



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Caroline Orava

Kontaktprincipen och kontinuitetsprincipen vid vårdnadstvister

Rättsutvecklingen och en jämförelse med FN:s barnkonvention

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: Uta Bindreiter

Termin: HT2014

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Kort presentation av uppsatsämnet	4
1.2 Syfte och frågeställningar	5
1.3 Avgränsningar	5
1.4 Perspektiv, teori och metod	6
1.5 Material och forskningsläge	6
1.6 Disposition	7
2 BARNETS BÄSTA I VÅRDNADSTVISTER	8
2.1 Barnets grundläggande behov	8
2.2 Barnets bästa	8
3 PRINCIPERNA	10
3.1 Kontaktprincipen	10
3.1.1 Historisk utveckling	10
3.1.2 Gällande rätt	10
3.2 Kontinuitetsprincipen	11
3.2.1 Historisk utveckling	11
3.2.2 Gällande rätt	12
3.3 Sammanfattning	12
4 FN:S BARNKONVENTION	14
4.1 Barnets bästa och grundläggande behov	14
4.2 FN:s allmänna kommentarer till barnkonventionens artikel 3.1	15
4.3 Sveriges förhållande till barnkonventionen	16
5 RÄTTSFALL	18
5.1 Vårdnadshavare på grund av kontinuitetsprincipen	18
5.1.1 NJA 1986 s. 338	18

5.1.2	NJA 1992 s. 666	18
5.1.3	NJA 1998 s. 675	19
5.1.4	Opublicerad hovrättsdom	20
5.2	Vårdnadshavare på grund av kontaktprincipen	20
5.2.1	NJA 1989 s. 335	20
5.2.2	RH 1999:74	21
5.2.3	RH 1999:100	22
5.2.4	Opublicerade hovrättsdomar	22
5.3	Diskussion i litteraturen angående tillämpningen av kontaktprincipen och kontinuitetsprincipen	24
5.4	Sammanfattning	24
6	ANALYS	26
6.1	Kontinuitetsprincipen och kontaktprincipen	26
6.2	Uppfyller tillämpningen av principerna barnkonventionens krav?	28
BILAGA A		30
6.3	Utdrag ur barnkonventionen	30
	Engelskspråkig originaltext:	30
	Svensk översättning:	31
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING		33
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING		35

Summary

In Swedish law the best interest of the child shall be the primary consideration for all decisions in matters concerning custody, residence and contact (6.2 a § the Children and Parents Code). The best interest of the child is an important, overall principle. Because it is hard to define what the best interest of the child is, the court must do an individual assessment in every case. To estimate the best interest of the child in a custody battle, the court looks into circumstances such as the child's need of contact with both its parents and the child's need of stability and continuity. These principles are called "the principle of contact" and "the principle of continuity", and these are the principles I have chosen to look into in this essay. The two principles have developed during the last 30 years. In the written law you can see a change to a stronger child's perspective and in court practice it seems like the principle of contact has gained in importance.

The principle of contact and the principle of continuity can easily get in conflict with each other. If one of the parents prevents contact between the child and the other parent, this creates a problem, because the child has its stability and continuity with the parent who prevents the contact. At the same time, the child has a need of contact with both its parents, a need that cannot be fulfilled without big changes for the child. This leads to a risk that a lot of children will lose contact with one of their parents because of the other parent is preventing the contact. This can be the consequence if the principle of continuity gets precedence.

Sweden ratified the UN Convention on the Rights of the Child in 1990. The convention puts claims on the Swedish legislation and the courts application in custody battles. In this essay, I analyze how well Swedish courts' application of the principle of contact and the principle of continuity lives up to the convention's claims on the best interests of the child.

Sammanfattning

I svensk lag stadgas att barnets bästa ska vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge (6 kap. 2 a § FB). Barnets bästa är en viktig, övergripande princip, men den är svår att definiera och domstolen måste därför göra en individuell bedömning i varje enskilt fall. För att bedöma vad som är bäst för ett barn i en vårdnadstvist undersöker domstolen omständigheter som barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar och barnets behov av stabilitet och kontinuitet. Dessa principer kallas kontaktprincipen och kontinuitetsprincipen, och det är dessa principer jag behandlar i uppsatsen. Jag undersöker hur principerna utvecklats under de senaste 30 åren. I lagen kan man se en förändring som gått alltmer mot ett starkare barnperspektiv och i praxis tycks utvecklingen ha lett till att kontaktprincipen fått större betydelse.

Kontaktprincipen och kontinuitetsprincipen kan lätt hamna i konflikt med varandra. Om en förälder hindrar kontakten mellan ett barn och den andra föräldern skapar detta ett problem, eftersom barnet har sin stabilitet och kontinuitet hos den förälder som motverkar kontakten. Samtidigt har barnet ett behov av kontakt med båda föräldrarna, som inte går att uppfylla utan att det blir en stor omställning för barnet. Detta leder till att många barn riskerar att förlora kontakten med ena föräldern pga. den andra förälderns motverkande i de fall kontinuitetsprincipen anses väga tyngre än kontaktprincipen.

Sverige ratificerade FN:s konvention om barnets rättigheter år 1990. Konventionen ställer krav på Sveriges lagstiftning och svenska domstolars tillämpning i vårdnadstvister. I uppsatsen undersöker jag hur väl svenska domstolars tillämpning av kontinuitetsprincipen och kontaktprincipen uppfyller konventionens krav angående barnets bästa.

Förkortningar

Barnkonventionen

Förenta nationernas konvention den
20 november 1989 om barnets
rättigheter

Ds

Departementsserien

FB

Föräldrabalk (1949:381)

FN

Förenta nationerna

HD

Högsta domstolen

HovR

Hovrätt

JT

Juridisk tidskrift

NJA

Nytt juridiskt arkiv

Prop.

Regeringens proposition

RH

Rättsfall från hovrätterna

SvJT

Svensk juristtidning

1 Inledning

1.1 Kort presentation av uppsatsämnet

De senaste ca 30 åren har det införts ett antal ändringar i svensk lag angående barnets bästa vid vårdnadstvister. Min framställning i denna uppsats sträcker sig från lagändringen 1983¹ och behandlar utvecklingen fram till idag. Detta görs genom att jag undersöker två viktiga principer, kontinuitetsprincipen² och principen om barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Jag undersöker dels hur principerna har utvecklats genom de lagändringar som gjordes angående föräldrabalkens regler om vårdnad åren 1983–2006, dels hur domstolarna tillämpat principerna. Principen om barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna kallas ibland för kontaktprincipen.³ I min fortsatta framställning kommer även jag att använda denna benämning.

Barnets bästa har länge varit det som avgör vårdnadstvister i domstol. Vad som ansetts vara barnets bästa och vilka omständigheter som vägt tyngst i bedömningen har dock utvecklats genom åren. För att utreda barnets bästa har domstolen använt sig av olika principer som har utvecklats genom både praxis och lagstiftning. Fem av dessa viktiga principer är:⁴

- Kontaktprincipen
- Kontinuitetsprincipen
- Risken för att barnet far illa
- Föräldrarnas förmåga att samarbeta
- Barnets vilja

¹ Prop. 1981/82:168.

² Kallas även ”status quo-principen”, se Rejmer, Annika: *Vårdnadstvister*, Lund 2003, s. 123.

³ Se t.ex. Hellblom Sjögren, Lena: *Barnets rätt till familjeliv*, Lund 2012, s. 220.

⁴ Detta är inte en uttömmande lista på vad domstolen beaktar, i det enskilda fallet kan även andra omständigheter och bedömningsgrunder ha betydelse för avgörandet av tvisten.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att belysa kontaktprincipen och kontinuitetsprincipen. Jag undersöker hur dessa principer har utvecklats genom lagstiftning under en period på ca 30 år och hur domstolen har tillämpat principerna för att avgöra vårdnadstvister. Jag jämför även med barnkonventionens bestämmelser för att se om Sverige har uppfyllt konventionens krav om barnets bästa genom tillämpningen av principerna.

För att uppfylla syftet har jag valt att fokusera på följande frågeställningar:

- På vilket sätt har kontaktprincipen och kontinuitetsprincipen varit avgörande för utgången av vårdnadstvister i Sverige de senaste ca 30 åren?
- Har Sverige genom tillämpningen av dessa principer uppfyllt de krav angående barnets bästa som ställs upp i barnkonventionen?

1.3 Avgränsningar

Det finns flera principer som domstolen tillämpar för att avgöra vårdnadstvister. De principer som jag tycker är mest intressanta att undersöka och jämföra är kontinuitetsprincipen och kontaktprincipen, pga. deras förhållande till varandra – det är vanligt att de hamnar i konflikt i bedömningen av vad som är bäst för barnet. Av denna anledning har jag valt att avgränsa min framställning till dessa två principer.

Med anledning av uppsatsens begränsade omfång har jag valt att avgränsa framställningen till att endast behandla nationell svensk rätt och barnkonventionen. I tiden har jag avgränsat uppsatsens innehåll till de senaste ca 30 åren.

Jag har även bestämt mig för att avgränsa framställningen till att endast omfatta vårdnadstvister i domstol. Tvister angående boende lämnas utanför denna uppsats. Barnets rätt till umgänge med en förälder som barnet inte bor tillsammans med kommer att beröras kort, pga. sambandet med kontaktprincipen. Verkställigheten av domar och beslut angående vårdnaden behandlas inte i uppsatsen.

1.4 Perspektiv, teori och metod

Med tanke på uppsatsämnet är ett barnrättsperspektiv naturligt. Inom barnrätten är det barnet som står i centrum för den rättsliga bedömningen, tillsammans med barnets egna legala relationer till samhället och dess medlemmar.⁵ De delar där jag behandlar den historiska utvecklingen av principerna använder jag mig av ett rättsutvecklingsperspektiv för att undersöka hur principerna har utvecklats.

När jag beskriver rätten och hur den ser ut idag tillämpar jag en rättsvetenskaplig metod genom att undersöka lagar, förarbeten, praxis och doktrin för att komma fram till vad som är gällande rätt på det område jag valt.⁶

1.5 Material och forskningsläge

Det material jag har använt är främst propositioner från åren 1981-2006 som berör vårdnadsfrågan, lagtexten i 6 kap. FB, barnkonventionen, rättspraxis samt litteratur. I brist på nyare prejudikat har jag även redovisat fyra opublicerade hovrättsdomar från 2013 och 2014.⁷

Forskningsläget är väl utrett angående principen om barnets bästa. Viktig på området är professor Eva Ryrstedt, som skrivit flera artiklar om barnets bästa i olika hänseenden, t.ex. ”Barnets bästa och vilja i domstol” och ”Samarbetsavtal – leder de till en ’sann’ överenskommelse för barnets bästa, eller bara en förhandlingslösning?” i SvJT 2009.

Även kontinuitetsprincipen och kontaktprincipen är väl utforskade. Johanna Schiratzki har behandlat dessa i sin analys av NJA 1998 s. 675 i ”Barnets bästa – i portalparagraf och praxis” i JT 1998/99. Principerna omtalas även i hennes böcker ”Mamma och pappa inför rätta” och ”Barnrättens grunder”.

⁵ Schiratzki, Johanna: *Barnrättens grunder*, Lund 2014, s. 11.

⁶ Korling, Fredrik & Zamboni, Mauro: *Juridisk metodlära*, Lund 2013, s. 21.

⁷ Av hänsyn till de berörda personerna vars personuppgifter står utskrivet i de opublicerade domarna har jag valt att inte ange målnummer för dem.

Andra viktiga författare på området är professorerna Anna Singer ("Gemensam vårdad för alla föräldrar: barnets bästa eller social ingenjörskonst" 2014 och "Barns rätt till två föräldrar – en överspelad grundregel?" 2009/10) och Annika Rejmer ("Vårdnadstvister" 2003) samt lagmannen Mats Sjösten ("Vårdnad, boende och umgänge" 2014).

Någon ingående undersökning av förhållandet mellan kontinuitetsprincipen och kontaktprincipen och hur tillämpningen av dem motsvarar barnkonventionens krav tycks inte ha gjorts tidigare. Detta medför att förevarande uppsats har ett visst nyhetsvärde på området.

1.6 Disposition

I kapitel 2 beskriver jag de övergripande principerna om barnets bästa och barnets grundläggande behov för att ge en bakgrund till ämnet. Dessa principer ska beaktas av domstolen i vårdnadstvister och det är ur dessa principer kontaktprincipen och kontinuitetsprincipen kan härledas.

I kapitel 3 redogör jag för kontinuitetsprincipen och kontaktprincipen. Jag gör en historisk tillbakablick för att ge en bild av hur principerna har utvecklats i svensk lag och beskriver hur rättsläget ser ut idag.

I kapitel 4 beskriver jag barnkonventionens bestämmelser på området och redogör för vilka åtgärder Sverige har vidtagit för att uppfylla sina förpliktelser enligt konventionen.

Kapitel 5 innehåller några rättsfall från HD och HovR som belyser domstolarnas tillämpning av kontaktprincipen och kontinuitetsprincipen. I kapitlet finns även ett avsnitt där jag redogör för olika författares åsikter i ämnet.

Avslutningsvis svarar jag på mina frågeställningar genom min analys och kommer fram till en slutsats i kapitel 6.

2 Barnets bästa i vårdnadstvister

2.1 Barnets grundläggande behov

Genom en lagändring år 1983 infördes den bestämmelse som fortfarande finns i 6 kap. 1 § FB, och som reglerar barnets grundläggande behov.⁸ Enligt bestämmelsen har barnet rätt till omvårdnad, trygghet och god fostran, barnet ska behandlas med aktning för sin person och egenart och får inte utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling. Det är vårdnadshavaren som ska se till att behoven tillgodoses (6 kap. 2 § 2 st. FB). Enligt propositionen till bestämmelsen ska barnets behov ha stor betydelse för domstolarnas avgörande i vårdnadstvister. I domstolens prövning av vem av föräldrarna som ska anförtros vårdnaden om barnet, ska den pröva vem av föräldrarna som bäst kan tillgodose barnets behov i enlighet med bestämmelsen.⁹

2.2 Barnets bästa

Principen om barnets bästa i samband med vårdnadstvister finns införd i 6 kap. 2 a § FB. Där stadgas att barnets bästa ska vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge. Domstolen ska, vid sin bedömning av vad som i det enskilda fallet är bäst för barnet, fästa särskild vikt vid risken för att barnet eller någon annan i familjen utsätts för övergrepp, risken för att barnet förs bort eller hålls kvar, risken för att barnet annars far illa och barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Andra stycket i samma paragraf anger att hänsyn ska tas till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad. Bestämmelsen infördes i lagen år 1998,¹⁰ men ändrades år

⁸ Prop. 1981/82:168 s. 59-60.

⁹ Prop. 1981/82:168 s. 65.

¹⁰ Prop. 1997/98:7.

2006 till den lydelse den har idag.¹¹ Att barnets bästa ska vara avgörande innebär att inget annat intresse, som t.ex. föräldrars rätt till umgänge med barnet eller rättvisa mellan föräldrarna, får sättas före barnets bästa.¹²

Vid en vårdnadstvist ska domstolen avgöra tvisten till barnets bästa genom att bl.a. ta hänsyn till de bedömningsgrunder som kommer till uttryck i 6 kap. 2 a § FB. Oftast innebär det att föräldrarna får gemensam vårdnad om barnet, pga. att gemensam vårdnad för det mesta leder till att barnet får en nära och god kontakt med båda föräldrarna. I de fall gemensam vårdnad inte anses vara den bästa lösningen för barnet, t.ex. på grund av föräldrarnas oförmåga att samarbeta i frågor som rör barnet eller risk för att barnet far illa, ska domstolen istället tillerkänna den ena föräldern ensam vårdnad om barnet.¹³

Det finns ingen generell tolkning av vad som är barnets bästa. Domstolen ska bedöma detta i varje enskilt fall och ta hänsyn till vad som är bäst för barnet i den aktuella situationen.¹⁴ Det är genom tillämpningen som principen om barnets bästa får sitt konkreta innehåll.¹⁵ Vårdnadstvister i domstol är indispositiva mål. Domstolen måste därför i varje enskilt fall se till att allt blir ordentligt utrett och göra en prövning av vad som är bäst för just det barn som tvisten rör. Domstolen ska så långt som möjligt beakta både vilka kortsiktiga och långsiktiga följder beslutet kan komma att få för barnet.¹⁶

¹¹ Prop. 2005/06:99.

¹² Prop. 2005/06:99 s. 85.

¹³ Schiratzki, Johanna: *Mamma och pappa inför rätta*, Uppsala 2008, s. 88.

¹⁴ Schiratzki 2008, a.a. s. 83.

¹⁵ Rejmer, Annika: *Vårdnadstvister*, Lund 2003, s. 124.

¹⁶ Prop. 2005/06:99 s. 36 och 40.

3 Principerna

3.1 Kontaktprincipen

3.1.1 Historisk utveckling

Tidigare fanns en bestämmelse i FB som gav en förälder som inte hade vårdnaden om sitt barn rätt till umgänge med barnet. Detta ändrades genom 1983 års lagändring till att i stället vara en rätt för barnet till umgänge med föräldern, för att flytta fokus från föräldrarnas rättigheter till barnets.¹⁷ Den förälder som ansågs kunna främja umgänget mellan barnet och den andra föräldern bäst skulle anförtros vårdnaden, om det inte fanns andra omständigheter som talade för att den andra föräldern var mer lämplig.¹⁸

Genom en lagändring 1991 togs bestämmelsen om att domstolen skulle fästa särskild vikt vid barnets behov av umgänge med båda föräldrarna in i 6 kap. 6 a § FB.¹⁹ Utredningen ansåg att gemensam vårdnad oftast var den vårdnadsform som bäst kunde främja barnets umgänge med båda föräldrarna. Det skulle därför bli enklare för föräldrar att ha gemensam vårdnad.²⁰

År 1998 ändrades lagen igen och bestämmelsen togs in som en del av den övergripande bestämmelsen i 6 kap. 2 a § FB, om att barnets bästa skulle komma i främsta rummet vid alla avgöranden om vårdnad, boende och umgänge.²¹ Formuleringen av bestämmelsen ändrades något vid 2006 års lagändring, se ovan 2.2.

3.1.2 Gällande rätt

Domstolen ska, enligt 6 kap. 2 a § 2 st. 2 FB, fästa särskild vikt vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna i sin bedömning av vad som är barnets bästa.

¹⁷ Prop. 1981/82:168 s. 19-20.

¹⁸ Prop. 1981/82:168 s. 66.

¹⁹ Prop. 1990/91:8 s. 60.

²⁰ Prop. 1990/91:8 s. 31-32.

²¹ Prop. 1997/98:7 s. 104.

Syftet med bestämmelsen är att understryka att det är viktigt för barnets utveckling och välbefinnande att ha god kontakt med båda föräldrarna. Pga. detta är det oftast bäst för barnet att ha en bra relation med båda föräldrarna, men det finns undantag, t.ex. om det finns en risk att barnet kan komma att utsättas för övergrepp eller fara illa på annat sätt hos någon av föräldrarna.²²

Enligt 6 kap. 15 § 2 st. FB har barnets föräldrar ett gemensamt ansvar för att barnets behov av umgänge med den förälder barnet inte bor tillsammans med så långt som möjligt tillgodoses. Om ena föräldern saboterar umgänget mellan ett barn och den andra föräldern är detta en omständighet som talar starkt för att den andra föräldern bör anförtros vårdnaden om barnet.²³ Omfattningen av tidigare umgängessabotage är inte det viktiga, utan det domstolen ska beakta är risken för fortsatt umgängessabotage i framtiden.²⁴

3.2 Kontinuitetsprincipen

3.2.1 Historisk utveckling

Vid tiden för 1983 års lagändring hade barnets behov av stabilitet i tillvaron börjat uppmärksammas mer och det ansågs viktigt för barnets trygghet att inte förflyttas i onödan från en invand miljö. Om barnet kunde komma att bli förflyttat på grund av skilsmässa, var detta en omständighet som domstolen skulle beakta i sin helhetsbedömning av vad som var bäst för barnet.²⁵

I propositionen inför 1991 års lagändring angavs att kontinuitetsprincipen inte vanemässigt fick gå före barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Om den förälder som barnet bott länge hos hade motverkat barnets umgänge med den andra föräldern, skulle domstolen väga barnets behov av kontinuitet mot barnets behov av kontakt med båda föräldrarna.

²² Prop. 2005/06:99 s. 42.

²³ Schiratzki 2008 a.a. s. 93.

²⁴ Sjösten, Mats: "Vårdnad, boende och umgänge", *JT* 1999/00 s. 339.

²⁵ Prop. 1981/82:168 s. 65–66.

Utredningen ansåg att en omställning för barnet ibland kunde vara värt det för att barnet skulle kunna få en relation till båda föräldrarna.²⁶

3.2.2 Gällande rätt

Kontinuitetsprincipen har främst vuxit fram i rättspraxis, men kan sägas vara en del av barnets grundläggande behov av trygghet och stabilitet i 6 kap. 1 § FB.²⁷ Principen är en viktig presumtion när barnets bästa ska tolkas i samband med vårdnaden om barnet.²⁸ Det blir ofta en stor omställning för ett barn att flytta till en annan miljö och byta vårdnadshavare, och detta måste vägas mot barnets behov av kontinuitet och stabilitet.²⁹ Att flytta barnet till en ny miljö kan vara skadligt för barnets utveckling och därför ska inte ett barn förflyttas ifrån sin invanda miljö i onödan.³⁰

När föräldrarna bor nära varandra minskar kontinuitetsprincipen till viss del i betydelse, eftersom det inte blir en lika stor omställning för barnet att byta vårdnadshavare och boende. Barnet kan t.ex. i dessa fall gå i samma skola och fortsätta med samma fritidsaktiviteter.³¹

Principen tillämpas ofta och ligger till grund för utgången av många domstolsavgöranden i vårdnadstvister. I en undersökning av tingsrättsdomar angående vårdnad fann Rejmer att 66 % av avgörandena motiverades genom barnets behov av stabilitet.³²

3.3 Sammanfattning

Utvecklingen av principerna för att avgöra barnets bästa i vårdnadstvister har i lagen gått alltmer mot ett tydligare barnperspektiv. Lagstiftarens och domstolarnas uppfattning är att gemensam vårdnad och att föräldrarna kan

²⁶ Prop. 1990/91:8 s. 61.

²⁷ Schiratzki 2008, a.a. s. 92.

²⁸ Schiratzki 2014, a.a. s. 122.

²⁹ Schiratzki 2008, a.a. s. 92.

³⁰ Sjösten, Mats: *Vårdnad, boende och umgänge*, Stockholm 2014, s. 75–76.

³¹ Sjösten, Mats: "Vårdnad, boende och umgänge", *JT* 1999/00 s. 339.

³² Rejmer 2003, a.a. s. 129.

komma överens oftast är bäst för barnet, men en individuell bedömning måste alltid göras i varje enskilt fall.

När domstolen ska avgöra vad som är barnets bästa i en vårdnadstvist, måste domstolen göra en avvägning mellan de olika principerna. Barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna måste ibland ge vika för kontinuitetsprincipen. Ett barn som bott länge hos den ena föräldern kan ta skada av att behöva byta miljö och rutiner för att bo hos den andra föräldern. Då kan kontinuitet i tillvaron anses bättre för barnet än behovet av kontakt med båda föräldrarna, ibland trots att boendeföräldern aktivt har hindrat umgänget mellan barnet och den andra föräldern.

4 FN:s barnkonvention

4.1 Barnets bästa och grundläggande behov

FN:s konvention om barnets rättigheter från 1989 innehåller bestämmelser om barnets bästa och barnets grundläggande behov.³³

Artikel 3 i konventionen stadgar att barnets bästa ska komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn. Konventionsstaterna ska se till att barnet får sådant skydd och sådan omvårdnad som behövs för dess välfärd, med hänsyn tagen till föräldrars eller vårdnadshavares rättigheter och skyldigheter. Konventionsstaten ska vidta alla lämpliga lagstiftnings- och administrativa åtgärder för att uppnå detta ändamål. Artikelns formulering skiljer sig åt mellan den engelska originaltexten och den svenska översättningen. Den engelska originaltexten stadgar att ”the best interest of the child shall be *a* [min kursivering] primary consideration”, inte: *the* primary consideration. Detta innebär att det är tillåtet enligt barnkonventionen att göra en avvägning mellan barnets bästa och andra konkurrerande intressen, vilket är svårt att utläsa ur den svenska översättningen.³⁴

Artikel 9 anger att konventionsstaterna ska säkerställa att ett barn inte skiljs från sina föräldrar mot deras vilja om inte behörig myndighet finner att ett sådant åtskiljande är nödvändigt för barnets bästa. Omständigheter som enligt konventionen kan göra ett åtskiljande nödvändigt är t.ex. vanvård eller att barnets föräldrar lever åtskilda och det behövs ett beslut om var barnet ska bo. Konventionsstaterna ska enligt tredje punkten i artikel 9 respektera barnets rätt till ett personligt förhållande och direkt kontakt med båda föräldrarna, utom när detta strider mot barnets bästa. Även artikel 8 hänger ihop med barnets rätt till kontakt med sina föräldrar. Den stadgar barnets rätt att behålla sin identitet och denna hör ihop med t.ex. familjen, familjens språk och traditioner.³⁵

³³ Se relevanta artiklar från barnkonventionen nedan i bilaga A.

³⁴ Schiratzki 2008, a.a. s. 84.

³⁵ Hellblom Sjögren 2012, a.a. s. 219.

4.2 FN:s allmänna kommentarer till barnkonventionens artikel 3.1

För att underlätta för konventionsstaterna att tolka barnkonventionen har FN:s kommitté för barnets rättigheter utfärdat allmänna kommentarer till flera av artiklarna i barnkonventionen. I kommentaren till artikel 3.1 om barnets bästa anges att barnets bästa är ett dynamiskt begrepp och att bedömningen måste anpassas till det enskilda fallet. Syftet med begreppet är enligt kommittén att säkerställa att alla barnets rättigheter som uttrycks i konventionen uppfylls och att barnet får utvecklas allsidigt och fullständigt.³⁶

När en domstol bedömer vad som är barnets bästa ska detta göras utifrån barnets specifika situation. Hänsyn ska tas till det enskilda barnets omständigheter och behov. På grund av att barnets bästa är ett flexibelt begrepp finns det enligt kommittén en risk att det missbrukas, t.ex. av föräldrar som försöker ta till vara sina egna intressen i vårdnadstvister. Att barnets bästa ska sättas i främsta rummet innebär att barnets intressen har hög prioritet och större vikt ska fästas vid barnets intressen än andra omständigheter.³⁷

När en domstol ska bedöma och fastställa vad som är barnets bästa ska den använda sig av två steg. Som steg ett ska domstolen ta reda på vilka relevanta aspekter för barnets bästa som föreligger i det enskilda fallet och väga dessa mot varandra. I steg två ska domstolen använda sig av en metod för bedömningen som stämmer överens med konventionens tillämpning av rättigheterna.³⁸

Kommittén anger vidare i kommentaren att barnets rätt till sina föräldrar är en konkret rättighet och inte ett led i fastställandet av barnets bästa. Eftersom det kan leda till allvarliga följder för ett barn att skiljas från sina föräldrar ska detta enligt kommittén endast användas som en sista utväg. Barnet får bara skiljas från sina föräldrar om det annars riskerar omedelbar skada. Om det går ska

³⁶ Kommitténs allmänna kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet, s. 4 och 18.

³⁷ Kommitténs allmänna kommentar nr 14 (2013), s. 10–11.

³⁸ Kommitténs allmänna kommentar nr 14 (2013), s. 13.

istället en mindre ingripande åtgärd vidtas.³⁹ För att få trygghet i tillvaron måste ett litet barn knyta an till en omvårdare, vanligtvis en förälder. Denna anknytning måste upprätthållas för att barnet ska få en trygg miljö.⁴⁰

När två eller flera av faktorerna som används för att bedöma barnets bästa står emot varandra i ett enskilt fall måste domstolen väga dessa faktorer mot varandra för att komma fram till vad som är barnets bästa. Kommittén tar som exempel att bevarandet av familjemiljön kan stå i konflikt med behovet av att skydda barnet från risken för att utsättas för våld.⁴¹

4.3 Sveriges förhållande till barnkonventionen

Barnkonventionen ratificerades och undertecknades av Sverige år 1990. Sverige har införlivat konventionen genom transformering, vilket innebär att svensk lag ska anpassas för att överensstämma med barnkonventionen. För Sveriges domstolar gäller att de ska använda sig av en fördragskonform tolkning när de tolkar svenska författningar, dvs. att de ska tolka svenska bestämmelser i ljuset av barnkonventionen.⁴²

År 1999 kom regeringen med ett förslag på en strategi för att förverkliga och genomföra barnkonventionen i Sverige.⁴³ Strategin skulle säkerställa att alla barn i landet tillförsäkrades sina rättigheter enligt barnkonventionen. Regeringen uttalade i förslaget att svensk lagstiftning sträcker sig längre än konventionens krav, men att det inte räcker för att uppfylla Sveriges åtagande – Sverige måste även se till att barnkonventionens krav uppfylls i praktiken, genom domstolars och andra myndigheters tillämpning.⁴⁴

Den 1 december 2010 godkände riksdagen ett förslag från regeringen angående en ny strategi som syftar till att stärka barnets rättigheter i Sverige. Strategin går

³⁹ Kommitténs allmänna kommentar nr 14 (2013), s. 15.

⁴⁰ Kommitténs allmänna kommentar nr 14 (2013), s. 17.

⁴¹ Kommitténs allmänna kommentar nr 14 (2013), s. 18.

⁴² Schiratzki 2014, a.a. s. 21–25.

⁴³ Prop. 1997/98:182.

⁴⁴ Prop. 1997/98:182 s. 16–17.

ut på att säkerställa de rättigheter som barn ska tillförsäkras enligt bland annat barnkonventionen.⁴⁵ Strategin togs fram för att riksdagen ansåg att det behövdes tydligare mål knutna till förverkligandet av barnkonventionen än vad den tidigare strategin gav. Redovisningen av utfallet skulle också förbättras.⁴⁶

Efter strategin gjorde Socialdepartementet en kartläggning av hur svensk lagstiftning och praxis överensstämmer med barnkonventionen.⁴⁷ I kartläggningen behandlade Socialdepartementet de olika rättigheterna som ett barn har enligt barnkonventionen. Angående barnets rätt till båda sina föräldrar kom departementet fram till att svensk lag stämmer överens med barnkonventionen.⁴⁸ I kartläggningen berördes inte domstolarnas tillämpning av barnets rättigheter i samband med vårdnadstvister. Socialdepartementet nämnde endast att bestämmelser om detta finns i 6 kap. FB.⁴⁹

En utredning pågår just nu angående en ny kartläggning av hur tillämpningen av Sveriges lagar och föreskrifter stämmer överens med barnkonventionen. Utredningen ska även analysera för- och nackdelar med att inkorporera barnkonventionen i svensk rätt. Uppdraget ska redovisas senast i mars 2015.⁵⁰

⁴⁵ Prop. 2009/10:232 s.1.

⁴⁶ Prop. 2009/10:232 s. 7.

⁴⁷ Ds 2011:37.

⁴⁸ Ds 2011:37 s. 81.

⁴⁹ Ds 2011:37 s. 78.

⁵⁰ Dir. 2013:35 s. 1–2.

5 Rättsfall

5.1 Vårdnadshavare på grund av kontinuitetsprincipen

Följande rättsfall har avgjorts på så sätt att den förälder barnet stadigvarande har bott hos har anförtrotts ensam vårdnad på grund av kontinuitetsprincipen. Domstolen har i dessa fall ansett att barnen hade stora behov av kontinuitet och stabilitet och att det därför hade varit alltför ingripande i deras liv att flytta över vårdnaden till den förälder som inte varit boendeförälder.

5.1.1 NJA 1986 s. 338

Fallet handlar om en flicka som efter föräldrarnas separation först hade bott med sin pappa. Efter en dom från tingsrätten fick mamman ensam vårdnad om flickan. Mamman tog med sig dottern och flyttade till Ungern. När fallet kom till HD hade flickan bott med sin mamma i Ungern i två år. HD uttalade att domstolen bör anförtro vårdnaden till den av föräldrarna som bäst kan antas främja en nära och god kontakt mellan barnet och den andra föräldern, om det inte finns omständigheter som talar för att en annan lösning är bättre. Mamman hade försökt hindra pappan från att träffa dottern på ett normalt sätt. Mamman var rädd att pappan skulle äga dottern eftersom detta hade hänt tidigare. Socialtjänsten hade dock lämnat yttrande om att risken att barnet skulle fara illa hos pappan var låg. HD ansåg att båda föräldrarna var lämpliga som vårdnadshavare, men anförtrodde vårdnaden till mamman eftersom dottern funnit sig väl till rätta i Ungern under de två år som hon bott där. Hon gick i bl.a. i skolan i Ungern. Flickans minnesbilder från Sverige antogs vara svaga och det skulle vara svårt för henne att bryta upp från tillvaron i Ungern och flytta tillbaka till sin pappa i Sverige.

5.1.2 NJA 1992 s. 666

Fallet rör vårdnaden om en flicka som sedan hon var sex månader gammal hade bott hos sin mamma. Mamman hade hela tiden haft ensam vårdnad om flickan. I början fungerade kontakten mellan pappan och dottern, men efter ett

tag började mamman motverka den. Pappan ville få vårdnaden om flickan pga. att han ansåg att mamman var olämplig som vårdnadshavare, eftersom hon hindrade umgänget mellan honom och dottern. Omständigheten att mamman aktivt motarbetat och förhindrat umgänget mellan dottern och pappan talade för att vårdnaden skulle flyttas över till pappan, enligt HD. Dottern hade sagt att hon inte ville träffa sin pappa, men domstolen menade att detta uttalande antogs vara så påverkat av mammans negativa inställning att det inte kunde ursäktas mammans beteende. Trots detta kom HD fram till att mamman fortsatt skulle ha vårdnaden om dottern. Flickan hade bott hos mamman och haft henne som ensam vårdnadshavare under nästan hela sitt liv och det hade blivit en för stor omställning för flickan om vårdnaden hade flyttats över till pappan.

5.1.3 NJA 1998 s. 675

Två föräldrar tvistade om vårdnaden om sin son. Sonen hade sedan sin födelse bott med sin mamma och hade fram till sju månaders ålder träffat sin pappa en gång i veckan. Efter detta vägrade mamman låta barnet och pappan träffas. När fallet kom till HD var pojken tre och ett halvt år gammal och hade inte träffat sin pappa på nästan tre år. Pappan yrkade att han skulle anförtros vårdnaden om sonen eftersom han ansåg att det var enda sättet för honom att träffa sin son. Mamman menade att det var skadligt för ett barn att förflyttas fram och tillbaka mellan separerade föräldrar. Därför avsåg hon att bryta kontakten helt med sonen ifall vårdnaden flyttades över till pappan. Pappan ansåg att detta var en omständighet som visade att mamman var olämplig som vårdnadshavare. HD uttalade att eftersom pappan avsåg att verka för att barnet skulle få en väl fungerande kontakt med mamman, skulle vårdnaden flyttas över till pappan om det inte fanns andra omständigheter som talade för en annan lösning. Omständigheterna att pojken hade bott hos mamman hela sitt liv och bara var tre och ett halvt år talade för att en flytt till pappan skulle innebära en för stor förändring för pojken. Trots mammans umgängessabotage fann HD att det var bäst för barnet att mamman fortsatt hade vårdnaden om sonen. Två av fem justitieråd var skiljaktiga och ansåg att vårdnaden borde ha flyttats över till pappan.

5.1.4 Opublicerad hovrättsdom

I en hovrättsdom från februari 2014 beslutade domstolen att en mamma skulle ha fortsatt vårdnad om ett nioårigt barn. Mamman hade motverkat kontakten mellan barnet och pappan genom att hon inte ville lämna ut sin och barnets adress och inte uppmuntrade barnet till kontakt med pappan. Barnet hade alltid bott tillsammans med mamman och hade därför stark anknytning till henne. HovR ansåg att eftersom barnets behov av stabilitet och kontinuitet skulle väga tungt i bedömningen och mamman inte ansågs vara olämplig som vårdnadshavare skulle mamman fortsätta ha ensam vårdnad.

5.2 Vårdnadshavare på grund av kontaktprincipen

I följande fall kom domstolen fram till att en förälder som endast haft lite kontakt med barnen ändå skulle anförtros ensam vårdnad. Detta pga. att den andra föräldern saboterat umgänget samt att barnen ansågs klara av den omställning som det innebär att vårdnaden flyttades över. Domstolen fann i dessa fall att det var bäst för barnen, ur ett långsiktigt perspektiv, att vårdnaden flyttades över till den förälder som bäst kunde antas främja en nära och god kontakt mellan barnen och den andra föräldern.

5.2.1 NJA 1989 s. 335

Tvisten rörde vårdnaden om en flicka som hade bott med sin mamma efter föräldrarnas separation. Mamman hade hindrat pappan från att träffa dottern. HD fann att båda föräldrarna var lämpliga som vårdnadshavare, men omständigheterna att mamman inte såg till dotterns behov av en nära och god kontakt med pappan talade för att pappan skulle få vårdnaden. Mamman hävdade i domstolen att dottern hade större behov av kontakt med mamman på grund av dotterns ålder och kön, och att hon därför skulle anförtros vårdnaden. HD uttalade då att FB:s bestämmelser är könsneutrala. Barnet har lika stort behov av goda relationer med båda sina föräldrar och ingen förälder är mer lämpad som vårdnadshavare pga. sitt kön. Det som talade mot att

pappan skulle anförtros vårdnaden var att dottern hade bott hos mamman i mer än fyra år. Att flytta till sin pappa skulle medföra stora förändringar för flickan, bl.a. skulle hon förlora den dagliga kontakten med sin halvsyster som också bodde hos mamman. Eftersom flickan var en trygg och stabil person och hade en god relation till sin pappa ansåg HD ändå att det var bäst för flickan att pappan blev ensam vårdnadshavare. HD menade även att pappan med hög sannolikhet skulle verka för att umgänget mellan dottern och hennes mamma skulle fungera på ett bra sätt.

5.2.2 RH 1999:74

Två föräldrar hade gemensam vårdnad om sin dotter. Familjen hade bott tillsammans tills flickan var tre år gammal, då de separerade. Efter detta bodde flickan växelvis hos båda föräldrarna i ca tre år. Var och en av föräldrarna ville sedan ha ensam vårdnad om dottern och mamman hade börjat motverka kontakten mellan dottern och pappan. Domstolen beaktade barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna och uttalade att flickan inte hade sådan kontakt med sin pappa. Mamman hade bidragit till detta genom sin negativa inställning och genom att aktivt motverka umgänget mellan dottern och pappan. Mamman hade inte gjort några försök att uppmuntra och stödja dotterns kontakt med pappan. När pappan hade besökt flickan i skolan hade flickan blivit glad över detta enligt vittnesmål från flickans lärare. Detta, menade HovR, visade att flickans ovilja att träffa pappan, som hon uttryckt vid andra tillfällen, var påverkad av mammans inställning. Dessa omständigheter talade för att pappan skulle tillerkännas vårdnaden om dottern. Omständigheter som kunde tala mot detta var omställningen av flickans tillvaro om vårdnaden skulle flyttas över till pappan. HovR ansåg att omställningen inte skulle vara så stor. Föräldrarna bodde nära varandra och flickan skulle därför kunna gå kvar i samma skola och träffa sin mamma när hon ville. Pappan hade även uttryckt förståelse för att överflyttningen fick ta den tid som behövdes för dotterns bästa. De problem som skulle kunna uppstå fick enligt domstolen antas vara av övergående natur och i ett långsiktigt perspektiv var det bäst för flickan att pappan blev ensam vårdnadshavare.

5.2.3 RH 1999:100

Detta fall från HovR rörde vårdnaden om två barn. Föräldrarna hade tidigare gemensam vårdnad och barnen bodde växelvis hos dem. Mamman yrkade ensam vårdnad eftersom samarbetet mellan henne och pappan inte längre fungerade. I HovR hade det kommit fram uppgifter om att barnen ofta uttryckte en ovilja att träffa sin mamma. Detta pga. att pappan hade påverkat barnen genom sin negativa inställning till mamman och mammans nya sambo. HovR kom fram till att mamman var den av föräldrarna som var lämpligast att ha vårdnaden om barnen, bl.a. för att hon var den av föräldrarna som bäst kunde se till att umgänget mellan barnen och den andra föräldern fungerade.

5.2.4 Opublicerade hovrättsdomar

I en hovrättsdom från december 2013 flyttades vårdnaden om ett åttaårigt barn över från mamman till pappan. Mamman hade motverkat kontakten mellan barnet och pappan. Mamman skyllde sitt beteende på att barnet inte ville träffa pappan, men HovR menade att mamman och mammans släktingar hade påverkat barnet till att få en negativ bild av pappan. Domstolen ansåg att det var pappan som bäst kunde främja en nära och god kontakt mellan barnet och den andra föräldern. HovR fann att barnets behov av kontinuitet i tillvaron inte övervägde vikten av att barnet skulle få en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Föräldrarna bodde nära varandra och barnet skulle därför kunna fortsätta på samma skola och träffa samma kompisar. Därför beslutade domstolen att pappan skulle vara ensam vårdnadshavare för barnet.

En hovrättsdom från juli 2013 rörde vårdnaden om ett tioårigt barn. Mamman var ensam vårdnadshavare, och hon hade motverkat kontakten mellan barnet och pappan. Barnet flyttades bl.a. till en annan skola utan att pappan meddelades. Mamman hade en mycket negativ inställning till pappan. Hon hade inte försökt tillräckligt att uppmuntra barnet till kontakt med pappan och det fanns en risk att barnet skulle förlora all kontakt med pappan och hans sida av släkten om mamman fortsatte vara ensam vårdnadshavare. Pappan var den av föräldrarna som bäst kunde främja en positiv kontakt mellan barnet och den

andra föräldern. Detta vägde domstolen mot barnets behov av kontinuitet. Barnet hade bott med sin mamma sedan fyraårsåldern och inte träffat sin pappa på över ett år. Det skulle därför innebära en omfattande omställning för barnet om vårdnaden flyttades över. Pappan hade ordnat en kontakt med barnpsykolog för att underlätta omställningen för barnet. HovR ansåg att i ett långsiktigt perspektiv skulle det vara bäst för barnet att pappan var ensam vårdnadshavare, pga. att barnets intresse av en nära och god kontakt med båda föräldrarna övervägde de kortsiktiga konsekvenserna av överflyttningen.

I en hovrättsdom från juni 2014 flyttades vårdnaden om ett femårigt barn över från mamman till pappan. Mamman hade innan dess haft ensam vårdnad om barnet sedan barnets födelse. Anledningen till hovrättens beslut var att mamman motverkat umgänget med pappan. Mamman svarade inte i telefon och hon hade flyttat med barnet till en annan stad utan att meddela pappan. Mamman hade även en mycket negativ inställning till pappan och hade ingen förståelse för barnets behov av kontakt med sin pappa. HovR ansåg att det fanns en risk att kontakten mellan barnet och pappan skulle utebli helt om mamman skulle fortsätta ha ensam vårdnad. Detta talade därför för att vårdnaden skulle flyttas över till pappan. HovR fortsatte sedan med att undersöka om det fanns några omständigheter som talade emot en överflyttning och uttalade att det skulle bli en mycket stor omställning för barnet om vårdnaden flyttades över. På kort sikt skulle det innebära en stor påfrestning för barnet, men långsiktigt skulle en överflyttning främja barnets behov av nära och god kontakt med båda föräldrarna. HovR gjorde bedömningen att pappan skulle ordna så att umgänget mellan barnet och mamman fungerade och att han skulle hjälpa barnet med den omställning som överflyttningen skulle innebära.

5.3 Diskussion i litteraturen angående tillämpningen av kontaktprincipen och kontinuitetsprincipen

Som vi ser i ovan redovisade rättsfall konkurrerar ofta kontinuitetsprincipen och kontaktprincipen med varandra. De problem som detta kan medföra har diskuterats i litteraturen.

Enligt Sjösten bör större vikt fästas vid kontaktprincipen än vid kontinuitetsprincipen. Om kontinuitetsprincipen ges för stor inverkan på utgången i vårdnadstvister kan den missbrukas av en förälder genom att föräldern under lång tid motverkar barnets kontakt med den andra föräldern. Den förälder som saboterar umgänget får då en fördel genom kontinuitetsprincipen eftersom barnet länge bott hos den föräldern utan kontakt med den andra. Detta inverkar negativt på barnets rätt till en nära och god kontakt med båda föräldrarna.⁵¹

Enligt Schiratzki bör vårdnaden inte flyttas över till den andra föräldern, trots boendeföräldrarnas umgängessabotage, i de fall en överflyttning innebär alltför stora risker för barnet.⁵² Schiratzki har även undersökt problemet ur ett genusperspektiv. Hennes undersökning visar att en förälder inte har för- eller nackdelar pga. sitt kön. Det är istället den förälder som barnet bor hos som har fördelar gentemot umgängesföräldern, om boföräldern lyckas ge barnet en någorlunda stabil och riskfri tillvaro utan alltför mycket konflikt mellan föräldrarna.⁵³

5.4 Sammanfattning

Vid vårdnadstvister där kontaktprincipen och kontinuitetsprincipen står i konflikt med varandra tar domstolen hänsyn till flera omständigheter. Ur rättsfallen ovan går det att utläsa att domstolen tittar på vem av föräldrarna

⁵¹ Sjösten 2014, a.a. s. 76.

⁵² Schiratzki, Johanna: "Barnets bästa – i portalparagraf och praxis", *JT* 1998-99 nr. 4, s. 975.

⁵³ Schiratzki 2008, a.a. s. 140.

som barnet har bott hos och hur länge. Har barnet bara bott hos den ena föräldern tittar domstolen på hur kontakten har sett ut mellan barnet och den andra föräldern och hur länge boföräldern har motverkat kontakten. Även underlåtenhet att uppmuntra ett barn till kontakt med en förälder ses som motverkande.

Domstolen utreder vidare om den andra föräldern bättre kan antas främja kontakten mellan barnet och föräldern om vårdnaden flyttas över. Om så är fallet presumeras det vara bäst för barnet att den föräldern blir vårdnadshavare, om inte andra omständigheter talar för en annan lösning. En sådan omständighet är barnets behov av kontinuitet. Domstolen undersöker hur stor omställning det kan komma att bli för barnet om vårdnaden flyttas över. Omständigheter som beaktas är om föräldrarna bor nära varandra, hur barnet är som person, hur stor förståelse den förälder som får vårdnaden har för omställningsproblemen och hur relationen mellan den föräldern och barnet ser ut. I de fall domstolen kommer fram till att överflyttning av vårdnaden ska ske anser den att de långsiktiga fördelarna med att barnet får större möjlighet till god kontakt med båda föräldrarna överväger de kortsiktiga konsekvenser som överflyttningen kan medföra.

6 Analys

Som anförts i inledningen till denna uppsats är mina frågeställningar:

- På vilket sätt har kontaktprincipen och kontinuitetsprincipen varit avgörande för utgången av vårdnadstvister i Sverige de senaste 30 åren? och
- Har Sverige genom tillämpningen av dessa principer uppfyllt de krav angående barnets bästa som ställs upp i barnkonventionen?

I följande kapitel avser jag att svara på dessa frågeställningar utifrån det material som jag tagit upp i föregående kapitel.

6.1 Kontinuitetsprincipen och kontaktprincipen

Som vi sett tidigare i framställningen är kontaktprincipen och kontinuitetsprincipen två mycket viktiga principer för domstolens bedömning av barnets bästa i en vårdnadstvist. I alla de rättsfall som jag redovisat ovan börjar domstolen⁵⁴ med att beakta barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar och kommer fram till att den förälder som bäst kan främja denna kontakt ska vara vårdnadshavare, om inte andra omständigheter talar för en annan lösning. Om det finns risk för att en förälder kommer att motverka kontakten mellan barnet och den andra föräldern, bör den föräldern därför endast anföras ensam vårdnad om det inte finns någon bättre lösning.

Vidare beaktar domstolen kontinuitetsprincipen genom att undersöka hur stor omställning det skulle bli för barnet om vårdnaden flyttades över. Domstolen tittar på både kortsiktiga och långsiktiga konsekvenser av en överflyttning av vårdnaden och gör en avvägning mellan principerna. Avvägningen görs efter omständigheterna i varje enskilt fall, vilket leder till att det varierar vilken av principerna som får företräde.

⁵⁴ Både HD och HovR.

Denna modell för tillämpningen av principerna passar in på alla de rättsfall jag har redovisat ovan. Detta visar att från mitten av 1980-talet och fram till idag har domstolen använt sig av samma metod för att lösa problemet när kontaktprincipen och kontinuitetsprincipen står i konflikt. En viss förflyttning av fokus från föräldrarna till barnet har dock gjorts.

Om det kan anses vara en för stor omställning för barnet att byta vårdnadshavare får kontinuitetsprincipen företräde. Detta kan vara när barnet endast har haft lite eller ingen kontakt med den förälder som begärt ensam vårdnad eller när föräldrarna bor mycket långt ifrån varandra. Om kontinuitetsprincipen ges för mycket tyngd vid bedömningen kan detta leda till att en förälder motverkar kontakten mellan barnet och den andra föräldern endast för att få fördelar i en vårdnadstvist. Detta anser jag vara ett stort problem, eftersom lagen ger föräldrar en möjlighet att missbruka kontinuitetsprincipen. Min uppfattning är att domstolen oftast hanterar detta problem så gott det går, genom noggranna avvägningar i varje enskilt fall. Det viktigaste ska i slutändan vara barnets bästa. Har en förälder hållit barnet ifrån den andra föräldern tillräckligt länge, blir det antagligen i de flesta fall bäst för barnet att stanna hos den föräldern, trots förlusten av kontakt med den andra föräldern. Barnets liv kan inte vändas helt upp och ner enbart av den anledningen att en förälder inte har skött sin skyldighet att främja barnets kontakt med den andra föräldern.

När barnet kan antas klara av omställningen på ett bra sätt får kontaktprincipen företräde, eftersom barnets behov av kontakt med båda föräldrarna överväger de kortsiktiga konsekvenser som överflyttningen kan leda till. I slutändan blir det därför kontinuitetsprincipen som avgör. Har barnet stort behov av kontinuitet flyttas vårdnaden inte över, trots umgängessabotage, och är barnets behov av kontinuitet inte lika starkt blir en överflyttning aktuell. Min analys ger mig uppfattningen att kontaktprincipen fått något starkare ställning de senaste 15–20 åren.

I de rättsfall jag redogjort för har det endast varit mammor som fått vårdnaden pga. kontinuitetsprincipen och, med ett undantag, endast pappor som fått vårdnaden pga. kontaktprincipen. I likhet med Schiratzki är min uppfattning att detta inte har något med föräldrarnas kön att göra. Istället handlar det om vem

av föräldrarna barnet bott med innan vårdnadstvisten, och detta tycks ofta vara mamman. Även HD uttalade, i NJA 1989 s. 335, att bestämmelserna i 6 kap. FB är könsneutrala.

6.2 Uppfyller tillämpningen av principerna barnkonventionens krav?

Barnets bästa som övergripande princip är starkare i svensk rätt än vad den är i barnkonventionen. Barnkonventionen tillåter att även andra intressen kan vara avgörande för beslut i vårdnadstvister, men enligt svensk rätt ska barnets bästa alltid vara avgörande.

När en konflikt uppstår mellan olika rättigheter som ett barn har ska domstolen väga rättigheterna mot varandra för att komma fram till vad som är barnets bästa i det enskilda fallet, enligt de allmänna kommentarerna till barnkonventionen. I de rättsfall jag har undersökt har ett barns behov av stabilitet och trygghet i tillvaron stått i konflikt med barnets behov av nära och god kontakt med båda föräldrarna. Det är då domstolens uppgift att väga dessa behov mot varandra för att reda ut vad som är bäst för barnet.

Enligt kommentarerna till barnkonventionen är barnets behov av båda sina föräldrar en rättighet i sig, inte ett led i bedömningen av vad som är barnets bästa. Detta är inget som uttrycks direkt av domstolen, men i alla de rättsfall jag redogjort för har domstolen uttalat att barnet har ett behov av nära och god kontakt med båda föräldrarna, utan att göra någon ingående utredning av om kontakt är bäst för barnet i det enskilda fallet. Detta talar för att domstolen tillämpar kontaktprincipen på det sätt som barnkonventionen avser i detta sammanhang.

Kommentarerna till barnkonventionen anger även att barnet endast får skiljas från sina föräldrar om barnet annars riskerar omedelbar fara och det inte finns någon annan utväg. I detta avseende anser jag att svenska domstolar ibland lägger för lite vikt vid kontaktprincipen, när en förälder som aktivt motverkar kontakten mellan barnet och den andra föräldern får ensam vårdnad genom kontinuitetsprincipen. Samtidigt inser jag att det är ett svårt problem att lösa.

Om domstolen inte är säker på att barnet kommer att klara överflyttningen på ett bra sätt är det kanske ändå bäst att låta förhållandena bestå, trots att vårdnadshavaren gör sig skyldig till umgängessabotage och fråntar barnet sin rätt till båda föräldrarna.

Bilaga A

6.3 Utdrag ur barnkonventionen

Engelskspråkig originaltext:

Article 3

1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.
2. States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.
3. States Parties shall ensure that the institutions, services and facilities responsible for the care or protection of children shall conform with the standards established by competent authorities, particularly in the areas of safety, health, in the number and suitability of their staff, as well as competent supervision.

Article 8

1. States Parties undertake to respect the right of the child to preserve his or her identity, including nationality, name and family relations as recognized by law without unlawful interference.
2. Where a child is illegally deprived of some or all of the elements of his or her identity, States Parties shall provide appropriate assistance and protection, with a view to re-establishing speedily his or her identity.

Article 9

1. States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child. Such determination may be necessary in a particular case such as one involving abuse or neglect of the child by the parents, or one where the parents

are living separately and a decision must be made as to the child's place of residence.

2. In any proceedings pursuant to paragraph 1 of the present article, all interested parties shall be given an opportunity to participate in the proceedings and make their views known.

3. States Parties shall respect the right of the child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests.

4. Where such separation results from any action initiated by a State Party, such as the detention, imprisonment, exile, deportation or death (including death arising from any cause while the person is in the custody of the State) of one or both parents or of the child, that State Party shall, upon request, provide the parents, the child or, if appropriate, another member of the family with the essential information concerning the whereabouts of the absent member(s) of the family unless the provision of the information would be detrimental to the well-being of the child. States Parties shall further ensure that the submission of such a request shall of itself entail no adverse consequences for the person(s) concerned.

Svensk översättning:

Artikel 3

1. Vid alla åtgärder som rör barn, vare sig de vidtas av offentliga eller privata sociala välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter eller lagstiftande organ, skall barnets bästa komma i främsta rummet.

2. Konventionsstaterna åtar sig att tillförsäkra barnet sådant skydd och sådan omvårdnad som behövs för dess välfärd, med hänsyn tagen till de rättigheter och skyldigheter som tillkommer dess föräldrar, vårdnadshavare eller andra personer som har lagligt ansvar för barnet, och skall för detta ändamål vidta alla lämpliga lagstiftnings- och administrativa åtgärder.

3. Konventionsstaterna skall säkerställa att institutioner, tjänster och inrättningar som ansvarar för vård eller skydd av barn uppfyller av behöriga myndigheter fastställda normer, särskilt vad gäller säkerhet, hälsa, personalens antal, och lämplighet samt behörig tillsyn.

Artikel 8

1. Konventionsstaterna åtar sig att respektera barnets rätt att behålla sin identitet, innefattande medborgarskap, namn och släktförhållanden såsom dessa erkänns i lag, utan olagligt ingripande.

2. Om ett barn olagligt berövas en del eller hela sin identitet, skall konventionsstaterna ge lämpligt bistånd och skydd i syfte att snabbt återupprätta barnets identitet.

Artikel 9

1. Konventionsstaterna skall säkerställa att ett barn inte skiljs från sina föräldrar mot deras vilja utom i de fall då behöriga myndigheter, som är underställda rättslig överprövning, i enlighet med tillämplig lag och tillämpliga förfaranden, finner att ett sådant åtskiljande är nödvändigt för barnets bästa. Ett sådant beslut kan vara nödvändigt i ett särskilt fall, t ex vid övergrepp mot eller vanvård av barnet från föräldrarnas sida eller då föräldrarna lever åtskilda och ett beslut måste fattas angående barnets vistelseort.

2. Vid förfaranden enligt punkt 1 i denna artikel skall alla berörda parter beredas möjlighet att delta i förfarandet och att lägga fram sina synpunkter.

3. Konventionsstaterna skall respektera rätten för det barn som är skilt från den ena av eller båda föräldrarna att regelbundet upprätthålla ett personligt förhållande till och direkt kontakt med båda föräldrarna, utom då detta strider mot barnets bästa.

4. Då ett sådant åtskiljande är följden av åtgärder som en konventionsstat tagit initiativet till, t ex frihetsberövande, fängslande, utvisning, förvisning eller dödsfall (innefattande dödsfall oavsett orsak medan personen är frihetsberövad) gentemot den ena av eller båda föräldrarna eller barnet, skall den konventionsstaten på begäran ge föräldrarna, barnet eller om så är lämpligt, någon annan medlem av familjen de väsentliga upplysningarna om den/de frånvarande familjemedlemmarnas vistelseort, såvida inte lämnandet av upplysningarna skulle vara till skada för barnet. Konventionsstaterna skall vidare säkerställa att framställandet av en sådan begäran inte i sig medför negativa följder för den/de personer som berörs.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Propositioner

Prop. 1981/82:168 Om vårdnad och umgänge

Prop. 1990/91:8 Om vårdnad och umgänge

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

Prop. 2005/06:99 Nya vårdnadsregler

Prop. 2009/10:232 Strategi för att stärka barnets rättigheter i Sverige

Departementsserie

Ds 2011:37 Hur svensk lagstiftning och praxis överensstämmer med rättigheterna i barnkonventionen – en kartläggning

Kommittédirektiv

Dir. 2013:35 Översyn av barnets rättigheter i svensk rätt

Litteratur

Hellblom Sjögren, Lena: *Barnets rätt till familjeliv – 25 svenska fallstudier av föräldraalienation*, upplaga 1:1, Studentlitteratur, Lund 2012.

Korling, Fredrik & Zamboni, Mauro: *Juridisk metodlära*, upplaga 1:3, Studentlitteratur, Lund 2013.

Rejmer, Annika: *Vårdnadstvister – En rättssociologisk studie av tingsrätts funktion vid handläggning av vårdnadskonflikter med utgångspunkt från barnets bästa*, Lund Studies in Sociology of Law 2003.

Ryrstedt, Eva: ”Samarbetssamtal – leder de till en ”sann” överenskommelse för barnets bästa, eller bara en förhandlingslösning?”, I: *Svensk juristtidning* 2009, s. 821–841.

Ryrstedt, Eva: ”Barnets bästa och vilja i domstol”, I: *Svensk juristtidning* 2009, s. 1013–1037.

Schiratzki, Johanna: ”Barnets bästa – i portalparagraf och praxis”, I: *Juridisk tidskrift* 1998/99 nr. 4 s. 973–977.

Schiratzki, Johanna: *Mamma och pappa inför rätta*, upplaga 1, Iustus, Uppsala 2008.

Schiratzki, Johanna: *Barnrättens grunder*, upplaga 5, Studentlitteratur, Lund 2014.

Singer, Anna: ”Barns rätt till två föräldrar – en överspelad grundregel?”, I: *Juridisk tidskrift* 2009/10, s. 411–429.

Singer, Anna: ”Gemensam vårdad för alla föräldrar: barnets bästa eller social ingenjörskonst?”, I: *Svensk juristtidning* 2014, s. 348–356.

Sjösten, Mats: ”Vårdnad, boende och umgänge – Några aktuella frågor i anslutning till 6 kap föräldrabalken”, I: *Juridisk tidskrift* 1999/00 s. 337–355.

Sjösten, Mats: *Vårdnad, boende och umgänge samt verkställigheten av sådana avgöranden och överenskommelser*, upplaga 4, Norstedts juridik, Stockholm 2014.

Internetkällor

Barnkonventionen

Engelsk originaltext:

<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx> (2014-12-19)

Svensk översättning:

http://www.manskligarattigheter.se/dynamaster/file_archive/020521/a2fe55424340e999aed047eb281537d7/fn_891120.pdf (2014-12-19)

Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 14 (2013) om Barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet (svensk översättning)

<http://www.barnombudsmannen.se/Global/Publikationer/Allm%c3%a4nna%20kommentarer/AK%2014%20barnets%20r%c3%a4tt%20att%20f%c3%a5%20sitt%20b%c3%a4sta%20satt%20i%20fr%c3%a4msta%20rummet.pdf>

(2014-12-19)

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från högsta domstolen

NJA 1986 s. 338

NJA 1989 s. 335

NJA 1992 s. 666

NJA 1998 s. 675

Rättsfall från hovrätterna

RH 1999:74

RH 1999:100