁷⁵

Domstolen bör inte, såvitt inte omständigheter talar för en annan lösning, anförtro vårdnaden till en förälder som motsätter sig umgänge, som exempel när det föreligger en risk för att barnets psykiska eller fysiska hälsa far illa. Det är viktigt att domstolen alltid beaktar föräldrarnas motiv till att motsätta sig umgänge. En annan omständighet som skall beaktas vid bedömningen om vem som skall anförtros vårdnaden är att barnet under en längre tid har vistats hos den förälder som är negativt inställd eller har svårigheter att främja ett umgänge. Domstolen får då göra en avvägning av barnets behov av en nära och god kontakt med sina föräldrar och barnets behov av stabilitet och trygghet, den s.k. kontinuitetsprincipen.¹⁷⁶ Att en förälder har agerat felaktigt, är inte en omständighet som i sig per automatik skall vara

¹⁶⁹ SOU 2005:43 s. 168.

¹⁷⁰ Prop. 1990/91:8 s. 39.

¹⁷¹ Sjösten, 2009 s. 58.

¹⁷² Prop. 1990/91:8 s. 61.

¹⁷³ SOU 2005:43 s. 426.

¹⁷⁴ SOU 2005:43 s. 170.

¹⁷⁵ Prop. 1990/91:8 s.40, jfr prop. 1981/82:168 s. 66.

¹⁷⁶ Prop. 1990/91:8 s. 61.

avgörande, utan det är en samlad bedömning av samtliga omständigheter som skall beaktas och barnets bästa som skall vara avgörande. Ur ett barnperspektiv kan dock ett agerande som innebär att barnet förvägras sin rätt till umgänge med den andra föräldern emellertid leda till att det som främjar barnet bäst är om den andra föräldern anförtros vårdnaden. En förälders agerande skall givetvis tas i beaktande och kan även ha en avgörande betydelse. Det är emellertid inte föräldrarnas agerande eller skäl för sitt agerande i sig som har betydelse utan det är konsekvenserna av föräldrarnas handlande och som barnet kan drabbas av som skall vara avgörande, utifrån vad som är barnets bästa.¹⁷⁷

Det har framförts krav från olika håll att vårdnaden i princip skall överflyttas automatiskt till den andra föräldern i de fall där en förälder motsätter sig eller förvägrar barnet umgänge med den andra föräldern. I proposition 1990/91:8 anser dock regeringen att en sådan regel vore föga lämplig då en förälders åtgärder att motverka ett umgänge kan ha sin grund i befogad rädsla för barnets välbefinnande och är endast ett sätt för föräldern att skydda sitt barn mot eventuella övergrepp. En sådan regel skulle även försvåra en bedömning av det enskilda fallet.¹⁷⁸

I proposition 2005/06:99 anges att *”Vid umgängessabotage eller umgängesvägran så är det inte ett rättvise- eller bestraffningstänkande som skall aktualiseras utan det avgörande skall vara vilka konsekvenser och vilken betydelse som handlandet ifråga får för barnet.”*¹⁷⁹

6.2.1 Förälders umgängesvägran

Förälders vägran eller försvårande av umgänge vid umgängestillfällena har varit uppe för diskussion.¹⁸⁰ Frågan berördes även kort i utredningen SOU 2005:43.¹⁸¹ En förälders umgängesvägran kan innebära att förälder är helt frånvarande och inte vill medverka till något umgänge mellan sig själv och barnet. Det kan också ta sig uttryck i att föräldern försvårar umgänge genom att komma för sent till umgängestillfällena, eller inte dyker upp alls när umgänge skall äga rum. Även denna typ av utestängande från en förälder kan ha, och har sannolikt, en stor negativ påverkan på barnet. I lagen uttrycks att även umgängesföräldern har ett ansvar att barnets behov av umgänge tillgodoses.¹⁸² Det finns dock ingen bestämmelse som tvingar en förälder till att ta ansvar, med undantag av ekonomiskt ansvar, eller att ha någon kontakt med sitt barn. Det skulle inte vara möjligt eller lämpligt med en sådan regel ur ett barnperspektiv. Att tvinga en förälder att visa intresse för sitt barn är en omöjlighet. I situationer då en förälder vid upprepade

¹⁷⁷ SOU 2005:43 s. 169.

¹⁷⁸ Prop. 1990/91:8 s. 39.

¹⁷⁹ Prop. 2005/06:99 s. 116.

¹⁸⁰ Jfr. Prop. 1990/91:8 s. 151, Prop. 1990/91:8 s.155 ff.

¹⁸¹ SOU 2005:43 s. 170.

¹⁸² 16 kap. 15 § FB.

tillfällen försvårar umgänget bör det istället övervägas om umgänge skall begränsas eller höra upp helt eftersom ett sådant beteende från umgängesföräldrarnas sida kan leda till men för barnet.¹⁸³ Frågan om införande av sanktioner, såsom vite, när en förälder undandrar sig umgänge eller försvårar umgänget mellan barnet och sig diskuterades i prop. 1997/98:7. Regeringen pekade på vikten av barnets behov av en relation till båda sina föräldrar. Samtidigt anförde regeringen att ett påtvingat umgänge kan ha en motsatt effekt och istället förvärra relationen mellan barnet och föräldern. Det kan även finnas omständigheter som gör att en förälder inte vill ha en relation till sitt barn och att ett påtvingat umgänge således kan vara oförenligt med barnets bästa. Mot bakgrund av detta ansåg regeringen att sanktionering av förälders skyldighet att umgås med sitt barn ej bör införas i lagen.¹⁸⁴

6.2.2 Reformen

Det var genom 1991-års lagändring som bestämmelsen om att principen om barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar infördes i lagtexten.¹⁸⁵ Syftet med införandet av denna bestämmelse var bland annat att motverka umgängessabotage. I samband med lagstiftningsåtgärden diskuterades, i form av motioner, även om det borde införas ett straffrättsligt ansvar för umgängessabotage. Det ansågs emellertid att det skulle vara att gå för långt att införa en sådan sanktion. Sanktioner i form av indraget underhållsstöd har även det diskuterats, men såväl regeringen som lagutskottet bedömde att en sådan sanktion ytterst skulle drabba barnet och att en sådan sanktion därför inte skulle komma ifråga.¹⁸⁶

I propositionen till bestämmelsen anges att med hänsyn till betydelsen av barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar har för barnets psykiska hälsa, finns det anledning att se allvarigt på dessa fall när en förälder saboterar umgänget mellan barnet och den andra föräldern.¹⁸⁷ Syftet med reformen var att ge principen om barnets behov av en god och nära kontakt med sina föräldrar en framträdande roll samt understryka principens betydelse. Principen var ej ny i svensk rätt utan har omnämnts i tidigare förarbeten.¹⁸⁸ Enligt regeringen anses principen så grundläggande att en uttrycklig bestämmelse i lag är motiverad.¹⁸⁹

¹⁸³ SOU 2005:43 s. 170, jfr även RH 1997:59 där hovrätten upphävde tingsrättens interimistiska umgängesbeslut då umgängesföräldern inte kommit och hämtat barnen i enlighet med beslutet med hänvisning till att detta upprepade händelseförlopp ej var förenligt med barnets bästa.

¹⁸⁴ SOU 2005:43 s. 516.

¹⁸⁵ Prop. 1990/91:8 s. 198 samt 198.

¹⁸⁶ SOU 2005:43 s. 517, jfr prop. 1990/91:8.

¹⁸⁷ Prop. 1990/91:8 s. 39.

¹⁸⁸ Jfr t.ex. prop. 1981/82:168 s. 66.

¹⁸⁹ Prop. 1990/91:8 s. 37ff.

En klar majoritet av remissinstanserna tillstyrkte lagförslaget eller lämnade det utan erinran. Ett fåtal instanser motsatte sig dock lagförslaget, i huvudsak med motiveringen att lagreglering ej ansågs nödvändigt.¹⁹⁰

De instanser som motsatte sig förslaget var Göta Hovrätt, Sveriges domareförbund samt Sveriges socialdemokratiska kvinnoförbund (SSKF). Tveksamma till förslaget, eller kritik mot dess utformning framförs av BRIS, RMSÖ samt Ingrid Adamsson (dåvarande förste socialsekreterare i Uddevalla).¹⁹¹

Göta hovrätt anförde till avstyrkande av förslaget att det är av stor vikt att vårdnadsfrågan avgörs efter en bedömning i det enskilda fallet och att framhäva en omständighet i lagen som särskilt betydelsefull därför är olämpligt.¹⁹² Sveriges domareförbund bedömde likt Göta hovrätt att något behov av lagstiftning som särskilt uttrycker principen om barnets behov av en god och nära kontakt med båda sina föräldrar ej föreligger. De ansåg att principen beaktas med vad som anförts i praxis och lagförarbeten.¹⁹³ SSKF ifrågasätter en ändring i FB som innebär att barnets behov av kontakt med båda föräldrarna ges en betydande roll. SSKF vill istället framhäva svårigheterna med ”de försvunna fäderna”, d.v.s. pappor som överger barnen efter en separation. SSKF stödjer utredningens vilja att motverka umgängessabotage men anser att t.ex. en ändrad processuell ordning vad gäller verkställighet av avgöranden gällande vårdnad, boende och umgänge bör ses över.¹⁹⁴ BRIS såg det positiva med en betoning av barnets behov av umgänge med båda sina föräldrar. De ställer sig dock ifrågasättande till att förslaget har uppfattningen om att umgänge skall ske till varje pris, även då föräldrarna är i konflikt, och att utredningen inte tillräckligt har beaktat de risker barnet kan utsättas för vid umgänge.¹⁹⁵ Liknande synpunkter framfördes av riksförbundet mot sexuella övergrepp på barn (RMSÖ) och Ingrid Adamsson.¹⁹⁶ Även frågan om frånvarande föräldrar togs upp av RMSÖ, vilka likt SSKF anser att frågan ej har framhållits eller behandlats i utredningen om umgängessabotage.¹⁹⁷

6.3 Praxis

6.3.1 RH 1994:3

I RH 1994:3 hade fadern och modern endast haft en kort relation innan deras gemensamma son föddes. Parterna hade vid sonens födsel ingen relation. Allt sedan deras son var 8 veckor gammal har umgänget mellan barnet och fadern varit föremål för konflikt mellan föräldrarna. I ett

¹⁹⁰ Prop. 1990/91:8 s. 37.

¹⁹¹ Prop. 1990/91:8 s. 141-157.

¹⁹² Prop. 1990/91:8 s. 141.

¹⁹³ Prop. 1990/91:8 s. 146.

¹⁹⁴ Prop. 1990/91:8 s. 151.

¹⁹⁵ Prop. 1990/91:8 s. 147.

¹⁹⁶ Dåvarande förste socialsekreterare i Uddevalla.

¹⁹⁷ Prop. 1990/91:8 s.155ff.

domstolsbeslut från hovrätten i november 1991 så skulle sonen ha rätt till umgänge med sin far varje onsdag 16-18 samt varannan söndag 10-18 fram till december 1992. Umgänget skulle sedan utökas successivt.

1994 väckte fadern talan med yrkande om ensam vårdnad, alternativt att visst umgänge mellan honom och sonen skulle fastställas. Modern bestred dessa yrkanden.

Fadern anförde som skäl för sin talan att modern genom att försvåra och sabotera umgänget mellan honom och sonen, samt hennes motvilja att följa hovrättens dom, inte insåg barnets behov av en nära och god relation till fadern och att hon med anledning av detta är olämplig som vårdnadshavare. Fadern menade att han å andra sidan förstod vikten av barnets kontakt med båda sina föräldrar. Modern hade bland annat rest utomlands samt flyttat utan faderns kännedom. Enligt uppgift från fadern har umgänge överenskommit med modern som modern sedan i sista sekund har försvårat eller ställt in.

Modern anförde att hon inte har försvårat umgänget mellan barnet och fadern utan att det är fadern själv som ej har velat etablera en kontakt med sonen och således försvårat umgänget. Modern uppgav även att hon blivit utsatt för våld av fadern och att fadern var olämplig som vårdnadshavare.

Tingsrätten framhöll att parterna har en mycket konfliktfylld relation och att de ej har förmåga att samarbeta och att något egentligt umgänge mellan fadern och sonen aldrig kommit igång. Tingsrätten poängterar vikten av barnets behov av en god relation till båda sina föräldrar men framhöll även vikten av barnets behov av kontinuitet och stabilitet. Tingsrätten ansåg att modern hade försvårat umgänget och att hon vägrat att följa hovrättens dom utan några godtagbara skäl. Tingsrätten ansåg att utredningen visat att fadern är lämplig som förälder och att det kan finnas risk att umgänge inte kommer till stånd om modern fortsatt kommer att ha ensam vårdnad om pojken. Tingsrätten menade också att en överflyttning av vårdnaden skulle innebära att sonen skulle ryckas upp ur sin invanda miljö. Tingsrätten valde dock att lägga större vikt vid barnets behov av kontakt med båda sina föräldrar och anförde att fadern vårdnaden ensam.

Modern överklagade domen till hovrätten. Hovrätten förordnade, med ändring av tingsrättens dom, att modern skulle anförtros vårdnaden ensam men att fadern skulle ha umgänge enligt hans andrahandsyrkande.

Hovrätten anförde att frågan om barnets behov av en nära och god relation till båda sina föräldrar stod i förgrunden i detta mål samt vårdnadshavarens plikt att främja en sådan relation och att en brist att främja umgänge kan leda till en överflyttning av vårdnaden till den förälder som bättre kan tillgodose detta behov. Hovrätten till skillnad från tingsrätten ansåg dock inte att modern försvårat umgänget i den utsträckning som görs gällande av fadern utan att båda kan hållas till ansvar för att umgänge ej kommit till stånd. Modern ansågs emellertid bära ett större ansvar då hon har haft

rådigheten över barnet men ej i den grad att flytta barnet från sin invanda miljö skulle vara motiverat.

6.3.2 NJA 1989 s. 335

Parterna i målet gifte sig år 1982 och samma år föddes deras gemensamma dotter. Parterna ansökte om gemensam äktenskapsskillnad och blev under betänketiden oense om vem som skulle ha vårdnaden om dottern. Dottern hade sedan 1985 bott stadigvarande hos modern. Modern yrkade slutligen att hon skulle anförtrons vårdnaden om dottern ensam. Fadern bestred yrkandet om ensam vårdnad och yrkade för egen del att vårdnaden skulle anförtrons honom ensam.

Modern anförde som stöd för sin talan att bandet mellan henne och dottern var mycket starkt samt att modern hade en dotter från ett tidigare förhållande som dottern hade starka band till. Vidare anförde modern att dottern varit stadigvarande boende hos henne i tre år och att det därmed vore olämpligt att rycka upp henne ur hennes invanda, stabila och trygga miljö.

Fadern anförde som stöd för sin talan att modern har psykiska problem och att hon saknar verklighetsförankring. Hon har ingen insikt i dotterns behov av kontakt med båda sina föräldrar och motverkar ett umgänge mellan dottern och honom. Fadern menade att han är en lugn och stabil person och att han är lämplig som vårdnadshavare.

Socialnämnden genomförde en vårdnadsutredning. Mot bakgrund av moderns motarbetande av umgänge och oförmåga att efterfölja tingsrättens interimistiska beslut förordade socialnämnden fadern som vårdnadshavare. Moderns skäl för motarbetande av umgänge var att umgänget är för tätt och att det inkräktar på flickans aktiviteter utanför hemmet. Socialnämnden ansåg inte dessa skäl vara godtagbara. Socialnämnden framförde att fadern gav intrycket av att vara en mognare person som hade större förmåga att tillvarata dotterns behov, inte enbart vad gäller umgänget utan även vad gällde flickans mentala behov.

I juni 1988 beslutade tingsrätten genom dom att vårdnaden skulle tillkomma fadern.

Modern fullföljde talan i hovrätten. Fadern bestred ändring. Hovrätten förordnade, med ändring av tingsrättens dom, att vårdnaden skulle anförtrons modern.

Parterna åberopade i princip samma omständigheter som i tingsrätten. Fadern lade dock till att modern lämnat sin bostad och hållit sig undan med dottern under 5-6 månaders tid, vilket medförde att dottern ej kunnat gå i förskolan.

Hovrätten anförde som skäl för sitt beslut att om man bortser från att modern ej efterföljt domstolens beslut om umgänge, skulle det vara till flickans bästa att även i fortsättningen bo tillsammans med sin moder i den miljö hon sedan tre år tillbaka levtt i. Hovrätten menade att moderns agerande på något sätt inte kan ursäktas, men menade å andra sidan att hennes kompromisslöshet ej nått en sådan grad att hon kan anses olämplig som vårdnadshavare. Modern hade även uttalat inför hovrätten att hon ämnade främja ett umgänge mellan flickan och fadern. Hovrätten fann med tvekan att vårdnaden tills vidare skulle tillkomma modern med betoning på moderns skyldighet att medverka till umgänge.

Fadern sökte revision och yrkade i HD att vårdnaden skulle anförtros honom.

Trots att umgänget sedan hovrätten fattat sitt beslut hade fungerat ansåg HD att moderns tidigare agerande visat på att hon är beredd att sätta sina egna behov först om hon hamnar i konflikt med fadern. HD ansåg därmed att det fanns anledning att befara att modern i framtiden kunde komma att motverka ett umgänge. HD beaktade omvälvningen för flickan som kommer med en överflyttning av vårdnaden men ansåg att det i utredningen framkommit att flickan var en trygg och stabil flicka som skulle klara den förändringen.

Med ändring av hovrättens dom anförtrodde HD fadern vårdnaden.

I rättsfallet gjordes en prognos över om umgänget skulle komma att fungera om fadern tillerkändes vårdnaden. I målet ansåg HD att barnets behov av en god kontakt med båda sina föräldrar övervägde barnets behov av kontinuitet. Trots att kontakten mellan far och dotter ej varit så djupgående¹⁹⁸ så hade fadern visat att han med framgång hade verkat för ett väl fungerande umgänge mellan dotter och moder.¹⁹⁹

6.3.3 NJA 1992 s. 666

I målet hade parterna tidigare varit sambor och hade tillsammans en gemensam dotter. 1986 förordnade tingsrätten om ett visst umgänge mellan flickan och fadern. 1990 väckte modern talan om att något umgänge mellan flickan och fadern ej skulle fastställas.

Modern anförde till stöd för sin talan att dottern tog skada av umgänge med fadern och att fadern var olämplig som vårdnadshavare. Modern menade vidare att hon ej hade motverkat ett umgänge mellan fadern och flickan utan att det var flickan som hade en önskan att ej träffa sin fader. Modern uppgav att dottern blev ledsen när hon hade träffat sin fader att fadern är allt för bestämd och att dottern vid ett tillfälle har uttryckt att hon vill dö om hon

¹⁹⁸ Jfr NJA 1980 s. 709.

¹⁹⁹ Sjösten, JT 1999-2000 s. 342.

måste träffa sin far. Vidare framför modern att fadern har burit hand på henne under deras relation.

Fadern anförde som stöd för sin talan att dottern ej tagit skada av umgänge med honom och att det inte förelåg några särskilda omständigheter som talade emot ett umgänge mellan honom och dottern. Fadern framförde även att modern under lång tid hade motarbetat ett umgänge, och menade att han förstod dotterns behov av en god kontakt med båda sina föräldrar och att han skulle främja en sådan kontakt.

I målet har dottern samtalat med barnpsykologer. Dessa har i målet framfört olika ståndpunkter. Någon menade att man skall ge gehör för dotterns vilja samt att fadern är allt för stelbent och måste vara mer flexibel vad gäller umgänget och att relationen mellan fader och dotter skulle försämrats om han ej lyssnade mer till dottern. En annan barnpsykolog framförde å andra sidan att tydliga umgängestillfällen var det som skulle främja relationen bäst.

Då det vid överlämnande eller försök till överlämnande vid umgängestillfällena har uppstått stora problem har det funnits flera kontaktpersoner involverade. Många menade att modern har tagit dottern till fadern men att dottern vägrat. Flera kontaktpersoner vittnade dock om moderns aktiva motverkan mot umgänget genom att släcka ner belysning vid vägen till huset för att göra det svårframkomligt samt att ha stängt av vägen med bilar upp till bostaden. Hon har även haft flera personer närvarande vid hämtning och lämning vilket vissa kontaktpersoner har upplevt göra situationen väldigt onaturlig och nästan skrämmande. Vissa kontaktpersoner framförde även att modern har agerat illa mot dem samt hotat med att anmäla dem för olaga intrång.

Tingsrätten anförde att modern har en skyldighet att motivera dottern avseende umgänget med fadern och att hennes starka motarbetande tyder på en olämplighet som vårdnadshavare. Detta skulle tala för en överflyttning av vårdnaden till fadern. Mot ett sådant överflyttande talar dock att dottern sedan hon varit i spädbarnsåldern bott hos sin moder och att ett uppbrott ur den invanda miljön i detta fall skulle vara olämpligt. Modern anförtroddes vårdnaden om dottern.

Fadern fullföljde talan i hovrätten. Modern bestred ändring avseende vårdnaden. Hovrätten gick på samma linje som tingsrätten och fastställde tingsrättens dom med i allt väsentligt samma motivering.

Fadern sökte revision i HD. Modern bestred ändring vad gällde vårdnaden. HD fastställde hovrättens beslut.

HD fann att modern utan godtagbara skäl aktivt har motarbetat umgänge mellan fader och dotter, trots att det i hennes egenskap av vårdnadshavare ligger ett ansvar att tillgodose barnets behov av en nära och god kontakt med den andra föräldern. HD anför vidare att det inte har framkommit något

i utredningen som tyder på att han skulle vara olämplig som vårdnadshavare. Flickan var dock nio år och hade bott med sin mamma under hela sin livstid och moder och dotter har en god relation till varandra. Mot bakgrund av detta ansåg HD att det var mest förenligt med dotterns bästa att modern anförtroddes vårdnaden, trots hennes bristande vårdnadshavaransvar.

6.3.4 NJA 1998 s. 675

I detta fall hade parterna i målet en gemensam son född 1995, om vilken modern hade ensam vårdnad. Fadern väckte talan i tingsrätten och yrkade att vårdnaden skulle överflyttas till honom. Deras gemensamma son föddes efter att de hade separerat efter ett 17-årigt samboförhållande.

Grunden fadern anförde för sin talan var att modern förvägrade sonen och fadern något som helst umgänge eller kontakt och menade att detta utvisar hennes olämplighet som förälder då hon ej kan sätta sonens behov framför sina egna.

Modern anförde till stöd för sin talan att det fanns brister i faderns intresse för barnet och att fadern ej varit delaktig i skötseln om sonen. Hon anförde även att en överflytt av vårdnaden skulle vara uppslitande för sonen vilket skulle kunna ge bestående skador då en överflytt skulle innebära slitningar och en känsla av otrygghet för sonen.

Socialnämnden anförde i sin utredning att båda föräldrarna ej är direkt olämpliga men att modern visar dåligt omdöme som motverkar sonens och faderns umgänge. Utredarna menar å andra sidan att en överflytt av vårdnaden av en tvååring skulle ge så stora konsekvenser att det ändå är att föredra att sonen skulle bo hos modern men ha en stadig kontakt med fadern. De underströk dock att moderns beteende tyder på hennes olämplighet som vårdnadshavare. Tingsrätten gick på socialnämndens linje och beslöt att ej bifalla faderns yrkande om vårdnad men fastställde umgänge enligt faderns umgängesyrkanden.

Fadern överklagade domen till hovrätten. Hovrätten tillerkände, med ändring av tingsrättens dom, fadern ensam vårdnad.

I hovrätten anför fadern utöver det som anförts i tingsrätten att moderns skäl till att motverka umgänget var att det tar för mycket av hennes tid i anspråk. Modern anför att det är skadligt för sonen att umgås med fadern. Hon menar att hon själv fick för lite tid med sin son när fadern hälsade på varje helg och att det var av den anledningen hon avbröt umgänget. Modern framhöll även att om fadern skulle anförtros vårdnaden så skall hon bryta kontakten med sin son för att han skall få en fast och trygg tillvaro.

Hovrätten anförde i sina skäl att det får tillskrivas modern att något umgänge ej har ägt rum. Modern har ej följt tingsrättens interimistiska

beslut avseende faderns umgängesrätt med sonen då hon anser att ett sådant ”flängande” är skadligt för barnet. Till skillnad från tingsrätten ansåg hovrätten dock att det i ett längre perspektiv är till sonens bästa att fadern erhåller vårdnaden då han är den som bäst kan tillgodose sonens kontakt med båda föräldrarna. Hovrätten berör kontinuitetsaspekten men lägger större vikt vid principen om barnets rätt till umgänge.

Modern sökte revision.

Efter en sammanvägning av de olika omständigheterna gick HD på tingsrättens linje och menade att sonens behov av stabilitet och trygghet vägde tyngre än en god och nära kontakt med båda sina föräldrar. Pojken hade sedan födseln bott hos modern och var vid tiden för domstolens beslut 3,5 år gammal. HD framhöll dock i sina skäl att moderns agerande i och för sig talade för en överflytt av vårdnaden.

Justitieråden Munck och Håstad var skiljaktiga och menade på skilda grunder att Hovrättens dom skulle fastställas, d.v.s. att fadern skulle anförtros vårdnaden. Munck anförde att moderns inställning till umgänget mellan sonen och fadern medförde att hon var olämplig som vårdnadshavare och att det därav var förenat med risker för sonen om modern skulle anförtros vårdnaden. Håstad berörde även han moderns lämplighet och förde även ett resonemang avseende den stora förändringen som en förflyttning av vårdnaden skulle innebära. Håstad anförde vidare att det förelåg en osäkerhet kring vad som är till barnets bästa och att vårdnaden i och med detta skall anförtros den förälder som bäst kan tillgodose ett fungerande umgänge mellan den andra föräldern i enlighet med 6 kap. 2 a § 2 st FB.²⁰⁰

6.3.4.1 Reflektioner över HD:s bedömning

Mats Sjösten menar att i detta fall är kontinuitetsprincipen det avgörande på bekostnad av principen om en nära och god kontakt med båda sina föräldrar. Detta trots att föräldrarna bor i närheten av varandra samt att fadern hade god beredskap på den situation som skulle uppkomma i och med en överflyttning av vårdnaden. Sjösten anser att de skiljaktiga justitieråden ligger i närmare linje med lagens ändamål och syfte vad gäller barnets behov av kontakt med båda sina föräldrar.²⁰¹ Sjösten finner HD:s beslut anmärkningsvärt. Han anser visserligen att son och fader ej har haft någon kontakt under tre år, men det stod å andra sidan klart att modern även i framtiden skulle motverka ett umgänge oavsett domstolens beslut. Detta tyder på en brist hos modern att inse sonens behov av ett umgänge med sin fader. Sjösten anser att HD skulle gått på hovrättens linje. Sjösten finner att HD:s uttalanden kan tolkas såsom att kontinuitet väger tyngre än barnets behov av umgänge medan den gällande lagen och förarbeten pekar på att en samlad bedömning skall göras men att principen om barnets behov av umgänge skall väga tyngre i de fall då avbrottet i kontakt ej har varat i

²⁰⁰ NJA 1998 s. 675 samt Schiratzki JT 1998/99 s. 975f.

²⁰¹ Sjösten, JT 1999-2000 s. 345.

någon avsevärt längre tid. Sjösten framhåller att kontinuitetsprincipen bör ges en minskad betydelse till förmån för principen om barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna då domstolen vid sin bedömning skall fästa särskilt avseende vid den senare principen.²⁰²

Någon som ej instämmer i Sjöstens kritik mot majoriteten i HD:s bedömning är Johanna Schiratzki. Schiratzki framhåller att HD i detta fall har haft framför allt två frågor att ta stillning till. För det första värderingen av barnets behov av umgänge i förhållande till kontinuitet och för det andra tolkningen av portalparagrafen i 6 kap. 2 a § FB. I 6 kap. 2 a § stadgas att barnets bästa skall komma i främsta rummet vid avgöranden som rör frågor om vårdnad, boende och umgänge, och att det vid bedömningen skall läggas särskild vikt vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna samt risken för att barnet utsätts för övergrepp, olovligen förs bort eller hålls kvar eller annars far illa.²⁰³

Till skillnad från Sjösten, instämmer Schiratzki med majoritetens bedömning. Schiratzki menar att kontinuiteten i detta fall måste vägra tyngre än barnets behov av umgänge. Även om Schiratzki framhåller att det är svårt att veta hur barnet skulle påverkas av en förflyttning av vårdnaden. Hon finner det emellertid svårt att se hur man till ett barn av en så ringa ålder skulle kunna ge en tillfredsställande förklaring till varför han skiljs från sin moder, och att det finns en risk att barnet uppfattar separationen som en bestraffning.

Förarbetena framför att de omställningssvårigheter som ett barn utsätts för i vissa fall kan vara ett pris värt att betala för att få till stånd en fungerande relation till båda föräldrarna. Schiratzki menar att denna tolkning av barnets bästa som framförs i förarbetena ej är förenligt med den betoning av kontinuitet som görs inom socialrätten.²⁰⁴ Schiratzki betonar även att den förändring som skett avseende den legala synen på umgänge inte fullt ut har stöd i psykologisk forskning. I första hand är det föräldrarnas förmåga att samarbeta och lösa konflikter som påverkar barnets välbefinnande och i andra hand umgänget.²⁰⁵ Schiratzki anser att det ställningstagande HD gjorde i NJA 1998 s. 675 är en nyttig påminnelse om att när riskerna för att barnet skall fara illa är stora, bör trots umgängessabotage ingen överflytt av vårdnaden ske. Att ett litet barn skall skiljas från sin stabila och trygga miljö och placeras hos en person som förvisso är en biologisk förälder men ändå är främling menar hon är ett högt pris som barnet får betala för sin ”rätt” till umgänge.²⁰⁶

Schiratzki menar att majoriteten har tolkat barnets bästa som en princip som tillåter rättstillämparen att göra en samlad bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Hon menar å andra sidan att minoriteten tolkat barnets bästa med utgångspunkt i lagens ordalydelse. Schiratzki anser

²⁰² Sjösten, JT 1999-2000 s. 347.

²⁰³ Schiratzki, JT 1998/99 s. 973.

²⁰⁴ Schiratzki, JT 1998/99 s. 974, jfr prop. 1990/91:8 s. 61.

²⁰⁵ Schiratzki, JT 1998/99 s. 975.

²⁰⁶ Schiratzki, JT 1998/99 s. 975.

att tolkning av barnets bästa skall ske i en individualiserad skönsbedömning och menar att 6 kap. 2 a § 2 st FB ger utrymme för att väga in andra än lagfästa bestämmelser i bedömningen. För det fall lagfästa principer ges en större betydelse i bedömningen får det enligt Schiratzki resultatet att den förälder som åberopar andra principer än de lagfästa kommer behöva styrka varför ett undantag skall göras. Kontinuitetsprincipen framgår ej av 6 kap. 2 a § FB men Schiratzki framhåller dock att principen kan hänföras till 6 kap. 1 § FB om barnets grundläggande rättigheter.²⁰⁷

²⁰⁷ Schiratzki, JT 1998/99 s. 976.

7 Analys

7.1 Vad är barnets bästa?

Enligt svensk rätt skall barnets bästa vara avgörande för alla beslut avseende vårdnad, boende och umgänge. Detta innebär bland annat att ett barnperspektiv skall intas, d.v.s. det är barnets intresse som alltid skall vara avgörande. Till skillnad från svensk rätt så kan i barnkonventionen även andra intressen än barnets dock väga in och även i vissa fall ges företräde. I EKMR intas inte endast ett barnperspektiv utan också ett föräldraperspektiv, när det finns skäl för att inskränka umgängesrätten mellan ett barn och en förälder skall enligt EKMR en avvägning mellan barnets intresse och föräldrarnas intresse göras.

Att barnets bästa skall ligga till grund för alla beslut avseende vårdnad, boende och umgänge är tämligen ostridigt, det är för de flesta en självklarhet. Oenighet kan dock råda avseende vad som faktiskt är barnets bästa. Det kan därmed innebära en osäkerhet vad begreppet barnets bästa har för innebörd. Någon klar definition av begreppet barnets bästa går varken att finna i internationella dokument eller i svensk nationell lagstiftning. Detta motiveras ofta med att begreppet kräver flexibilitet för att begreppet skall kunna tillämpas i de enskilda fallen och därmed till undvikande av slentrianmässiga bedömningar. Jag kan till viss del godta den motiveringen, då jag själv kan tycka det vara riskfyllt att ge begreppet en allt för snäv innebörd. Detta då det kan leda till svårigheter att göra en bedömning i det enskilda fallet. Jag tror emellertid att ett skäl till att begreppet ej definierats närmare är just att det hos lagstiftaren råder osäkerhet, och till viss del oenighet, om vad som är till barnets bästa. Vissa principer om barnets bästa har uttryckligen angivits i FB, såsom barnets rätt till fysisk och psykisk omvårdnad, att ej bli utsatt för kränkningar och att barnet har ett behov av en god och nära kontakt med båda sina föräldrar. Principer om barnets bästa har även utarbetats i praxis, bland annat principen om att barnet behöver trygghet och stabilitet, kontinuitetsprincipen.

Svenska domare anser att begreppet är otillräckligt definierat. Det ger en känsla av otrygghet när en relativt stor del av domarna i rätten känner sig osäkra på begreppets innebörd.²⁰⁸

Vår syn på vad som är det bästa för ett barn präglas sannolikt till stor del av egna erfarenheter och principer. Våra idéer och våra uppfattningar av vad som är bäst för barnet grundar sig sannolikt även på hur vår egen uppväxt har sett ut och huruvida vi anser att uppväxten har varit god eller inte. Innebörden av barnets bästa har även kommit att förändras i takt med tiden och med att samhällets värderingar och synen på barnet har förändrats.

²⁰⁸ Rejmer, 2003, s. 124.

Synen på barnet har främst förändrats genom att barnet numera ses som ett subjekt och inte ett objekt.

7.2 Tillämpningen av begreppet barnets bästa

Det är domstolar och socialnämndens tjänstemän som har att konkretisera begreppet barnets bästa genom att tillämpa begreppet. Det är deras uppgift att utifrån vetenskap, kunskap samt egna erfarenheter avgöra vad som är till barnets bästa. Det är barnets intressen som skall ligga till grund för alla beslut avseende vårdnad, boende och umgänge. Domstolar och socialnämnder har kritiserats för att i vissa fall inta ett föräldraperspektiv. Även jag tror det vara sannolikt att rättsens ledamöter eller tjänstemän vid socialnämnden ibland fattar sympati för en förälder och låter detta påverka sin bedömning, om än omedvetet, vilket i vissa fall säkert kan ske på bekostnad av barnets bästa.

Barnet tenderar att behandlas schablonmässigt i bl.a. vårdnadsutredningar samt i domskäl.²⁰⁹ Av de material jag själv har tagit del av när jag har varit i kontakt med vårdnadsfall, genom att ta del av socialnämndens utredningar och läst domskäl eller skäl för beslut, kan jag inte annat än att instämma att barn tenderar att behandlas slentrianmässigt. Den uppfattning jag har fått är att socialnämnder och domstolar ofta använder sig av standardiserade uttryck i sina bedömningar och skäl samt att vissa principer tillämpas slentrianmässigt. Skälen för socialnämndens bedömningar och domstolens avgöranden anser jag i många fall formuleras mycket snarligt trots att omständigheterna i de enskilda fallen är synnerligen avvikande. Enligt Rejmers undersökning av domar avgjorda genom huvudförhandling motiverades 2/3 av avgörandena med kontinuitetsprincipen. Att kontinuitetsprincipen är den princip som motiverar flest, eller åtminstone en mycket stor del av besluten, är också den uppfattningen jag har fått. Om detta har sin grund i att kontinuitet faktiskt varit till barnets bästa i alla dessa enskilda fall eller om kontinuitetsprincipen har använts av ren slentrian är inget jag har haft möjlighet att undersöka. Jag är dock av tron att domstolen i vissa fall använt sig av kontinuitetsprincipen mycket på grund av att den är så djupt rotad och inte tidigare i någon större utsträckning har ifrågasatts.

7.3 Det interimistiska beslutets betydelse för det slutliga avgörandet

Att ett interimistiskt beslut ofta har en styrande effekt på det slutliga avgörandet anser jag har framkommit i den deskriptiva delen. Det slutliga

²⁰⁹ Rejmer, 2003, s. 128.

beslutet överensstämmer mycket ofta med vad som beslutats interimistiskt. Detta med stor sannolikhet på grund av att det ofta förflutit tämligen lång tid mellan det interimistiska beslutet och en huvudförhandling. Barnet har ansetts funnit sig till rätta i sin i den ordning som har förelegat under processens gång. Domstolarna är mycket restriktiva med att avbryta en fungerande ordning, även om det andra alternativet ur ett annat perspektiv än barnets behov av kontinuitet och stabilitet kanske skulle vara att föredra ur ett långsiktigt perspektiv.

Det har i mitt arbete framkommit att interimistiska beslut vanligen baseras på ett mycket magert material. Det domstolen har att grunda sitt beslut på är vanligen bara parternas stämningsansökan, eventuella svaromål samt socialnämndens snabbupplysning, vilken vanligtvis har ett tunt innehåll. Det kan naturligtvis vara riskfyllt att fatta ett beslut på ett magert material, när beslutet oftast speglas i det slutliga avgörandet. Ett undantag avseende att det interimistiska beslutet och det slutliga avgörandet har överensstämt är NJA 1980 s. 709. De två underinstanserna anförtrodde vårdnaden om barnet till modern likt det interimistiska beslutet som fattats i samband med den muntliga förberedelsen, med kontinuitetsprincipen som motivering. HD gjorde dock en annan bedömning och anförtrodde vårdnaden om dottern åt fadern. HD anförde i sina skäl att barnet hade haft en så god kontakt med fadern under processens gång att en överflytt av vårdnaden ej skulle innebära några långsiktiga omställningssvårigheter för barnet.

Vid kontakt med mål om vårdnad, boende och umgänge har jag fått uppfattningen att domstolarna är restriktiva med att fatta interimistiska beslut, om omständigheterna i målet inte talar för att ett sådant beslut bör fattas. Omständigheter som kan tala för att ett interimistiskt beslut bör fattas är när det exempelvis föreligger en risk att barnet kan fara illa, föras bort eller när det är påkallat av praktiska skäl, såsom skolgång, mm. Min mening är att domstolen bör vara restriktiva med att fatta interimistiska beslut mot bakgrund av ovan anført, med undantag av de fall där omständigheterna kräver det. Jag anser att det i vissa fall är nödvändigt att snabbt kunna fatta ett beslut och ändra en rådande ordning, i synnerhet i de fall då barnet löper risk att skadas fysiskt eller mentalt.

7.4 Tenderar kontinuitetsprincipen eller principen om barnets behov av umgänge ges företräde?

7.4.1 Inledning

Kontinuitetsprincipen är en princip som utarbetats i praxis. Kontinuitetsprincipen har kommit att bli en av de principer som ligger till grund för domstolarnas beslut avseende vårdnad och boende. Principen om barnets behov av en nära och god kontakt är däremot en lagstadgad princip.

Lagstiftaren har ansett det finnas ett behov av att betona vikten av barnets behov av kontakt med båda sina föräldrar samt föräldrarnas ansvar att tillgodose barnets kontakt med den förälder barnet ej bor tillsammans med. Detta för att försöka motverka förälders umgängessabotage. Umgängessabotage föreligger när en förälder utan godtagbara skäl motverkar eller helt förvägrar barnet umgänge med den andra föräldern. Den förälder som utan fog motverkar ett umgänge bör inte, om inte andra skäl talar för det, ta del i vårdsnaden. Skäl som kan tala emot kan vara risken för att barnet far illa eller barnets behov av stabilitet och trygghet, kontinuitetsprincipen.

Barnets rätt att ej bli utsatt för kränkande behandling är en absolut rättighet och i de fall då det föreligger risk för att barnet far illa är det i de allra flesta fall till barnets bästa att något umgänge inte skall äga rum. I fall då barnet riskeras skadas så har en förälder rätt, och till och med ett ansvar gentemot sina barn, att ej överlämna barnet till den andra föräldern.

Kontinuitetsprincipen och barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar är principer som ofta hamnar i konflikt och blir föremål för en avvägning vid bedömningen av vad som är till barnets bästa. I fem av de sex rättsfall där det har gjorts en avvägning mellan barnets behov av kontinuitet och barnets behov av umgänge har kontinuitetsprincipen givits företräde.

7.4.2 Fall då kontinuiteten givits företräde

I två av rättsfallen, NJA 1986 s. 338 och NJA 1992 s. 93, hade en förälder olovligen bortfört parternas gemensamma barn. I båda fallen gavs kontinuitetsprincipen företräde framför barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar. I det ena fallet hade barnet förts till utomlands av modern och hade vid tiden för HD:s slutliga avgörande bott i det nya landet med modern under två år. I det andra fallet hade fadern bortfört parternas gemensamma son utomlands, fadern begav sig tillbaka till Sverige och sonen fick bo med sina farföräldrar i faderns hemland. HD motiverade sina beslut med kontinuitetsprincipen. Det faktum att en svensk dom avseende vårdsnaden ej skulle kunna verkställas i Sverige hade emellertid sannolikt en inverkan i målen.²¹⁰ I NJA 1992 s. 93 tog HD upp problematiken att en dom avseende vårdsnaden ej skulle kunna verkställas i det land pojken hade förts till samt att svenska myndigheter inte heller skulle ha någon möjlighet att medverka till att den svenska domen skulle verkställas. Det man kan tycka är anmärkningsvärt i detta mål är att sonens behov av stabilitet och trygghet vägde tyngre än hans behov av en kontakt med någon av sina föräldrar.

I de övriga fallen där kontinuiteten har givits företräde kan man se att barnet ofta inte har bott med den andra föräldern någon gång, eller under en

²¹⁰ Sjösten, JT 1999-2000 s. 341 samt 346.

mycket kort period, under barnets första år. Man kan även utläsa att kontakten mellan barnet och föräldern som barnet ej bodde med i övrigt hade haft en mycket ringa eller ingen kontakt alls. Den ringa kontakten berodde i samtliga fall enligt umgängesföräldern på boendeföräldrarnas motverkande av umgänget. Det var i få fall som boendeföräldern uppgav några skäl avseende umgängesföräldrarnas, i något större grad, olämplighet som grund för sin negativa inställning till umgänget. I vart fall inga omständigheter som domstolen ansåg utgöra godtagbara skäl för ett försvärande eller motverkande av umgänget. I något fall uppgav modern att fadern brukat våld mot henne men dock ej mot barnet som ett av skälen till sin motvillighet till umgänget.

Vid en analys av rättsfallen kan man se att underinstanserna har en större benägenhet att ge barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar. Hur det kommer sig att det ser ut på det viset är en intressant fråga, men dessvärre ingen fråga jag har något svar på.

7.4.3 Fall då behovet av umgänge vägt tyngst

I NJA 1989 s. 335 gavs principen om barnets behov av umgänge företräde. I målet hade dottern bott tillsammans med modern och fadern under 2 år. Efter parternas separation kom dottern att bo hos modern i fyra år. Till stöd för sitt beslut anförde HD att modern utan godtagbara skäl motarbetat ett umgänge mellan dottern och fadern. Trots att umgänget under tiden i nära anslutning till domen hade fungerat bra, ansåg HD att modern hade visat att hon vid en konflikt mellan henne och dotterns fader ofta satte sina egna behov framför dotterns. Hon visade genom det att hon ej kunde förstå dotterns behov av ett umgänge med fadern. HD gjorde en prognos över umgänget och bedömde att det förelåg en risk för att modern i framtiden skulle komma att motarbeta ett umgänge. I fallet kan man se en viss skillnad mot övriga rättsfall som tagits upp i uppsatsen. I detta fall hade fadern och dottern haft en något närmare kontakt än i de övriga rättsfallen jag tagit upp. Fadern var därmed enligt HD inte okänd för henne. Man torde genom detta kunna utläsa att principen om en nära kontakt med sina föräldrar kan överväga kontinuitetsprincipen om barnet och föräldern har haft en förhållandevis bra kontakt under en lite längre period. Detta beror sannolikt på att riskerna för omställningssvårigheter, som kan föranledas av en överflytt av vårdnaden eller ändring av boende, anses något lägre när de haft en förhållandevis nära kontakt.

7.5 Slutdiskussion

Sammantaget har jag med stöd av utredningen i detta arbete nått slutsatsen att kontinuitetsprincipen är en mycket viktig princip vid bedömning av vad som är till barnets bästa samt att det är en princip som i mycket stor utsträckning ligger till grund för domstolens beslut. Man kan även se att i de fall när kontinuitetsprincipen ställs emot principen om barnets behov av en

nära och god kontakt med båda sina föräldrar är kontinuitetsprincipen som tenderas ge företräde. Jag tolkar detta som att domstolen anser att det i de flesta fall är av större betydelse att ett barn ej skall utsättas för avbrott i en ”fungerande” tillvaro, än att barnet har en god kontakt och ett väl fungerande umgänge med båda sina föräldrar. Jag har satt citationstecken över ordet fungerande av den anledningen att jag ej anser det vara en fungerande tillvaro att ett barn förvägras kontakt med sin förälder, med undantag för de fall då det föreligger godtagbara skäl för motvillighet till umgänge.

Tycker jag då att det är en korrekt avvägning HovR och HD har gjort i de domar jag studerat? Jag är något vacklande i frågan. Jag delar tanken att det ej är bra för ett barn att bli uppryckt ur sin invanda miljö men jag lutar ändå åt hållet att ett avbrott i en rådande tillvaro ur ett långsiktigt perspektiv kan vara bättre för barnet. Detta för att barnet skall få en nära kontakt med båda sina föräldrar. Ett avbrott i tillvaron skapar sannolikt stora omställningssvårigheter, men jag är av tron att det är övergående olägenheter. Jag är även av tron att man ibland tenderar att underskatta barns styrka och förmåga att anpassa sig till en ny situation. Givetvis är detta något som skiljer från barn till barn, varför en bedömning i det enskilda fallet skall göras.

En konsekvens av att kontinuitetsprincipen har en så stark ställning i mål om vårdnad och boende anser jag är att en förälder genom att sabotera ett umgänge, genom att föra t.ex. barnet utomlands eller på annat sätt motverka umgänget, kan inta en bättre position i dessa mål än föräldern som barnet förvägrats umgänge med. Denna situation är föga tillfredsställande. Frågan är dock hur man skall komma till rätta med situationen. Jag tror att det är av stor vikt att resurser läggs på att effektivisera processen i mål om vårdnad och boende till undvikande av långdragna processer. Idag är utredningstiderna hos socialnämnden tämligen långa och kan således dra ut på tiden.

Avslutningsvis tror jag att domstolarna använder sig så pass frekvent av kontinuitetsprincipen av bland annat skälet att användandet av principen ej i någon större utsträckning ifrågasatts. Jag tror även det hos domstolens ledamöter kan föreligga en rädsla för vad som skall hända om de frångår kontinuitetsprincipen till förmån för principen om barnets behov av en god kontakt med båda sina föräldrar. Jag tror ibland att domstolens ledamöter är så rädda för att beslutet skall bli fel att de gör fel.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1981/82:168 *Om vårdnad och umgänge m.m.*

Prop. 1990/91:8 *Om vårdnad och umgänge*

Prop. 1992/93:139 *Om olovligt bortförande och andra övergrepp mot barn*

Prop. 1997/98:7 *Vårdnad, boende och umgänge*

Prop. 1997/98:182 *Strategi för att förverkliga FN:s konvention om barnets rättigheter i Sverige*

Prop. 2005/06:99 *Nya Vårdnadsregler*

Prop. 2009/10:192 *Umgängesstöd och socialtjänstens förutsättningar att tala med barn*

Statens offentliga utredningar

SOU 1993:40 *Inkopporering av Europakonventionen*

SOU 1996:115 *Barnkonventionen och utlänningslagen*

SOU 1997:116 *Barnets bästa i främsta rummet*

SOU 2005:43 *Barnets bästa, föräldrars ansvar*

Litteratur

Bogdan, Michael, m.fl. *Festskrift till Ulla Jacobsson*, Norstedts Juridik, Göteborg 1991.

Bogdan, Michael, *Svensk internationell privat- och processrätt*, Norstedts Juridik, sjunde upplagan, Stockholm 2008.

Ewerlöf, Göran, Sverne, Tor, Singer, Anna, *Barnets bästa – Om föräldrars och samhällets ansvar*, Norstedts Juridik AB, första upplagan, Stockholm 2004.

Rejmer, Annika *Vårdnadstvister, En rättssociologisk studie av tingsrätts funktion vid handläggning av vårdnadskonflikter med utgångspunkt från barnets bästa*, Studentlitteratur, Lund 2003.

Schiratzki, Johanna, *Vårdnad och vårdnadstvister*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1997.

Schiratzki, Johanna, *Mamma och pappa inför rätta*, Iustus Förlag AB, Uppsala 2008.

Sjösten, Mats, *Vårdnad, boende och umgänge*, Norstedts Juridik AB, tredje upplagan, Stockholm 2009.

Örtenhed, Kristina, *Bosättningsanknytningar i gränsöverskridande familjerättsförhållanden, En internationellt privat- och processrättslig studie*, Iustus Förlag, Uppsala 2006.

Artiklar

Rejmer, Annika, *Barnperspektiv och barnets bästa i tingsrättens handläggning av vårdnadstvister*, Svensk Juristtidning 2002 s. 138.

Saldeen, Åke, *Betydelsen av umgängessabotage vid val av vårdare*, Juridisk Tidskrift 1989-1990 2-3 s. 340.

Schiratzki, Johanna, *Barnets bästa – i portalparagraf och praxis*, Juridisk tidskrift 1998-1999, 4, s. 973.

Ryrstedt, Eva, *Samarbetssamtal – leder det till en ”sann” överenskommelse för barnets bästa, eller bara en förhandlingslösning*, Svensk Juristtidning 2009 s. 821.

Ryrstedt, Eva, *Barnets bästa och vilja i domstol*, Svensk Juristtidning 2009 s. 1013.

Sjösten, Mats, *Vårdnad, boende och umgänge, Några aktuella frågor i anslutning till 6 kap föräldrabalken*, Juridisk Tidskrift 1999-2000 s. 337.

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från Högsta domstolen

NJA 1980 s. 709

NJA 1986 s. 338

NJA 1989 s. 335

NJA 1992 s. 93

NJA 1992 s. 666

NJA 1998 s. 675

Rättsfall från hovrätterna

RH 1994:3

RH 1997:59

RH 1998:85