

Lunds Universitet
Socialhögskolan
Barn och Ungdom (067)
Ht 2004

Kommer barn till tals i domen?

Författare: Tony Duvald
Handledare: Maria Bangura Arvidsson

Abstract

The purpose of this essay was to see how the child's voice was being heard in the verdicts in trials. I looked into court cases where parents wanted custody of their child/children. The focus of my analysis was on how the verdicts were presented and if the child/children were described in the court cases. The method that I used was qualitative documentanalysis. I chose seven court cases to investigate and analyse.

I described theories of Foucault's power to get a different perspective on courtroom cases and the children's voice. I also explained the different aspects of power that are present in the courtroom.

The UN convention of the rights of the child has had a big impact on the court of law in Sweden. The question was how well the court interpreted the best of the child's interests? I studied the definition "the best interest of the child shall be a primary consideration" in the verdicts. The summary showed that the definition had a tendency to be fuzzy in some cases. My conclusion was that the court of law failed in their attempt to mention the children in the verdicts.

Innehållsförteckning

	sid
Förord	8
<hr/>	
1. Inledning	9
1.1 Problemformulering	9
1.2 Syfte	10
1.3 Frågeställningar	10
2. Metoder	10
2.1 Metodval	10
2.2 Urval	11
2.3 Genomförande	12
2.4 Bearbetning och analys	13
2.5 Metodkritik	13
2.6 Resultatens tillförlitlighet	14
2.7 Etiska överväganden och avgränsningar	14
2.8 Disposition av fortsatt uppsats	15
3. Tidigare forskning	15
<hr/>	
4. Teoretisk bakgrund	17
4.1 Barnkonventionen	17
4.2 SOU 1997:116	18
4.3 Barns bästa och barns vilja ur en juridisk synvinkel	20
4.4 Foucaults maktanalys	22
4.4.1 Styrkeförhållande	23
4.4.2 Makten och kamp	24
4.4.3 Olika strategier	25
4.4.4 Den disciplinära makten	25
4.4.5 Den juridiska negativa förståelsen av makt	27
4.4.6 Makt och kunskap	28
4.4.7 Kritik mot Foucault	29
5. Hur går förfarandet till vid vårdnadstvister	29
<hr/>	
6. Redovisning av rättsfall	32
6.1 NJA 1999:57	32
6.2 NJA 2000:54	33
6.3 NJA 1998:101	34
6.4 RH 1999:74	36
6.5 RH 1998:85	37
6.6 RH 1999:13	38
6.7 RH 1999:100	39
7. Analys av redovisning	40
7.1 Vilka argument används i domarna?	40
7.2 På vilket sätt nämns barnet/barnen i domarna?	44

7.3 Finns det skillnader mellan de olika instansernas bedömning?	45
7.4 På vilket sätt uttrycks makt i domarna?	46
8. Sammanfattning	49
9. Slutdiskussion	50
10. Källförteckning	53
Bilaga	54

Jag vill passa på att tacka mina närmaste och käraste som finns runt mig och gör mitt liv helt och lyckligt. Uppsatsen har gett mig en ny innebörd av ordet ansvar och självdisciplin. Jag hoppas att det nu tar en lång tid innan jag ger mig in på ett sådant här projekt igen.

Åtminstone vet jag nu innebörden av att skriva en uppsats och mitt tips är till alla som i framtiden åker ut för uppsatsskrivande att börja i god tid. Det är lätt att sitta av tiden och vips så skall den lämnas in.

Ett tack till min handledare Maria Bangura Arvidsson som jag träffade alldeles för lite (mitt fel), men som gett mig bra handledning då vi setts.

1. Inledning

1.1 Problemformulering

Barnets bästa är ett begrepp som används ofta i vårdnadstvister och domar. Frågan är hur vi använder begrepp som barnets bästa eller barnets vilja. Har dessa begrepp gjort att barnet har fått mer rättigheter i det vuxna samhället? Har det gett barnen mera makt? Frågan är om vi kan släppa vår vuxna kunskap för att kunna förstå barnens värld i rättsväsendet som ofta bygger på brott och straff ur ett vuxenperspektiv. Vi kan ju inte påstå att det i alla vårdnadstvister handlar om att någon har gjort något brottsligt. Det är intressant att se hur domarna ser ut och vad de har lagt fokus på i domen. Det kan vara andra faktorer än just barnets bästa som spelar en väsentlig roll i domen vilket då är intressant att lyfta fram. Läger man vikt vid ålder på barnen i domen eller nämns barnet över huvud taget i domen. Vad är det vi sätter vikt vid egentligen när det gäller domen i vårdnadstvister? Detta är några frågor som är intressanta att belysa.

Vad är det för intresse i att just undersöka om domen nämner något om barnet/barnen? Enligt barnkonventionen, vilket Sverige har ratificerat i lagen så skall barnens rättigheter belysas i vårdnadstvister. Barnet är en individ som har ett eget liv och därför också egen vilja.

Kommer barn till tals i domen vid vårdnadskonflikter? är min problemformulering för denna uppsats. Hur ser det ut i vårdnadskonflikter när domen ges? Nämns det något om barnen i rättsfallen? Detta är frågor som uppkommer i och med denna problemformulering. Inom detta område finns det tidigare forskning, men den inriktar sig ofta på vårdnadskonflikter och om det var pappan eller modern som fick vårdnaden om barnet. Annan forskning på området har valt att undersöka hur rättsprocessen ser ut i helhet i vårdnadstvister, vilket jag har valt att inte göra. Det skulle inte finnas tid för att göra en sån omfattande studie.

Perspektivet som jag kommer inrikta mig på är *maktperspektiv*. Hur ser barnens makt ut gentemot rättsväsendet? För att göra detta måste vi definiera vad makt är för något. Hur ser barnets makt ut och hur kan vi tänka på makt i samband med rättsapparaten. Jag ämnar visa på att ett maktperspektiv kan belysas i detta sammanhang och att det är ett viktigt perspektiv för att makt är något som vi tar för givet att den finns, men vi tänker inte alltid på hur den kan se ut och vad den innehåller egentligen. Ett maktperspektiv kan ha betydelse för barnet/barnen

i rättsväsendet för att göra förståelsen kring barnet, vuxenvärlden och samhället ett mer tydligt innehåll, och detta gäller inte bara i rättsväsendet utan i alla sammanhang där barn är aktörer. Ett syfte med mitt arbete är att visa på att ett maktperspektiv är viktigt att ha i detta sammanhang för att ytterligare kunna skapa kunskap om barn och samhällets samverkan utifrån makt. Genom att undersöka rättsfall och införa maktteorier från Foucaults maktanalys vill jag ge en bild av hur ett maktförhållande kan beskrivas och hur det ser ut mellan barn och rättsväsende.

1.2 Syfte

Syftet med uppsatsen är att utifrån ett maktperspektiv studera maktförhållanden mellan barn och rättsväsende i olika rättsfall om vårdnadskonflikter och se på hur barn kommer till tals i domen.

1.3 Frågeställningar

Jag har ställt upp några frågor som jag använder mig av när jag utför dokumentanalysen av rättsfallen som kommer ifrån hovrätten och Högsta Domstolen. Dessa frågor är uppställda på olika teman:

- Vilka argument nämns i domarna?
- På vilket sätt nämns barnen/barnet?
- Finns det skillnader mellan tingsrätt, hovrätt och högsta domstol?
- På vilket sätt uttrycks makt i domen?

2. Metoder

2.1 Metodval

Jag har valt att titta på rättsfall ifrån hovrätt och högsta domstolen för att kunna göra en dokumentanalys av materialet. Jag kommer således att göra en kvalitativ dokumentanalys där jag har ställt upp frågeställningar som har olika teman för att kunna undersöka rättsfallen från olika infallsvinklar.

Domarna jag använder är offentligt material som kan hämtas av vem som helst på bibliotek och universitet osv. Denscombe säger om offentliga dokument att de är skriftliga källor och man måste vara noga med att se vem som har gjort den och i vilket syfte. Eftersom det är

statliga dokument kan de nog beskrivas som auktoritativa data. Med detta menas att domarna är skapade av representanter från rättsväsendet och i förlängningen staten. Domarna kan ses som objektiva i form av att statligt anställda har skrivit ner dem och anses vara opartiska.¹ Denscombe nämner att protokoll är en typ av dokument som kan undersökas. Med protokoll menas att företag, affärer, administration mm har genom olika möten skrivit ner ett protokoll över vad de har diskuterat och beslutat.² Jag anser att domarna kan betecknas som ett dokument som kan ses som ett protokoll. Denscombe påpekar att dokument har en tendens att vara selektiva i informationen. Domarna är skrivna ur en synvinkel och har sin kontext. Det är också viktigt i en dokumentanalys att titta på Autenticiteten i dokumenten. Dokumenten skall också vara trovärdiga, det vill säga i vilket syfte skrevs domarna, vem tecknade ner dem och när skrevs de? Det är också relevant att domarna är representativa, alltså om domen är typiskt av sitt slag och är det fullständigt. Fördelar med en dokumentanalys är tillträde till datan som finns i stora mängder på offentliga platser som bibliotek, skolor, Internet mm. Det finns en kostnadseffektivitet då man inte behöver företa t.ex. resor och det är lätt att få tag på datan. Det finns också en beständighet i datan på så sätt att den alltid kan kontrolleras av andra. Nackdelar med dokumentanalys kan vara källans trovärdighet, att det är sekundärdata vilket innebär att dokumentet är skapat i annat syfte än forskningen. Dokumentet bygger på en social konstruktion och med detta menas att den visar en bild och är inte objektiv.³

Dokument finns samlade i både i privata och statliga arkiv. Domarna kan betecknas som officiella handlingar där även diaries och protokoll av olika slag ingår. Dokument kan användas för att besvara frågeställningar kring faktiska förhållanden och faktiska skeenden. De fakta jag presenterar skall vara så sannolika som möjligt i förhållande till verkligheten.⁴

2.2 Urval

Jag har valt att titta på domskäl från hovrätten och högsta domstolen. Hade jag valt att titta på bara tingsrätt så hade jag inte fått fram vad högsta domstolen och hovrätt har dömt. Det är bättre att titta på dessa fall då de i båda fallen har genom tingsrätt gått vidare genom överklagan till högre instanser. Det är också mest intressant att se hur högsta domstolen har dömt för att de är den högsta instansen och blir följaktligen deras domar som ger signaler till andra instanser hur de skall döma i vårdnadskonflikter. Det är också intressant att genom att

¹ Denscombe, 2000, s.194

² Denscombe; 2000, s. 191

³ Denscombe, 2000, s. 201

⁴ Patel & Davidson, 1994, s. 54

välja det urval jag har gjort så kan jag också se hur de har dömt i olika rättsfall och skillnaden dem emellan.

Anledningen till att jag valt 7 rättsfall med tingsrätt, hovrätt och högsta domstolen är för att om jag bara valt t.ex. Högsta domstolen så är jag tvungen att titta längre bak i tiden, och jag anser att det är bättre att se på senare år då det naturligtvis är mer aktuellt än att titta på fall från t.ex. början på 90-talet. Hade jag bara valt tingsrätt så hade jag inte kunnat följa hur rättsprocessen gick fortsättningsvis i högre instanser. Att jag har kortat ner rättsfallen till sju stycken beror på tidspress. Jag valde ut sju fall av de tolv som jag fann mest relevant med mina frågeställningar. Hur kommer det sig att jag just valt dessa rättsfall? För det första var det några av dessa rättsfall som jag kommer ihåg ifrån kursen rättskunskap som vi hade termin 3. En del fall som jag hittade var internationella vårdnadstvister och de är mycket svårare eftersom då var det inte bara svensk lag som spelade in utan även EU-lagar, andra länders lagar mm. Jag skulle bli tvungen att sätta mig in i flera lagar och internationella rättprocesser. Jag har baserat mitt urval med följande kriterier: 1. Att rättsfallen har nått en högre nivå än tingsrätt, 2. Att de inte har några internationella förhållanden i vårdnadstvisterna, 3. Att rättsfallen är relevanta och inte föråldrade i den nuvarande lagstiftningen.

2.3 Genomförande

Jag började med att maila till Morten Klemme Nilsson för att få tips om hur jag kunde undersöka rättsfallen och vilket perspektiv som är mest intressant att undersöka. Morten Klemme Nilsson undervisar i rättskunskap på Socialhögskolan på Lunds universitet. Han föreslog att en undersökning av domarna kunde vara intressant. Jag tyckte att detta lät som en bra infallsvinkel och bestämde mig för att undersöka det.

Jag åkte till Juridiska Fakulteten i Lund för att leta upp rättsfall i deras bibliotek. Det var inte lätt att veta var jag skulle börja leta så jag fick hjälp med att hitta fallen. Jag insåg att det var svårt att välja och var tvungen att göra ett urval. Jag hittade tolv rättsfall som jag läste igenom och ville använda. Tidsaspekten gjorde att jag senare valde ut sju av de tolv rättsfallen.

Jag var på Lunds universitetsbibliotek för att låna böcker om vårdnadstvister. Jag ville hitta forskning om detta ämne för att kunna knyta empiri till analysen. Jag inriktade mig på att få tag på material som handlade om domar i vårdnadstvister. Britt Widlunds forskning om domar i 70 rättsfall gav mig material om vem som fått vårdnaden i domarna. Schiratskis avhandling om vårdnadstvister berättar om hur hon ser på ämnet och tar upp en juridisk

synvinkel på dessa. Socialstyrelsens bok *Vårdnad, boende och umgänge* innehöll material om vårdnadstvister och riktlinjer i rättsprocessen. *En rapport om vårdnad 2004* gav en bild av hur det ser ut idag och var därför en viktig aspekt att få med i uppsatsen.

För att kunna använda Foucault tog jag mig till Malmös Stadsbibliotek för att få tag i böcker av denna författare. Jag bestämde mig för att använda *Övervakning och straff* eftersom denna bok tar upp hans teorier om makt och är grundläggande i hans tänkande. Magnus Hörnqvists analys av Foucaults maktteori bidrog till en större förståelse av Foucault och jag fick idéer om hur jag skulle kunna föra samman analysen av domarna med maktteorin. När jag hade samlat in allt material läste jag igenom det. Efter det kunde jag arbeta vidare på att knyta an empirin till min uppsats.

2.4 Bearbetning och analys

Min avsikt med rättsfallen var att få material angående hur domen nämner barn och hur maktförhållandet kan se ut i rättsväsendet. Jag valde ut 7 rättsfall som jag ville analysera utifrån makt förhållanden och hur barnen nämns i domen. Jag var inte intresserad av att undersöka hur vårdnadstvister ser ut eller att se på själva rättsfallens process. Jag ville inrikta mig på domen för att där se hur barns makt kan uttryckas i domen genom att omnämnas i dokumenten. I analysen använde jag ett systematiskt system utifrån frågeställningarna för att lättare få uppfattningen om innehållet i analysen.

Jag använde mig av Foucaults olika maktbegrepp för att se hur makt kunde tolkas i materialet. Jag ville ha en väl genomarbetad teoretisk bakgrund till Foucault för att läsaren skall förstå hur han tänker kring begreppet makt. Med hjälp av litteratur från Foucault så ritade jag modeller för att åskådliggöra hans maktteorier. Med utgångspunkt från mina frågeställningar har jag tematiserat det empiriska materialet för att få en tydlig bild av domarna och kunna analysera dem utifrån tidigare forskning och teorier.

2.5 Metodkritik

Att använda dokumentanalys innebär att man ser på skriftliga källor. I mitt fall tittade jag på rättsfall, vilket även kallas offentliga källor eftersom de är offentliga och kan hittas på bibliotek och andra offentliga platser. Dokumenten tar upp information som uppkommit under domstolsförhandlingarna. Den nämner t.ex. inte i några fall vad vårdnadsutredningar har kommit fram till. Frågan är hur mycket information som försvinner när den dokumenteras och

hur avgör rättsväsendet vilken information som skall finnas med i dokumentet? I vilket syfte är domarna skrivna? Kan vi verkligen kritisera en dom, eller något annat dokument för att den inte återger sanningen? Finns det någon objektiv sanning och vilken sanning är det som presenteras i dokumenten? Jag kan utifrån domarna ge min tolkning av den information som presenteras. Det blir således min subjektiva uppfattning om vad domarna ger för information och vad jag väljer att använda i mitt arbete.

Jag skulle kunna komplettera med kvalitativa intervjuer från människor som jobbar inom rättsväsendet. Detta hade gett uppsatsen mera tyngd med materialet. Jag ansåg att tiden dock var emot mig och det hade blivit svårt att hinna med att göra intervjuer.

2.6 Resultatens tillförlitlighet

Syftet med min uppsats var att som jag nämnt tidigare att se hur makt uttrycks i domen och om barnen kommer till tals i domen. För detta använde jag sju rättsfall för att undersöka syftet. Tittar vi på den tidigare forskningen så har jag fört samman den med min analys av domarna. Jag har systematiserat upp frågeställningarna och där anknutit till tidigare forskning. Samma procedur använder jag med teorin för att sammanbinda teorin med analys. Detta gör jag för att kunna undersöka om det finns *validitet* i min undersökning. Mina frågeställningar besvaras av min undersökning och ger en validitet.

Reliabiliteten i undersökningen kan diskuteras eftersom jag har använt mig av dokumentanalys. Hur mycket sanning ligger det i den information som jag har tolkat? Ligger den i linje med verkligheten? Har min förståelse vinklat uppsatsen till att få fram det resultat jag har? Jag har i min undersökning använt mig av sju rättsfall. Med flera rättsfall så hade jag kunnat få en högre reliabilitet. Det material jag har i min undersökning visar på en tendens i domarna.

2.7 Etiska överväganden och avgränsningar

Jag har valt att inte intervjua barn då detta är ett känsligt ämne för barnet och vårdnadshavarna. Det kan vara så att integriteten blir skadad eller hotad vilket jag inte tycker är värt att rucka på. Det skulle annars vara intressant att se vad barnen själva anser om vårdnadskonflikter, men det är inte etiskt försvarbart. Jag kommer istället att koncentrera mig på att titta på rättsfall och jobba med rättsväsendet och hur de ser på barns åsikter i vårdnadstvister.

2.8 Disposition av fortsatt uppsats

Jag kommer i kap 3 att ta upp tidigare forskning och i 4 kap teoretisk bakgrund kring ämnet för att ge läsaren en bakgrund till arbetet. I kap 5 presenterar jag hur vårdnadskonflikter ser ut och hur processen ser ut. I kap 6 görs en beskrivning av rättsfallen för att sedan göra en analys i kap 7. Analysen avslutas med en sammanfattning i kap 8. I kap 9 kommer slutdiskussionen där jag tar upp olika funderingar kring makt och rättsväsendet.

3. Tidigare forskning

Britt Widlund kom 1997 med en forskningsrapport som heter *Vem fick vårdnaden?* Hon tittade på 70 vårdnadstvister i Stockholms län mellan åren 1990-1996. Hon har tittat på flera faktorer. När det gäller barnens ålder så var 89 % under 10 år i vårdnadstvisterna. Rapporten tar upp undersökningar av den socioekonomiska bakgrunden i vårdnadstvisterna och där visar det sig att överhängande delen är arbetare och lägre tjänstemän. Mer än hälften av föräldraren hade helt eller delvis utländsk bakgrund. I 30 mål började vårdnadstvisterna i och med skilsmässa. Uppgifter om sociala problem fanns i 2/3 av fallen.

Rapporten nämner om domstolsprocessen och visar att i 60 % av målen så var det modern som initierat den rättsliga processen. Den vanligaste anledning för män att söka om enskild vårdnad är att umgänget inte fungerar medan modern anser att den gemensamma vårdnaden inte fungerar. Mellan dessa år sjönk domstolsprocessen längd från 36 månader 1990 till 17 månader 1994.

Vad blev då utgången i dessa vårdnadstvister? I 70 % av fallen så blev mamman ensam vårdnadshavare och i 20 % av fallen var det fadern som fick ensam vårdnad. I fyra fall kom man överens om gemensam vårdnad. Värt att anmärka är här att detta var innan lagändringen som kom 1 oktober, 1998 som innebar att föräldrar kunde få gemensam vårdnad även om en förälder motsatte sig gemensam vårdnad.⁵ I 48 (83 %) av fallen så överensstämde vårdnadsutredningen med utfallet i domstolen. Widlund konstaterar i rapporten att det finns ett statistiskt samband mellan det interimistiska beslutet och vårdnaden om barnen. Den förälder oftast modern som fick vårdnaden om barnet tillfälligt tills rättsprocessen var avgjord var även den som fick vårdnaden i rättsutfallet. I domskälen var det vanligaste argumentet kontinuitet (74 % av fallen) i barnets boende, vilket var i boende i barnets invanda miljö. Det

⁵ Proposition 97/98:7

interimistiska beslutet har alltså en stor betydelse för vårdsnaden om barnen. I 30 fall (48 %) så avgjorde domstolen tvisten. Så hälften av tvisterna avgjordes genom överenskommelse eller att ena föräldern drog tillbaka sitt yrkande.

Annika Reimer Beskriver i ett projekt som kallas ”Vårdnadsmålets funktion – en analys utifrån ett aktörs- och ett strukturperspektiv” en enkätundersökning som gjorde mellan 1996 och 1997.⁶ Enkäterna skickades ut till 96 domare, 123 advokater och 83 familjerättssekreterare. De olika yrkeskategorierna fick bland annat svara på frågor angående barnets bästa som begrepp. 8 av 10 anser att begreppet barnets bästa är för luddigt och borde definieras ytterligare. Familjerättssekreterarna är mer kritisk än domare och advokater. De fick svara på frågor vad de själva tar hänsyn till när de bedömer barnets bästa. En majoritet av domarna, 65 %, och 28 % av advokaterna, men bara 16 % av familjesekreterarna instämmer helt i påståendet att barnets bästa står i fokus vid handläggningen av vårdnadstvister. En tredjedel av domarna anser att domarens roll som konfliktlösare och bevakare av barnets bästa är problematisk. Av advokaterna är det 75 % som anser att det är problematiskt att både tillvarata klienternas intressen och att se till barnets bästa. Nio av tio familjerättssekreterare anser att vårdnadsutredningen är ett nödvändigt verktyg för handläggningen av vårdnadstvister. Av advokaterna är det åtta av tio och domarna sju av tio. Att vårdnadsutredning är nödvändig för att fastställa barnets bästa i tingsrätt ansåg 92 % av familjerättssekreterarna, 77 % av domarna och 65 % av advokaterna.

Socialstyrelsen kom i november 2004 med en *rapport om vårdnad* vilket presenterar intressanta resultat.⁷ De har tittat på vårdnad, boende och umgänge år 1999 för att sedan göra samma undersökning 2002. Ett av syftena var att se hur den nya lagändringen från 1998 har fått för avsedda effekter. Kan man se förändringar mellan åren 1999 och 2002. Rapporten nämner följande:⁸

”I en undersökning av ett relativt stort antal vårdnads- och/eller umgägesmål (847 mål som rör 1334 barn) under åren 1993-1995 och 1997, före 1998 års reform, visade det sig att en utredning var gjord på ungefär vart tredje barn. I mål med vårdnadsutredning fanns i stor utsträckning uppgifter om sociala problem hos föräldrarna. Hur barnens önskemål framställdes i utredningen hade stor betydelse för hur barnens åsikter sedan respekterades av domstol och föräldrar. En vårdnadsutredning innebär också möjligheter för föräldrar och andra att framföra

⁶ Att dela ett barn – tvistiga vårdnadsfall, Socialstyrelsen, 1997, s. 23

⁷ Glimtar av barn från vårdnads-, boende- och umgägesdomar, socialstyrelsen, 2004

⁸ Glimtar av barn från vårdnads-, boende- och umgägesdomar, socialstyrelsen, 2004, s. 14

sina åsikter om barnets vilja och önskemål. I undersökningen framgår att referenser till barnets åsikter förekommer i betydligt högre grad i de processer som präglas av en svår konflikt mellan föräldrarna, det kan väcka farhågor just om att barnets åsikter används för att stärka de vuxnas positioner istället för att ses som en rättighet för barnet. Det framgår också att i de tvister där det inte gjorts någon utredning hade barnen mycket svårt att göra sig hörda.”

I rapporten har granskarna undersökt barnets inställning⁹. Samtliga uppgifter i nedanstående text grundas på det tioprocentiga slumpurvalet, 66 resp. 51 mål, som gjordes på 1999 respektive 2002 års domar. Här kan man utläsa att barnets inställning framhävs i 17 %, 1999 och 22 %, 2002. Det är inte nödvändigtvis utredaren som talat med barnet, i flera fall rör det sig om att den ena eller båda föräldrarna hänvisar till barnets åsikt. 1999 nämndes inte barnets inställning i 52 % av fallen och i 2002, 47 % av fallen. Att barnets inställning inte märks innebär att barnets vilja, önskemål inte framkommer i domen alls. Det kan också vara så att man har träffat barnen men att detta inte tas upp i domen. I de fall man har talat med barnet så nämns det ofta att det är flera som talat med barnet. Vanligast är det att vårdnadsutredare nämns. I rapporten nämner de att det finns några exempel på fall där barnets bästa ifrågasätts i domarna. De ställer sig frågan i rapporten om man istället skall tala om föräldrarnas bästa.

4. Teoretisk bakgrund

I den teoretiska bakgrunden har jag lagt fokus på barnets bästa utifrån barnkonventionen, SOU 1997:116 och Schiratski och hennes juridiska synvinkel på barnets bästa. Jag har valt att ta upp om barnets bästa då detta är en viktig faktor i vårdnadstvister och hänger också ihop med om barn skall komma till tals. Barnets vilja och att barn skall komma till tals är andra begrepp som kommer upp i detta sammanhang. Många av rättsfallen refererar till barns bästa i domskälen och får därför en viktig roll som måste redas ut.

4.1 Barnkonventionen

Här vill jag ta upp två punkter som är viktiga för min analys av rättsfallen för att domskälen många gånger hänvisar till uttrycket barnets bästa och då är det viktigt att veta hur uttrycket definieras och vart det kommer ifrån. Barnkonventionen måste tas med då den har en så viktig innebörd för barnets bästa och deras rättigheter.

⁹ Glimtar av barn från vårdnads-, boende- och umgängedomar, socialstyrelsen, 2004, s.33

Deklarationen om barnens rättigheter antogs i november 1989. Detta kom att kallas *konventionen om barns rättigheter*. Sverige har ratificerat lagen sedan 1990 och i propositionen ”Strategi för att förverkliga FN:s konvention om barnets rättigheter i Sverige” (prop 1997/98:182) stärkt barnkonventionen genom förslag som att barnkonventionen skall vara ett instrument som skall genomsyra allt beslutsfattande i regeringskansliet som berör barn.¹⁰ Den nämner intressanta definitioner av barnet och dess rättigheter som är viktig att nämna i detta sammanhang. Barnkonventionen skriver i artikel 3 punkt 1:¹¹

”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”

En annan intressant artikel i barnkonventionen är artikel 12 punkt 1 som tar upp att:
”konventionsstaterna skall tillförsäkra det barn som är i stånd att bilda egna åsikter rätten, att fritt uttrycka dessa i alla frågor som rör barnet, varvid barnets åsikter skall tillmätas betydelse i förhållande till barnets ålder och mognad”.

4.2 SOU 1997:116

I SoU 1997:116 tas barnets bästa upp utifrån definitionen från konventionen av barnets rättigheter. Barnets bästa är inget nytt utan har funnits i internationella deklarerationer sedan 1924 som antogs av nationernas förbund.¹² I den deklarerationen står det ”mankind owes to the child the best that it has to give”. 1959 kom en ny deklareration som har utvecklat principen ytterligare. I artikel 2 står det “in the enactment of laws for this purpose the best interests of the child shall be the paramount consideration”. Att principen om barnets bästa successivt har utvecklats i internationella dokument beror huvudsakligen på att begreppet under lång tid har funnits i nationell lagstiftning, framför allt inom familjerätten. I länder som till exempel Canada, Frankrike, Indien, Sverige och Zimbabwe är barnets bästa utgångspunkt för de familjerättsliga regelsystemen. I den svenska föräldrabalkens regler föreskrivs uttryckligen att vårdnads- och umgängesfrågor skall avgöras efter vad som är bäst för barnet (6 kap, Föräldrabalken.). Det unika med barnkonventionen är att barns bästa skall komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn. Det innebär att barnets bästa som princip skall gälla alla samhällsområden. FN-kommittén har gjort en tolkning av barnets bästa där de

¹⁰ Ewerlöf & Sverne, barns bästa, 2000 s. 173

¹¹ Regeringskansliet UD info 2003 s. 35

¹² SoU 1997:116, kap 6: Barns bästa

formulerar att barnets bästa inte bara är en princip utan den genomsyras i alla de fyra huvudprinciperna vilket är:¹³

1. *Barns lika värde* (artikel 2)
2. *Barnets bästa* (artikel 3)
3. *Rätten till liv* (artikel 6)
4. *Möjlighet för barnet att göra sig hörd och påverka sin situation* (artikel 12).

Att ha en portalparagraf om barnets bästa i en konvention med universell karaktär har kritiserats. Det har hävdats att eftersom uppfattningen om och bedömningen av vad som är barnets bästa är kulturbundet kan artikel 3 legitimera vilka åtgärder som helst. SoU rapporten tar upp ett exempel på hur uppfattningen och hur olika kulturer kan se annorlunda på barns bästa. ”Synen på barnarbete kan tas som exempel, i ett underutvecklat land där familjen är beroende av att också barnen arbetar och bidrar till försörjningen är barnarbete nödvändigt för barnets överlevnad både på kort och på lång sikt.”¹⁴ Detta innebär att i ett sådant land kan det anses vara till barnets bästa att arbeta så tidigt som möjligt. Lika lite som barnets bästa inte är ett statistiskt begrepp är länders kultur, ekonomiska och sociala utvecklingsnivå inte någonting statistiskt. FN-kommittén har framhållit att en av de viktigaste dimensionerna av principen om barnets bästa är att det i varje beslut som berör ett eller flera barn måste göras en förhandsprövning. Konsekvenserna av olika beslutsalternativ för barnet eller barnen bör bedömas innan beslut fattas för att barnet skall få den bästa tänkbara bedömningen.¹⁵

I SoU rapporten skriver de följande om barnets bästa som begrepp:

”Barnets bästa är inget statistiskt begrepp. Det varierar över tid och från ett samhälle med dess kulturella och sociala värderingar till ett annat. Det varierar också från ett barn till ett annat utifrån varje barns individuella situation. Men trots att barnets bästa inte är en gång för alla givet så innehåller Barnkonventionen en rad grundläggande rättigheter för barn och dessa skall vara universella. En viktig aspekt av konventionen är att den ger en universell definition av vilka rättigheter som bör gälla för barn över hela världen. Dess definition av barnets rättigheter skall gälla i alla samhällen oavsett kultur, religion eller andra särdrag”.

¹³ Regeringskansliet UD info 2003, sid 11

¹⁴ SoU 1997:116, kap 6: Barns bästa

¹⁵ SoU 1997:116 kap 6: Barns bästa

4.3 Barns bästa och barns vilja ur en juridisk synvinkel

Johanna Schiratzki har skrivit en avhandling om vårdnad och vårdnadstvister där hon tar upp olika definitioner av barns bästa.¹⁶ Hon nämner att det finns två olika beskrivningar av barns bästa. Det finns ett *passivt barns bästa* som betyder att barnet har samma trygghet som andra samhällsgrupper har. Exempel på detta kan vi se i FB 6:7: Här tillskrivs barnet ett skydd gentemot en vårdnadshavare som gör sig skyldig till missbruk, försummelse eller brister i omsorgen på ett sätt som innebär en bestående fara för barnet. Ett motsvarande skydd får alla samhällsmedlemmar genom social och straffrättslig lagstiftning. Barnets bästa är i detta fall begränsat till att ge barnet skydd i förhållande till omständigheter som har ett generellt straffvärde eller som omfattas av generell skyddslagstiftning.¹⁷ Ett *aktivt barns bästa* kan vi se i principförklaringen i 6:1 FB. Här stadgas att barnet har rätt till omvårdnad, trygghet, en god uppfostran, aktning för sin person och slutligen rätt att inte utsättas för någon kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling. De rättigheter som barnet har här är sådana rättigheter som andra inte garanterat har som t.ex. vuxna som inte omfattas på samma sätt som barnen av skyddslagstiftning. Schiratzki skriver följande i sin avhandling:¹⁸

”I praktiken förefaller begreppet barnets bästa att användas i såväl som ett pragmatiskt som i ett moraliskt syfte. Det förekommer att barnets bästa förklaras ur ett rationellt perspektiv med konkreta exempel, t.ex. att nedskärningar i offentlig barnomsorg är oförenliga med barns bästa. Men i samband med lagstiftning om vårdnad används barnets bästa ofta som ett moraliskt och värdebaserat argument. Begreppets praktiska konsekvenser analyseras då sällan närmare.”

Schiratzki menar att begreppet barnets bästa har ett öppet innehåll och är därför bristfällig i sin definition. Problemet här är att tolkningen av barns bästa kan innehålla många skiftande innehåll. Innehållet är ofta kulturellt och socialt betingat. Hon menar att begreppet ofta tolkas utifrån vad som empiriskt sett är den vanligaste levnadsformen för barn. Det blir alltså en slags normaliseringsprincip. Schiratzki hävdar att definitionen tar avstamp i kärnfamiljen. Det som är normalt för en familj blir en norm som rätten anammar.¹⁹ I svensk rätt kommer normaliseringstanken fram i adoptionsrätt och vårdnadsrätt. I vårdnadsrätten är det t.ex. den gemensamma vårdnaden som anses som den förhärskande presumtionen vilket är mest förenligt med barns bästa. En normalitetsbedömning finns även inom adoptionsrätt där

¹⁶ Schiratzki, 1997, s. 56

¹⁷ Schiratzki 1997 s. 329

¹⁸ Schiratzki 1997 s. 54

¹⁹ Schiratzki 1997, s. 55

annorlunda samhällsvärderingar kan anses vara tillräckligt för att anses som olämplig förälder.

När det gäller *barns vilja* kan två perspektiv skiljas vid tvist om vårdnad. Den ena är att barnet bör få vara med och påverka utgången av en vårdnadstvist om sig själv. Det andra perspektivet är att barnet bör hållas utanför föräldrarnas tvist och inte åläggas ett ansvar som det inte är moget för.²⁰ Numera finns det uttryckliga bestämmelser om rättens skyldighet att ta hänsyn till barnets vilja införda i olika lagbestämmelser. Här kan nämnas FB kap 6, § 19 där följande tas upp:

”Den som verkställer utredning skall om det inte är olämpligt söka klarlägga barnets inställning och redovisa den för rätten. Barnet får höras inför rätten, om särskilda skäl talar för det och det är uppenbart att barnet inte tar skada av att höras”.

Barnets vilja är svår att definiera. Bedömningarna bygger oftast på barnets ålder och mognad. I kap 21 § 5 FB står det att barnets önskemål bör respekteras från tolv års ålder eller att barnet uppnått motsvarande mognad. Tolvårsgränsen har satts som ett riktmärke som har haft stor betydelse i rättsfall.²¹ Vid tolkning av barnets vilja spelar alltså barnets utveckling roll, men också hur mycket barnet har utsatts för påtryckningar från föräldrar på olika sätt.

I boken *Vårdnad, boende och umgänge* tar socialstyrelsen upp att det som barnet uttrycker ska bedömas med sakkunskap och med hänsyn till omständigheter i det enskilda fallet. Många gånger kan uppgiften att ta reda på vad barnet verkligen vill vara svårt att klargöra eftersom barnet kan uttrycka en uppfattning som egentligen inte svarar mot den verkliga, kanske ambivalenta önskan som de har.²² Utredningen måste därför ha en helhetsbedömning där de också väger in samtliga omständigheter kring familjen och barnet. Genom att barnet indirekt eller direkt har uttalat sin önskan i en separation kan barnet komma att utsättas för obehag av olika slag. Barnets vilja har en formell betydelse och detta stärker också barnets makt vilket också gör att föräldrarna kan utnyttja barnet att föra viljan till deras fördel.²³ Socialstyrelsen menar att barnet kan påverkas av sina föräldrar, vilket gör att det är svårt att klargöra vad som är barnets uppfattning.

²⁰ Schiratski 1997, s.233

²¹ Schiratski 1997, s.233

²² Vårdnad, boende och umgänge, 2003, s. 85

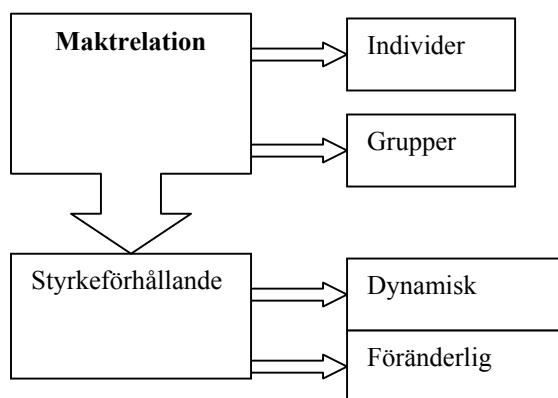
²³ Vårdnad, boende och umgänge, 2003, s. 85

4.4 Foucaults maktanalys

I denna utläggning av Foucaults analys av makt kommer jag att utgå ifrån Magnus Hörnqvist som skrivit en utmärkt bok om *Foucaults maktanalys*. Jag kommer även att utgå ifrån boken *övervakning och straff* skriven av Foucault. Det är jag själv som har gjort modellerna i detta avsnitt.

4.4.1 Styrkeförhållande

Foucault har angående makt sagt följande påstående: ”att makt inte är någonting som förvärvats, fräntas eller delas, någonting som man behåller eller låter sig gå ur händerna; makt utövas från oräkneliga håll och i ett växelspel av ojämlika och rörliga relationer”.²⁴ Makten kan inte förstås som en individs eller en social grups privilegium, egenskap eller resurs. Makten är istället en relation mellan människor. Vad är då en relation för något? Foucault beskriver den som ett *styrkeförhållande* som finns mellan en människa till en annan människa och mellan en grupp till en annan grupp och så vidare. ”Styrkeförhållandet kan gälla allt från förhållanden till individuella särdrag som t.ex. graden av verbal förmåga, tekniskt kunnande, fysisk styrka till olika samhällsgrupper som ekonomiskt privilegierade människor och kan därför ha ett strukturellt samband”.²⁵



Figur 1: En modell över hur maktrelation och styrkeförhållande förhåller sig (Tony Duvald)

Här kan även könsaspekt som man eller kvinna nämnas, barn och vuxna, ja allt som innebär en maktrelation. Ett styrkeförhållande är på intet sätt befäst eller passivt. Makten är dynamisk och i ständig rörelse som alltid är verksam och ger föränderliga styrkeförhållanden (se figur 1). Ett exempel på styrkeförhållande kan vara 1800 talets industri som mekaniserade

²⁴ M Hörnqvist, Foucaults maktanalys, 1996, s. 28

²⁵ M Hörnqvist, Foucaults maktanalys, 1996, s. 29

produktionen och lönearbetarna tvingades in i fabriker för att arbeta. Arbetsgivarna säkrade sin ställning med ett dominant styrkeförhållande. Lönearbetarna var underlägsna men inte oförmögna att ändra på styrkeförhållandet genom olika aktioner som strejker, sabotage och fabriksockupationer. Detta är ett fenomen vi idag stöter på i olika former när företag hotas av nedläggning eller löneavtal som är dåliga etc. Den som befinner sig i underläge har alltid en möjlighet att på något sätt försöka ändra styrkeförhållandet. ”Det kanske inte fullständigt kan vältas omkull eller utjämnas, men det är under alla omständigheter möjligt att slå tillbaka eller bryta handlingsmönster och därigenom *modifiera* styrkeförhållandet.”²⁶ Maktrelationerna kan alltså beskrivas som rörliga och instabila. Foucault har beskrivit det som ”Styrkeförhållandets rörliga sockel”. Det går inte att se ett speciellt mönster med maktrelationerna utan de kommer plötsligt och omkastningar sker när som helst pga konsekvenser av människors avsiktliga och oavsiktliga handlingar. I makten kan man skilja ”ett nät av ständigt spända, ständiga aktiva relationer”.²⁷

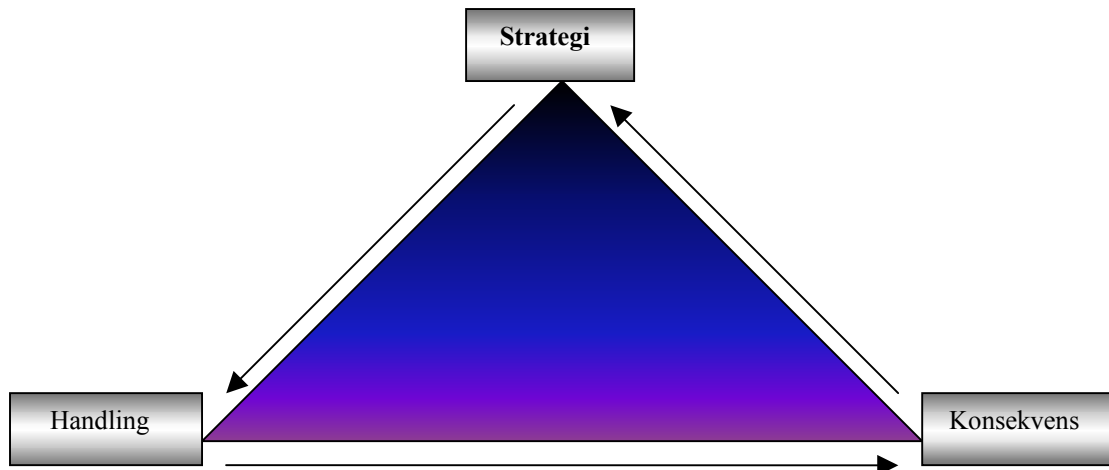
4.4.2 Makten och kamp

Som jag beskrev innan så är makten dynamisk och instabil eftersom det ständigt sker förändringar i maktrelationen. I ett styrkeförhållande mellan två parter är makten instabil, vilket vi som individer vill använda oss av. För en dominerande part innebär det att momentana styrkeförhållandet ständigt måste bekräftas. Detta är inte enkelt eftersom den undergivne samtidigt kan eftersträva att utjämna styrkeförhållandet eller vända det till motsatsen. För att göra detta använder vi oss av olika *strategier* för att försöka ändra maktrelationen. Detta kan ge bilden av att det är ett krig som pågår. ”Maktrelationerna är inte bara ständigt ifrågasatta, utan det pågår faktiskt en ständig kamp i maktrelationerna.”²⁸ Varje maktrelation innehåller alltså återkommande konflikter. Den som är dominant vill oftast bibehålla det momentana styrkeförhållandet medan den undergivne vill förändra förhållandet (Se figur 2).

²⁶ M Hörnqvist, Foucaults maktanalys, 1996, s. 31

²⁷ M. Foucault, Övervakning och straff, 1987, s. 36

²⁸ M Hörnqvist, Foucaults maktanalys, 1996, s. 36



Figur 2: Ett flödesschema över den ständiga kampen i relationer (Tony Duvald).

Hörnqvist skriver följande om undergivna:²⁹

”På grund av bekvämlighet kan människor som befinner sig i underläge infoga sig i ett bestämt styrkeförhållande och parallellt med detta försöka befästa sin position i ett annat styrkeförhållande. Det är mer vinstbringande att anpassa sig till hierarkiska strukturer, förlänga aggressionen neråt, hävda de privilegier som man trots allt tillerkänns mot socialt svagare grupper och undvika att stöta sig med mäktiga motståndare.”

Det är inte alltid så att den undergivne vill ändra på styrkeförhållandet utan väljer att bibehålla sin position för att utöva makt nedåt på socialt svagare individer istället. Ett exempel som gäller vårt yrke är socialarbetaren som inte respekterar sina klienter och ser ner på dem för att de inte kan ta hand om sig själva. Ett annat exempel kan vara en arbetsledare på ett företag som fjäskar för chefen och beter sig mycket otrevligt mot sina arbetare som är under honom. Givetvis säger inte arbetarna nåt eftersom de är rädda för att förlora sina jobb.

Foucault menar att det pågår ständiga kamper i alla maktrelationer och att det är viktigt att vi undersöker dem för att få en kunskap om vad kampen har för innehåll. Han menar att historiska händelser har en betydelse för kampen och kan lära oss något om dess innehåll. Vi måste ställa oss frågor som var utspelades konflikten? Vilka var aktörerna? Med vilka medel och vilka strategier fördes i kampen? Vilka andra omständigheter påverkade den? Vad stod på spel?³⁰

²⁹ M Hörnqvist, Foucaults maktanalys, 1996, s. 37

³⁰ M Hörnqvist, Foucaults maktanalys, 1996, s. 41

4.4.3 Olika strategier

Alla maktrelationer har som vi tidigare nämnt en ständig kamp. I denna kamp använder vi olika strategier för att ändra, eller bibehålla styrkeförhållanden. Den grundläggande idén med begreppet strategier var att lyfta fram den som den kraft som formar samhället och historien. ”Han ville beskriva samhällets uppbyggnad som en process utan subjekt, som strategier utan strateger.”³¹ Varje handling, varje sammanstörtning, förutsätter att de görs med avsikter och målsättningar av de inblandade. Men även om vi gör beräkningar av hur vi skall handla, eller vilka strategier vi skall använda så kan vi aldrig förutse dess konsekvenser.³² Resultatet av våra handlingar är svåra att förutse och att styra.

Foucault brukar i detta sammanhang ta upp att det finns en härskande klass som strategiskt sett intar en privilegierad plats i samhället. De tar ut segrar och håller oavbrutet på att behålla sin plats genom olika strategier. Foucault tyckte att det var viktigt att påpeka att den härskande klassen som han kallar det använder samma strategier som alla andra människor för att bibehålla sitt styrkeförhållande. ”Strategierna är sociala fenomen och processer som enbart är underkastad kampens logik.”³³ Vilka ingår då i den härskande klassen? Ja detta får vi inget svar på hos Foucault, men vi kan tänka oss institutioner som staten där politiker har olika avgöranden som får en betydelse för oss småmänniskor, förmögna VD ”pampar” i olika företag som Wallenberg etc, ja, rent av människor med snuskigt mycket pengar kan höra till denna elit. Foucault hävdar att i maktens sfär sker sammanflätningar som på olika sätt förstärker dominansen. Genom övergripande strategier så blir styrkeförhållandena tröga och svårföränderliga. Vad Foucault menar här är att de som har mer makt går samman på olika sätt för att bibehålla sitt styrkeförhållande och skyddar sig därmed mot motstånd av olika slag.

4.4.4 Den disciplinära makten

Vad menar Foucault med disciplin i maktsammanhang? Han skriver följande i *Övervakning och straff*:³⁴

”Disciplinen är den samling av smärre tekniska uppfinningar som har gjort det möjligt att öka mångfaldens exploaterbara storlek och samtidigt minska de oönskade effekter av den makt som måste lägga under sig

³¹ M Hörnqvist, Foucaults maktanalys, 1996, s. 63

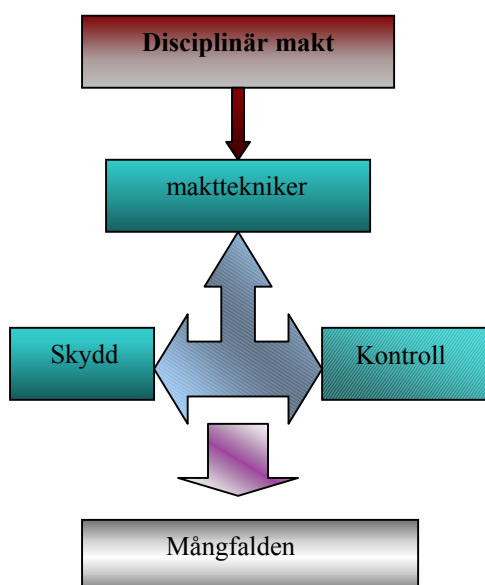
³² M Hörnqvist, Foucaults maktanalys, 1996, s. 63

³³ M Hörnqvist, Foucaults maktanalys, 1996, s. 64

³⁴ M Foucault, *Övervakning och straff*, 1987, s. 257

mångfalden för att denna skall bli riktigt användbar. En mångfald, antingen det rör sig om en verkstad, en nation en armé eller en skola.”

De disciplinära maktteknikerna är olika förfaranden som ökar prestationsförmågan, effektiviteten och samtidigt tar bort oönskade effekter i form av omkostnader och motstånd. Maktutövningen splittrar och individualiserar. Alla ska reagera som enskilda och isolerade personer som tar order uppifrån. ”Därigenom kan de disciplinära maktteknikerna neutralisera den kontramakt som kommer fram ur den organiserade mångfalden och gör motstånd mot den makt som vill behärska den: oroligheter, revolter, spontant bildade organisationer, sammanrotningar – allt som har med sammanslutningar att göra.”³⁵ Detta har jag ritat som en figur som ni kan se nedan (Se figur 3).



Figur 3: Den disciplinära makten som maktutövning mot mångfalden (Tony Duvald).

Foucault menar att den disciplinära makten också består i olika tekniker för att öka produktionen i samhället. Inte bara produktion i fabriker och sådant utan sker även i form av vetande och färdigheter i skolan, hälsa på sjukhus och förstörelsekraft i form av armén. Uppgiften här är att öka den nytta som särskilt kan utvinnas ur vart och ett av de element som ingår i mångfalden. För att på olika sätt forma mångfalden så införs tidsscheman, kollektiv dressyr, övningar och samtidigt en allomfattande övervakning samt fördelning och anpassningar av kroppar, rytmer och rörelser för en samordning i förhållande till en inrättning och en viss uppgift. Historiskt kom produktionen att spela en roll då Foucault menar att det

³⁵ M Hörnqvist, Foucaults maktanalys, 1996, s. 88

var det enda sätt att hantera den stora befolkningsökningen som skedde på 1700-1800 talet. ”Produktionsapparaten gjorde att människor kunde försörjas och utnyttjas, den teknik som hanterade ökningen av människor möjliggjorde också att kapitalism på olika sätt växte fram”³⁶. Genom kapitalism kom den disciplinära makten fram i samhället. Genom dessa makttekniker kunde mångfalden styras och motståndet hanteras på ett kontrollerat sätt utan sammanbrott.

4.4.5 Den juridiska negativa förståelsen av makt

Enligt Foucault så finns det tre antaganden som kan göras angående makt i negativa juridiska förståelsen. Det första han tar upp är att *all maktutövning är av samma slag*. På varje nivå och områden så finns det maktutövning som är likartad. Alla med dominerande positioner i samhället oavsett om det är lärare, domare, föräldrar eller direktörer utövar samma slags makt.³⁷ Maktens grundläggande innebörd är att dra gränser och diktera lagar. Maktens rena form kan vi finna i lagstiftningen. Att en lag görs gällande får konsekvenser för människor om de som har styrkeförhållandet på sin sida har förkunnat dem. Varje lag innebär en dikotomi som är uppdelad i tillåtna och otillåtna handlingar. Detta gäller inte bara lagar utan kan även gälla en psykiatriker som sätter upp gränser för vad som är normalt och onormalt. Rådande regler och gränser sägs antingen språkligt eller förutsetts vara väl kända. Den som är underkastad av lagarna har alltid ett val att överskrida gränserna eller inte. Människan gör alltså enligt Foucault ett medvetet val att överskrida gränser. Olydnad är beteckningen för allt motstånd mot lagen.

Maktutövning kan bara förstås i negativa termer och Foucault målar upp en destruktiv bild av maktutövningen. Han menar att denna makt är fattig på resurser, monoton i sina taktiker, oförmögen till kreativitet och till att skapa något. Den kan bara sätta gränser och är för honom en antienergi. Lydnad är den effekt maktutövning åstadkommer. ”Eftersom makt utövas och verkar på samma sätt, genom att slå fast skillnader, bestraffa och röjer undan, ser också underkastelsen likadan ut överallt.”³⁸ Den består enbart av en passiv lydnad. Han talar om det *lydiga subjektet* istället för att tala om människor. Anledning till detta är enligt Hörnqvist att ordet subjekt har två betydelser på franska.³⁹ Det ena är att det betyder agent (herre över sina handlingar) och den andra betydelsen är undersåte (underkastad landets styrelse). Foucault ger

³⁶ M Foucault, Övervakning och straff, 1987, s. 258

³⁷ M Hörnqvist, Foucaults maktanalys, 1996, s. 115

³⁸ M Hörnqvist, Foucaults maktanalys, 1996, s. 119

³⁹ M Hörnqvist, Foucaults maktanalys, 1996, s. 122

detta fenomenet beteckningen *underkuvad härskare*. Exempel skulle här kunna vara Tyskland andra världskriget och Hitlers makt. Han hade makten över landet och skapade en armé som kom att kallas SS. Han rekryterade soldater som var hänsynslösa mördare. De var underkuvade av Hitlers maktutövning men samtidigt hade de oinskränkt makt att våldta, mörda och beslagta judisk egendom. Underkuvning sker både i samhället och inne i människan. Lagar och maktutövning sätter sig djupt inne i människan och påverkar till uppsatta gränser i det inre. Maktutövning och underkuvning sker alltså även inne i människan i form av uppsatta gränser som begär, lust, utseende osv. Kan man inte vara härskare över någon kan man i alla fall vara härskare över sig själv.

4.4.6 Makt och kunskap

Foucault säger att all makt producerar vetande och att makt och vetande förutsätter varandra.⁴⁰ Denna kunskap förstärker styrkeförhållandet och garanterar att maktutövningen fortsätter och att ny kunskap hela tiden utvecklas. Makt och kunskap har ett ömsesidigt förhållande till varandra. Foucault var särskilt intresserad av att undersöka humanvetenskapen och dess historia. Vetenskapen uppstod enligt honom i arkiv där tvångssystemet utarbetades som skulle lägga under sig kroppar, gester och beteenden.⁴¹ Vetenskapen framstod under 1800-talet och utvecklades i form med den disciplinära makten. I takt med kapitalism och en större befolkning så framstod det att staterna var tvungen att finna ett sätt att kontrollera massan. ”De disciplinära anstalterna har alstrat ett kontrollmaskineri som har fungerat som ett mikroskop genom vilket man kunde undersöka mänskliga beteenden.”⁴² Övervakningen var en metod enligt Foucault som utgör förutsättningen för humanvetenskapen. Där fanns en regelbunden observation av mänskligt beteende. Stor betydelse hade också utvecklingen i skolorna och sjukhusen som skapade examensförfaranden, dokumentmetoder och anteckningar av olika slag. Individerna blev ett objekt som skulle beskrivas och analyseras så att man kan fastsätta dennes särdrag, utveckling, läggning och färdigheter.⁴³ Vetenskapen kom att institutionaliseras med ett universitetssystem där forskare och fakulteter fick olika privilegier att försvara. Universiteten monopoliserar enligt honom kunskapen och höjer den vetenskapliga statusen och styrkeförhållandet. Det stoppar också all kunskap som kommer utanför universitetets ramar och vetenskapens domäner.

⁴⁰ M Foucault, *Övervakning och straff*, 1987, s. 37

⁴¹ M Hörnqvist, *Foucaults maktanalys*, 1996, s. 157

⁴² M Foucault, *Övervakning och straff*, 1987, s. 203

⁴³ M Foucault, *Övervakning och straff*, 1987, s. 223

4.4.7 Kritik mot Foucault

Det först vi skall komma ihåg när det gäller Foucaults teorier är att de inte på något sätt är vedertagna på vetenskapligt sätt. De kan liknas vid filosofiska och sociologiska teorier om olika företeelser som inte kan bevisas. Det gör i sig att teorin kan göras svag. Speciellt om man är en människa som förkastar all vetenskap som inte kan förklaras i Karl Popper och hans positivistiska anda. Foucault har fått kritik av många för att han är alldeles för flummig i sina teorier och att han inte har utvecklat sina teorier på ett mer strukturellt sätt. Detta gör i sig inte att teorin är användbar, snarare tvärtom anser jag. Maktperspektiv är en viktig del av det sociala arbetet och speciellt när det gäller arbete med barn då de oftast befinner sig i underkastelse mot vuxna. Det är en kritik som kan framföras är att Foucault inte tar fasta på barns makt, men å andra sidan så var inte Foucault inriktad på just barns makt utan han var mer intresserad av maktens uppbyggnad i samhället.

När det gäller makten i negativ juridisk förståelse så är jag kritisk till att all makt är destruktiv i sin utövning. Jag vill påstå att en person som har mycket makt kan med maktutövning använda detta till ett gott syfte. Maktutövning är inte bara en destruktiv företeelse. Det är inte alltid i alla lägen som vi använder maktutövning för att själva stärka vårt styrkeförhållande. Eller kan det vara så att vi alltid handlar i egoistiska syften?

Foucault beskriver att det finns en härsarklass men nämner inte något om vilka som ingår i den. Så det vi får göra är att gissa vilka dessa kan vara. Detta är ganska vanligt hos Foucault att han kommer med en teori som det sedan inte ges någon ingående förklaring till. En annan kritik som har framhävts är att maktrelationer och styrkeförhållandet aldrig kan vara i jämvikt. Foucault hävdar bestämt att detta inte är möjligt eftersom det aldrig är något fast utan en dynamisk företeelse.

5. Hur går förfarandet till vid vårdnadstvister

Det är inte lätt att förstå exakt hur det går till när en vårdnadstvist sker. Vilka instanser är inblandade och när sker olika händelser i kedjan. Ett enkelt sätt att åskådliggöra detta är att visa en modell som finns i vårdnad, boende och umgänge som är utgiven av socialstyrelsen.⁴⁴ Här kan ni se hela förfarandet på nästa sida (Se bilaga 1). Notera att det vanliga förfarandet är att föräldrarna kommer överens i samarbetsamtalen och med ett avtal som sätts upp. Det är

⁴⁴ Vårdnad, boende och umgänge, Socialstyrelsen, 2003, s. 232

inte vanligt att tvisten går till domstol utan det löses oftast innan det gått så långt. Socialtjänsten arbetar för att få en samförståndslösning för att det skall slippa bli en rättsprocess då detta är skadligt för barnet. En tvist i domstol är psykiskt slitande på barnet och föräldrarna. Det är en rättsprocess som i genomsnitt pågår i 2 år.⁴⁵ Det är en lång tid i en pressad miljö och en psykiskt påfrestande situation för alla parter som är inblandade. Som ni ser av bilden så kan ett skriftligt avtal träffas angående vårdnad, boende och umgänge. Ett avtal skrivs kring boendet, om umgänge eller vårdnad. Det är alltså ett avtal för varje situation vi kan göra. Avtalet skall sedan godkännas eller prövas av socialnämnden. Nämnden får inte på något vis ändra på avtalet. Prövningen som görs i socialnämnden skall ha samma förfarande som domstolen har och vara utredda enligt 6 kap 17a § tredje stycket FB. Intressant är att Socialnämnden i detta läge inte har en skyldighet att klargöra barnets inställning.⁴⁶ Om nämnden inte kan godkänna avtalet kan föräldrarna vända sig till domstol för att lämna in en ansökan. Anledningen till detta är att nämndens beslut inte kan överklagas och enda sättet att ändra avtal är att då vända sig till domstol.⁴⁷ Kommer inte föräldrarna överens så görs en stämning. Domstolen begär då snabbupplysningar av socialnämnden. Detta betyder att domstolen kan inhämta upplysningar från socialnämnden innan ett interimistiskt förordnande meddelas. *Ett interimistiskt beslut* innebär att domstolen kan besluta om vårdnad, boende och umgänge, till någon av föräldrarna tills domen träder i laga kraft. Detta beslut har en viktig betydelse för domstolens ställningstagande i domen. ”Genom beslutet avgörs hos vem av föräldrarna barnet skall bo under den många gånger ganska långa tid som hinner förflyta innan frågan slutligen avgörs i domstolen.”⁴⁸ Snabbupplysningar begärs av domstolen när de har att göra med tvistiga mål, annars används inte denna princip. Samarbetssamtal innan interimistiskt beslut innefattar oftast inte samtal med barnen utan handlar mer om att hjälpa föräldrarnas konflikt. ”I samtalet med föräldrarna bör utredaren bilda sig en uppfattning om det är lämpligt att, utifrån barnets ålder och mognad, även tala med barnet.”⁴⁹ Domstolen skickar efter det interimistiska beslutet en remiss till Socialnämnden om samarbetssamtal. Lyckas de här få en överenskommelse så görs ett avtal och ärendet avslutas utan domstolsförhandlingar. Misslyckas det däremot så meddelas domstolen och en *vårdnadsutredning* sätts igång. Föräldrarna kontaktas och får en handläggare som sköter utredningen. Är utredningen svår kan två utredare tillsättas om det behövs, men det är en

⁴⁵ Vårdnad, boende och umgänge, Socialstyrelsen, 2003 s. 14

⁴⁶ Vårdnad, boende och umgänge, Socialstyrelsen, 2003, s. 130

⁴⁷ Vårdnad, boende och umgänge, Socialstyrelsen, 2003, s. 133

⁴⁸ G Ewerlöf & T Sverne, Barns bästa, 2000, s. 69

⁴⁹ Vårdnad, boende och umgänge, Socialstyrelsen, 2003, s. 144

resursfråga då väntetider ökar i och med att en utredare hjälper en annan utredare med en utredningen.⁵⁰

Samarbetssamtalen syftar till att nå fram en överenskommelse och att hitta bra lösningar till att föräldrarna kan samarbeta. Här är det viktigt att utredaren även ser till barnets bästa och tar upp olika konsekvenser för barnet. Barnets behov är utredarens primära uppgift att klargöra. Familjerätten vill att båda föräldrarna infinner sig till första samarbetsamtalet för då får de samma information. Problemet med gemensamt samtal är att den ena föräldern kan vara mer dominerande än den andra.⁵¹ Det bästa är enligt socialstyrelsen att försöka kombinera med gemensamt samtal och enskilt samtal. I samarbetsamtal kan också utredaren fråga om samtycke till att t.ex. ta kontakt med andra myndigheter för information. Föräldrar behöver inte delta i samarbetsamtal, men det försämrar deras chanser att få vårdsnaden om sitt barn. När det gäller samtal med barnet är brukligt att göra detta vid ett hembesök eftersom det är mest tryggt för barnet om samtalet görs i hemmet som kan vara deras trygga miljö. Utredaren bör träffa barnet med föräldrarna och enskilt för att göra bedömning av barnets inställning.⁵² Vårdnadshavare har enligt 6 kap. 11 § Föräldrabalken rätt och skyldighet att bestämma i frågor som rör barnets person. Vårdnadshavaren kan alltså motsätta sig att utredaren talar med barnet. I och med att barnet blir äldre ökar barnets rätt att själv bestämma om hon/han vill tala med utredare. Avgörande för att utredare skall få tala med barnet oavsett vad vårdnadshavaren tycker är ålder, mognad och utveckling.⁵³ Information om utredning ges till föräldrarna när utredning är klar. Utredningen skickas per post till föräldrar, domstol och ombud. Föräldrar behöver inte delta i samarbetsamtal, men det försämrar deras chanser att få vårdsnaden om sitt barn. Efter detta sätter huvudförhandlingar igång i domstol och eventuella vittnen hörs. Efter avslutad utredning och meddelad dom bör socialnämnden erbjuda uppföljningssamtal enligt 5 kap. 1 § SoL. Även barnet bör erbjudas uppföljningssamtal.

⁵⁰ Vårdnad, boende och umgänge, Socialstyrelsen, 2003, s. 113

⁵¹ Vårdnad, boende och umgänge, Socialstyrelsen, 2003, s. 154

⁵² Vårdnad, boende och umgänge, Socialstyrelsen, 2003, s. 167

⁵³ Vårdnad, boende och umgänge, Socialstyrelsen, 2003, s. 168

6. Redovisning av rättsfall

De fall jag kommer att ta upp är:

1. NJA 1999:57
2. NJA 2000:54
3. NJA 1998:101
4. RH 1999:74
5. RH 1998:85
6. RH 1999:13
7. RH 1999:100

NJA står för nytt juridiskt arkiv och tar upp rättsfall som gått upp till högsta domstolen. RH betyder rättsfall från hovrätterna.

6.1 NJA 1999:57

Detta fall tar upp vårdnadstvisten mellan Gonzalo och Carolina. Efter äktenskapsskillnad hade de gemensam vårdnad om barnen F1 född 1987, P1 född 1991 och P2, född 1993. Carolina väckte talan 1997 om att få ensam vårdnad om barnen. I beslut den 5 juni förordnade tingsrätten ett interimistiskt beslut där Carolina fick ensam vårdnaden om barnet samt att Gonzalo fick umgänge på ett angivet sätt. Efter utredning och vittnen så beslutar tingsrätten att det är bäst för barnen att Carolina får ensam vårdnaden om barnen. Tingsrätten anförde vidare att de inte ville splittra på syskonen utan menade att det var en fördel om de kunde vara tillsammans.

Gonzalo överklagade till hovrätt och yrkade om gemensam vårdnad om barnen och att de skulle bo hos honom. Här tog också hovrätten upp att genom lagändring den 1 oktober 1998 så kan domstolen döma till gemensam vårdnad även om en vårdnadshavare motsätter sig detta. Rätten får också döma till ensam vårdnad om barnen till ena parten. Detta får göras om konflikten mellan föräldrarna är svår och djup eller om en vårdnadshavare på något sätt anses vara olämplig. Både Gonzalo och Carolina hade enligt utredning haft svårt att samarbeta med varandra. De hade bråkat öppet inför barnen och ansågs ha olika uppfattningar om varandra. Hovrätten fann att skäl finns till att inte ha gemensam vårdnad. Hovrätten fann ingen anledning till att frångå tingsrättens beslut utan det fick kvarstå.

Gonzalo överklagade detta till högsta domstolen och ville fortsatt ha gemensam vårdnad om barnen och att de i första hand skulle bo hos honom. Socialnämnden i kommunen gjorde en kompletterande undersökning till vårdnadsutredningen. I denna utredning framkom att utredaren inte kunde finna någon fara för barnen och att de hade det bra med båda föräldrarna. Högsta domstolen anförde att barnets bästa alltid skall komma i det främsta rummet när det gäller frågor om vårdnad, boende och umgänge. Vid bedömning av vad som kan vara bäst för barnet skall det fästas särskilt avseende vid barnets behov av en god kontakt med båda föräldrarna. De menade också att en förutsättning är att gemensam vårdnad är bäst för barnet. Syftet med gemensam vårdnad är att verka för en god kontakt med båda föräldrarna. Gemensam vårdnad anses vara det som är normalt barnets bästa. Endast när särskilda omständigheter talar emot den ena parten eller om båda vårdnadshavarna motsätter sig gemensam vårdnad skall den ena föräldern ensamt ges vårdnaden. Vårdnadsutredningen visade att det fanns förutsättningar för gemensam vårdnad. Barnen skulle bo kvar hos mamman då detta ansågs viktigt så att barnen kunde få en stabilitet i vardagen. Högsta domstolen dömde att Carolina och Gonzalo skulle ha gemensam vårdnad. Barnen fick bo kvar hemma hos mamma, medan umgänget bestod som förut.

6.2 NJA 2000:54

Linda och Johan har tidigare varit gifta med varandra. De har två barn tillsammans Christoffer, född 1991 och Sara, född 1993. I mars 1998 yrkade Linda om ensam vårdnad om barnen då hon ansåg att Johan var olämplig som förälder. Det framkom i huvudförhandlingen att Linda ansåg att hon och Johan befann sig i en djup konflikt. De kommunicerade inte med varandra, och Johan skall ha misshandlat henne vid ett tillfälle. Linda hade gjort tre polisanmälningar efter äktenskapsskillnaden mot Johan. Hon berättade att barnen inte ville gå till sin far när umgängestillfällena skulle ske. Johan anförde att Linda hade motarbetat Johans umgänge till barnen.

I tingsrättens domskäl framkom att Linda motsatte sig gemensam vårdnad medan Johan ville ha gemensam vårdnad. Det nämndes att tingsrätten i utredningen inte kunde finna skäl att anse Johan som olämplig vårdnadshavare. De fann inte heller skäl till att Linda skulle ha motarbetat Johans umgänge med barnen. Bägge ansågs lämpliga att ensamt få vårdnaden om barnen. Tingsrätten ville pröva om det är bäst för barnen om de bor hos Linda eller Johan. Utredning visade enligt tingsrätten att det är bäst för barnen om de bor hos Linda och att Johan får umgänge. Tingsrätten konstaterade att trots stora påfrestningar så hade föräldrarna

kunnat genomföra umgänge för Johan. Detta talade för att de kunde ta sig över sin konflikt och fatta besluten gemensamt till barnens bästa. De konstaterar också att Johan har misshandlat Linda och hon hade lämnat trovärdiga uppgifter om våldsamheter. Konflikten ansågs därför vara av en djup och svår art. Det var därför bäst för barnen att Linda ensam fick vårdnaden om barnen.

Johan överklagade och i hovrätt ansåg de att bägge är lämpliga som vårdnadshavare. Det hade visserligen var ett spänt förhållande dem emellan, men båda föräldrarna var angelägna om barnens välbefinnande. Johans umgänge med barnen hade fungerat bra det senaste året. Hovrätten menade att deras meningsskiljaktigheter inte var av det slag att de inte skulle kunna ha gemensam vårdnad. Omständigheter hade gjort det svårt för Johan då han fick besöksförbud men hovrätten var övertygade om att det inte skulle hindra att det skulle vara en gemensam vårdnad om barnen. Hovrätten dömde till gemensam vårdnad om barnen.

Linda överklagade till högsta domstolen där de tar upp att föräldrar kan få gemensam vårdnad även om en av dem motsätter sig detta. De tog upp att det skulle vara särskilda omständigheter som skall tala för att den ena föräldern får ensam vårdnaden. En svår och djup konflikt som gör det svårt att samarbeta om barnen kan vara en särskild omständighet, och en annan är om det förekom våld mot barnen eller den ena föräldern. Linda hade gjort gällande att hon ensam ville ha vårdnaden om barnen. Högsta domstolen tar upp att Johan dömdes för misshandel, men att detta inte kunde anses som tillräckligt för att anse honom som olämplig vårdnadshavare. Inte heller kan den övriga utredningen ge stöd för en sådan slutsats. Misshandeln fick ses som en av de svårigheter de hade för att samarbeta. De tog upp att Linda var rädd för Johan och att Johan i sin tur vägrade lämna telefonnummer till Linda för han var rädd för polisanmälan. Inget tydde på att relationen skulle bli bättre och att det med hänsyn till barnets bästa var bäst att Linda fick ensam vårdnad om barnen.

6.3 NJA 1998:101

Stefan och Maritha har tillsammans sonen Kalle, född 1995. Maritha är ensam vårdnadshavare. Stefan yrkade vid Kalmar tingsrätt att vårdnaden skulle överflyttas till honom. De separerade våren 1994. De träffades på midsommaren samma år och Maritha blev efter det gravid. På Marithas initiativ så upphörde umgänget för Stefan 1995 och därefter har inte Stefan träffat barnet. Stefan anförde i tingsrätten att Maritha helt förvägrat honom att träffa barnet. Maritha anförde att umgänge inte bör ske då hon menade att detta inte är bra för

barnet att dras mellan två hem. Anledningen till att hon drog in umgänget för Stefan var att lördagarna inkräktade på hennes tid tillsammans med barnet. Hon anförde vidare att hon brukade visa barnet julkort på sin pappa för att visa honom vem pappa är. Tids nog skulle barnet själv få bestämma om det ville träffa pappan. Socialnämnden hade i utredning anført att varken Maritha eller Stefan är olämpliga som förälder. Maritha hade visat dåligt omdöme då hon förvägrat barnet att träffa Stefan och hans släkt. Marithas inställning gjorde att utredarna menade att inte kunde se något lämpligt alternativ som bli bra för barnet. Utredarna kom fram till att det var bäst att barnet fick stanna hos mamman och att Stefan får umgänge med barnet. Tingsrätten bedömer att barnets vårdnadshavare har enligt lag ansvar för att barnets behov av umgänge med den förälder som inte är vårdnadshavare tillgodoses så långt som möjligt. Marithas vägran att inte låta barnet träffa Stefan ansågs inte vara till barnets bästa. Det ansågs emellertid att det var olämpligt att Kalle skulle överflyttas till Stefan beroende på barnets ålder. Däremot ansåg tingsrätten att umgänget med Stefan var till barnets bästa. Stefans yrkande om vårdnad avslogs, men fick rätt till umgänge med barnet.

Stefan överklagade till hovrätt där det framkom liknande uppgifter. Maritha hade också sagt här att om Stefan fick vårdnaden så skulle hon klippa banden med barnet eftersom hon ansåg att det inte var bra att barnet fick fara runt mellan två hem. Kalle är vid denna tidpunkt två år och fyra månader gammal. Här nämns att det är en nackdel att Maritha har förvägrat Stefan umgänge. Det anses inte vara till barnets bästa. Stefan ansågs inte på något sätt vara en olämplig vårdnadshavare. Allt talade för att vårdnaden skulle överflyttas till Stefan. Rätten påpekade att till hans nackdel hörde att han inte hade träffat barnet på närmare två år. En överflyttning av vårdnaden skulle påverka barnet, men detta skulle vara av en övergående natur. Hovrätten dömde att Stefan skulle få ensam vårdnad om barnet. Maritha fick omfattande umgänge till barnet. Beslutet var interimistiskt och gällde direkt.

I högsta domstolen yrkade Maritha att hon skulle ha vårdnaden om barnet. Högsta domstolen bestämde att hovrättens beslut angående vårdnad om Kalle för tiden till dess Hovrätten dom vunnit laga kraft inte skulle verkställas. Stefan skulle dock ha rätt till umgänge bestämde högsta domstolen. Dessutom bestämdes att Maritha skulle betala vite om 5000 kr för var gång hon förvägrade Stefan umgänge med barnet. Det framkom i målet att Maritha har fått betala viten förmodligen flera gånger, det sägs dock inte hur mycket. Här framkom samma information som i de andra förhandlingarna. Stefan är beredd att samarbeta för att lösa konflikten, men antyder också att Marithas motsättning till umgänge för Stefan och barnet gör

hennes olämplig som förälder. Högsta domstolen nämner att i vårdnad så måste vi ta hänsyn till barnets bästa. Vid bedömning skulle man se till barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Högsta domstolen framhöll att det var svårt att objektivt slå fast vad som är bäst för barnet och att det till sist blir socialnämnden och domstolen som gör beslut baserat på uppfattning, bedömningar och antaganden. De nämns i domskälet att Maritha har motverkat all umgänge för Stefan och barnet. Högsta domstolen menade att Kalle dock är beroende av stabilitet och kontinuitet, och det faktum att en överflyttning av vårdnaden skulle vara förödande för barnet. Högsta domstolen anförde att det var till barnets bästa att Maritha fick ensam vårdnaden om barnet. Stefan fick umgänge och Maritha skulle få betala vite varje gång hon motverkade umgänget. Två Justitieråd var skiljaktiga i beslutet och menade att Stefan skulle ha vårdnaden om Kalle.

6.4 RH 1999:74

Stefan och Rigmor träffades och inledde ett förhållande med varandra 1984. År 1989 fick de tillsammans dottern Ida. Stefan och Rigmor flyttade ifrån varandra 1992 och hade därefter gemensam vårdnad om barnet. Vid två tillfällen i september 1992 och i april 1993 anmälde Rigmor till polisen att Stefan kunde misstänkas för att ha sexuellt förgripit sig på Ida. År 1995 väcktes åtal mot Stefan för sexuellt utnyttjande av underårig. Tingsrätten ogillade åtalet om sexuellt utnyttjande. Efter 1995 hade Stefan en sporadisk kontakt med Ida. Rigmor hävdade också i tingsrätten att med hänsyn att Stefan blivit åtalad och misstänkt för sexuellt utnyttjande bör hon ensam få vårdnaden om Ida. Hon anförde också att Stefan inte har träffat Ida under lång tid och Ida ville inte träffa fadern enligt Rigmor. Hon ansåg att Ida själv skulle få bestämma om hon ville träffa Stefan. Stefan menade att Rigmor lider av psykiska problem, missbrukar tabletter och lever under oordnade sociala förhållanden. Dessutom motarbetade hon aktivt Stefan från att träffa Ida. Tingsrätten inhämtade i fallet en vårdnad och umgängesutredning där även ett utlåtande kom från en leg psykolog och psykoterapeut från PBU Österåker i Åkersberga.

Tingsrätten angav i sitt domskäl följande. De menade att brottet som Stefan stod åtalad för ogillades i tingsrätt. Utredning visade på att Ida hade en negativ attityd till Stefan. De påpekade att Rigmor brister i engagemang för att Stefan skall få ha umgänge med Ida. Tingsrätten menade att det inte var nog för att anse att hon inte var lämplig som vårdnadshavare. Psykologen hade i sitt utlåtande framfört att Ida har en stark och övervägande bindning till Rigmor. Hon menade också att Ida hyser övervägande negativa

tankar om Stefan. Det framgick även att barnet skulle behöva särskilda åtgärder för att överflyttas till Stefan. Tingsrätten dömde att Rigmor skulle ha ensam vårdnad om Ida och att Stefan skall ha umgänge som i början borde göras under medverkan av PBU.

Stefan överklagade till hovrätt där vissa nya uppgifter framkom. Det visade sig att Stefan hade försökt att hälsa på Ida i skolan. Efter han har varit där så hade Rigmor ringt skolan och förbjudit att Stefan träffade Ida i skolan. Han träffade Ida en andra gång i skolan och anförde att hon var glad över att se honom. Även denna gång ringde Rigmor och förbjöd Stefan att komma dit. De hade även haft ett möte hos PBU där Stefan menade att Ida hade varit glad över att träffa honom. Rigmor menade att psykolog efter att ha träffat Ida en gång sagt i utlåtande att det är omöjligt för Stefan att träffa Ida. Hon har aldrig förbjudit Stefan att komma till skolan, han fick dock inte komma dit när Ida var där. Rigmor hävdade att det var Ida som sa till henne att ringa skolan då hon var arg för att Stefan hade varit där.

Hovrätten menade att vid frågor om vårdnad skall barnets bästa sättas i främsta rummet. Barnet skall ha en god och nära kontakt med båda föräldrarna. Av utredning framkom att Ida inte hade fått någon kontakt med Stefan trots att han åtskilliga gånger försökt med det. Det framgick att Rigmor hade varit negativt inställd till umgänge mellan Stefan och Ida. Hon hade också aktivt motverkat umgänge genom att hon förbjöd Stefan att komma till skolan. Rigmor hade försvarat sitt beteende med att Ida inte själv vill träffa pappan. Hon hänvisade till utlåtande från psykolog som gjordes 1997. Då hade Ida en stark bindning till Rigmor och en stark känslomässig förankring. Hovrätten menade att Ida vid tillfället var åtta år och att hon inte hade träffat Stefan på två år. Detta var också en tid då Rigmors påståenden om sexuellt utnyttjande stod i fokus. Det framkom inget i målet som tydde på att Stefan var en olämplig vårdnadshavare. Hovrätten dömde att Stefan fick ensam vårdnaden om barnet. Hovrätten var medveten om att överflyttningen kunde bli svårt för Ida, men att det var av en övergående natur.

6.5 RH 1998:85

Arne och Maria har två barn födda 1988 och 1990. Äktenskapsskillnad skedde 1995 i Jakobsbergs tingsrätt. Båda föräldrarna yrkade om ensam vårdnad om barnen. Den 2 november 1995 beslutade tingsrätten att genom interimistiskt beslut ge Maria vårdnaden om barnen och att Arne skulle få umgänge med dem. Målet gick upp i tingsrätt 1997 och där anfördes att utredning hade visat att båda var lämpliga som förälder till sina barn B och P.

Föräldrarna hade dock i grunden olika uppfattningar om vad som är barnets bästa enligt tingsrätten. Det var ett svårt ställningstagande för tingsrätten eftersom båda föräldrarna ansågs vara bra för barnen. Utredning hade också visat att det är angeläget att barnen har en tillgång och närhet till båda föräldrarna. Tingsrätten påpekade att när båda föräldrarna är lämpade att ensamt ha vårdnaden om barnen är det andra faktorer än föräldrarnas lämplighet som får spela in. Barnen hade enligt PBU utredning klargjort att de önskade bo halva tiden var hos föräldrarna. Deras inställning och vilja skall oavsett ålder utvärderas skriver de i domskälet. PBU utredningen menade att barnen var unga och att deras uppfattning kan vara ett uttryck för att barnen befann sig i en lojalitetskonflikt. Även om hänsyn skall tas till deras önskemål är barnen så unga (7 och 9 år) att deras uppfattning inte kunde ha en avgörande betydelse för vårdnaden. PBU utredarna framhöll att det var viktigt för barnen och särskilt för B (9 år) att tydlighet och kontinuitet kunde fastslås och bibehållas. Barnen hade de senaste två åren bott hos mamman. Att dela på vårdnaden så att barnen kunde vara hälften av tiden hos var av föräldrarna gick inte av ekonomiska skäl för Maria. Arne hade inte lämpliga arbetstider därför att han jobbade sena kvällar och nätter. Tingsrätten dömde att Maria fick ensam vårdnaden om barnen och att Arne skulle ha samma umgänge som innan.

Arne överklagade till Hovrätten och yrkade att den gemensamma vårdnaden skulle bestå. Hovrätten anförde följande i domskälet. Hovrätten tar upp att den 1 oktober 1998 så kom en lagändring som innebar att domstolen kunde döma till gemensam vårdnad även ifall den ena vårdnadshavaren motsätter sig detta. Hovrätten tog upp att gemensam vårdnad är att föredra framför ensam vårdnad. Ifall det är en svår och djup konflikt mellan vårdnadshavarna eller om andra omständigheter som misshandel, trakasseri eller andra övergrepp skett är det bättre om ena föräldern ensamt får vårdnaden om barnet. Hovrätten refererar här till förarbetena i lagstiftningen (prop 1997/98:7). Hovrätten framförde att barnen sedan 1995 hade bott hos Maria. Umgänget hade dock hela tiden varit omfattande med Arne. Marias motstånd till gemensam vårdnad grundade sig på att hon och Arne hade vissa problem med kommunikationen mellan dem. Hovrätten fann inget som kunde tyda på det som Maria hade sagt och dömde till gemensam vårdnad. Maria skulle ha barnen boende kvar hos sig och samma umgänge som varit innan skulle bestå.

6.6 RH 1999:13

Helena och Kent har tillsammans tvillingarna Mikaela och Robin som båda är födda 1992. De var sambor och hade gemensam vårdnad om barnen. Helena yrkade att ensam få vårdnaden

om barnen (står tyvärr inget datum i dokumentet), vilket Kent bestred. Tingsrätten förordnade den 1 april 1997 att barnen skulle genom interimistiskt beslut bo hos Helena, men att den gemensamma vårdnaden skulle bestå. Kent fick rätt till umgänge varannan jämn vecka och tre veckor på somrarna. Vårdnadsutredning inhämtades och huvudförhandling hölls. I domskälet framförde tingsrätten att bägge föräldrarna är lämpade som föräldrar. Det var likgiltigt ur synpunkten barnets bästa, vem som fick vårdnaden om dem. Vid en samlad bedömning framhölls att vårdnaden skulle ges till Helena eftersom hon ansågs ha haft lite mera ansvar för barnen.

Kent överklagade till Hovrätten som anförde följande i domskälet. Det nämndes att barnets bästa skall komma i det främsta rummet. Det är viktigt för barnens skull att båda föräldrarna är delaktiga i barns förhållanden och tar ansvar för barnet. Föräldrabalken bygger på att barn har behov av nära och goda relationer från båda föräldrarna framhåller hovrätten. Båda föräldrarna ansågs vara lämpliga föräldrar. Det omfattande umgänget som Kent hade nämndes som ett bevis för att gemensam vårdnad kunde vara det mest lämpade. Helena anförde att hon inte kunde samarbeta med Kent. Hovrätten menade i sin bedömning att det fanns en obearbetad konflikt mellan dem. De menade att deras konflikt är destruktiv och kan skada barnen. Om Helena fick behålla vårdnaden skulle risken vara påtaglig att föräldrarna inte skulle inse vikten av att för barnens skull börja samarbeta om barnen. Hovrätten ansåg att ett påtvingat gemensam vårdnad skulle kunna leda till att föräldrarna växte in i rollen och om de också fick hjälp av familjerådgivningen att samarbeta som föräldrar. Hovrätt dömde till gemensam vårdnad och att umgänget skulle bestå som förut. Barnen skulle bo kvar hos Helena.

6.7 RH 1999:100

Gun yrkade vid tingsrätten om att få vårdnaden om hennes och Kjells gemensamma barn David, född 1990 och Erik, född 1993. Tingsrätten har i sitt domskäl anført följande: I detta fall var det två frågor som var viktiga att klargöra menade tingsrätten. Det första var att se om föräldrarna var lämpliga som vårdnadshavare. Det framkom att föräldrarna befann sig i en djup konflikt och frågan var hur detta påverkade barnen. Vid frågor om vårdnad och umgänge anförde tingsrätten att barnets bästa skall komma i främsta rummet. Vid bedömning skall det fästas avseende betydelse av barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Tingsrätten fann att båda föräldrarna är lämpliga som föräldrar. I förhör med två vittnen framkom att det vore bäst för barnen att växelvist boende fick fortsätta. Med anledning av

dessa uttalanden fann tingsrätten att det var klarlagt att det bästa var att barnen fick träffa sin mamma och pappa så mycket som möjligt. Barnen hade under längre tid bott i växelvist boende hos sina föräldrar. Tingsrätten fann att det bästa var om det kunde fortsätta på samma sätt. Gun hade uppgivit att barnen behöver en fast punkt och att Kjell med mindre umgänge inte kunde påverka barnen till att ta avstånd från henne. Tingsrätten instämde inte i hennes uttalanden. Tingsrätten dömde till gemensam vårdnad om barnen och att umgänget skulle vara växelvis, varannan vecka.

Gun överklagade till Hovrätt. Hovrätten anförde följande i sitt domskäl. De kom fram till liksom i tingsrätten att båda föräldrarna är lämpliga som vårdnadshavare. Utredning visade att både David och Erik hade ett stort behov att vara med sina föräldrar. Man hade i enlighet med domen i TR lyckats väl i att genomföra det växelvisa boendet och därmed också en god kontakt med båda föräldrar. Det stod också klart att Barnen utsattes för psykiskt lidande i och med föräldrarnas svåra konflikt. Ibland kan dock konflikten vara så svår att det finns skäl för att döma ensam vårdnad om särskilda omständigheter talar för detta. Utredning i Hovrätten bekräftade att det fanns en svår konflikt mellan Gun och Kjell. Det hade visat sig att barnen hade börjat tala negativt om Gun. I rätten framkom det att de hade påverkats av pappan till den negativa bilden av Gun. Barnen ville inte besöka mamma på samma sätt som tidigare. Enligt hovrätten var det därför bäst om Gun fick ensam vårdnad för att hon skulle få tillfälle att ha ett fastare grepp om deras vardag. Hovrätten dömde att Gun skulle få ensam vårdnad och att Kjells umgänge skulle minskas med några dagar varannan vecka.

7. Analys av domarna

7.1 Vilka argument används i domarna?

Kontinuitet: Ett argument som används i domen är att det är bäst för stabiliteten att *kontinuitet* bibehålls. Med kontinuitet menas att barnen skall leva och verka i en miljö som de känner till och är trygg med. Britt Widlund nämner i sin forskning att kontinuitet är en viktig faktor vid bedömningen av vilken vårdnadshavare som barnen skall bo hos.

NJA 1999:57: Här framkom det att tingsrätten anförde att de inte ville splittra syskonen utan menade att de skulle vara tillsammans. Kontinuitet förekommer inte i hovrätt eller högsta domstolen.

NJA 2000:54: I detta rättsfall nämns inget om kontinuitet utan här ligger det mera fokus på föräldrarnas konflikt och inte barnen.

NJA 1998:101: I tingsrätten ansåg de att det skulle finnas en fara att överflytta vårdnaden till pappan Stefan beroende på barnets ålder. I hovrätten nämns inget om kontinuitet utan fokus ligger på Stefan och att han har förvägrats umgänge med barnet Kalle. I högsta domstolen nämns att barnet är beroende av kontinuitet. Det skulle vara förödande om barnet skulle överflyttas till pappan. Kontinuiteten vägde tyngre i domen än umgängessabotaget från mamman Maritha.

RH 1999:74: Det förekommer inget argument i domen som tar upp kontinuitet.

RH 1998:85: Utredning från PBU nämner i tingsrätten att kontinuitet är viktigt att beakta när det gäller boende och umgänge.

RH 1999:13: Här finns inget fokus på kontinuitet utan det är föräldrarnas konflikt och barnens behov av båda föräldrarna som domen inriktar sig på.

RH 1999:100: Här finns inte heller någon uttalad argument om kontinuitet utan det är barnens behov av båda föräldrarna som förekommer i domen.

Djup konflikt: I flera av rättsfallen förekommer det i domen att en djup konflikt faller avgörandet i domen på så sätt att den ena vårdnadshavaren får ensam vårdnad om barnen. En djup konflikt är att vårdnadshavarna är så oense att de kan samarbeta och barnen kan ta skada av deras oförmåga att samarbeta.

NJA 1999:57: I detta fall så framkommer det i hovrätten att konflikten är så djup att Gonzalo och Linda inte kan samarbeta med varandra. De har också öppet bråkat med barnen och har olika uppfattningar om varandra.

NJA 2000:54: I rättsfallet så nämns att pappan Johan vid ett tillfälle har misshandlat Linda. Han har även fått besöksförbud och får inte träffa Linda. I Tingsrätten nämns att de har kunnat samarbeta om barnen trots allt. Dock så ses misshandeln som ett tecken att det förekommer en konflikt av svår art.

NJA 1998:101: I det här fallet nämns inget om att det förekommer en djup konflikt mellan parterna. Dock kan det diskuteras om inte ett förvägrande av umgänge kan ses som tecken på att vårdnadshavarna har en bristande samarbetsförmåga. Mamman Maritha vägrar att låta pappan träffa sitt barn.

RH 1999:74: Som i det föregående rättsfallet så handlar detta om att mamman försöker hindra pappan från att träffa sitt barn, vilket kan ses som tecken på svår konflikt. Här förekommer inget argument om att det är en djup konflikt i domen.

RH 1998:85: I detta rättsfall förekommer det ingen djup konflikt i argumenteringen. Mamman var dock orolig för att det skulle bli problem om de skulle få gemensam vårdnad. En av nämndemännen var skiljaktig i domslutet och menade att det nu kunde bli risk för konflikter.

1999:13: I hovrätten nämner domslutet att det finns en konflikt hos föräldrarna som är destruktiv. De framhåller ändå att det skall vara gemensam vårdnad om barnen och att de skall kunna lära sig att leva tillsammans.

1999:100: I tingsrätten nämner mamman att det är svårt att samarbeta med pappan.

Tingsrätten finner att det inte är tillräckligt. I hovrätten framkommer det att pappan har påverkat barnen så att de börjat se mera negativt på mamman. Hovrätten fann att det var bäst om mamman fick ensam vårdnad eftersom pappan påverkat barnen att se mera negativt på mamman.

Barnets bästa: I de flesta domar nämns att rätten har gjort bedömning utifrån barnets bästa. Rättsväsendet skall i vårdnadstvister se till vad som är bäst för barnet/barnen utifrån vårdnad, boende och umgänge. Rätten har enligt lag i föräldrabalken en skyldighet att utreda vad som är bäst för barnen.

NJA 1999:57: I högsta domstolen tas det upp att bedömning skall se till barnets behov av god kontakt med båda föräldrarna. De tar upp att gemensam vårdnad är bäst för barnet. Syftet med gemensam vårdnad är att verka för en god kontakt med båda föräldrarna. De nämner att gemensam vårdnad skall anses vara det som är normalt för barnets bästa.

NJA 2000:54: Det framkommer att föräldrarnas konflikt är djup och att det därför är bäst för barnen om mamman får ensam vårdnad.

NJA 1998:101: I tingsrätt så menade de att Pappans umgänge var för barnets bästa. I Tingsrättens dom så skriver de att det är bäst för barnet att det bor hos mamman. Vi får dock ingen argumentering varför just mamman är bättre. I hovrätten så menade de att det inte var förenligt med barnets bästa att mamman förvägrar pappan umgänge utan vårdnaden överflyttades till pappan. Högsta domstolen nämner att det är deras uppgift att verka för barnets bästa. Vid bedömning så tittar de på barnets behov av en god kontakt med båda föräldrarna. Högsta domstolen framhåller att det är svårt att objektivt slå fast vad som är bäst

för barnet. Högsta domstolen menade att det var för traumatiskt att flytta Kalle till pappan. Mamman fick vårdnaden trots att hon förvägrade att pappan skulle ha umgänge med barnet. RH 1999:74: I hovrätten skriver de att barnets bästa skall komma i främsta rummet och barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna.

RH 1998:85 I tingsrätten nämns att föräldrarna har skilda uppfattningar om barnets bästa. I detta rättsfall finns inga fler argument om barnets bästa.

RH 1999:13: Hovrätten tar upp att barnets bästa skall komma i främsta rummet. Det är viktigt för barnen att båda föräldrarna är delaktiga. Föräldrabalken bygger på att barnen har behov av nära och goda relationer från båda föräldrarna.

1999:100: Tingsrätten nämner att i frågor som vårdnad och umgänge så skall barnets bästa komma i främsta rummet. Vid bedömning skall barnets behov av nära och god kontakt med båda föräldrarna. Genom två vittnen så fick tingsrätten klarlagt att det var bäst för barnen om de fick träffa sin mamma och pappa så mycket som möjligt. Växelvist boende var det bästa för barnen.

Barnets bästa framkommer i de flesta fallen som argument. Johanna Schiratzki skriver i sin avhandling att barnets bästa är ett begrepp som är svårt att få grepp om. Hon menar att barnets bästa ofta används i ett moraliskt syfte. I lagstiftningen används barnets bästa som ett värdebaserat argument med moraliska förtecken. Hon menar att barnets bästa tolkas utifrån vad som empiriskt sett den bästa levnadsformen. Hon nämner att barnets bästa blir en slags normaliseringsprincip som rätten går efter i sina domar.⁵⁴ I SoU 1997:116 nämns att barnets bästa som begrepp inte är någon statisk företeelse. Hänsyn måste tas till barnens individuella situation. Ändå vill Barnkonventionen hävda att barnets bästa som begrepp är universell oavsett kultur, religion och särdrag. Annika Reimer nämner i sin undersökning att 17 % av familjerättssekreterarna anser att barnets bästa står i fokus medan det är 28 % av advokaterna. Detta visar på att även de som är verksamma inom rättsväsendet anser att barnets bästa inte står tillräckligt i fokus. I argumenten förekommer ofta barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrar. Britt Widlund nämner i sin forskning att kontinuitet är en viktig faktor vid bedömningen av vilken vårdnadshavare som barnen skall bo hos.

⁵⁴ J Schiratzki, 1997

7.2 På vilket sätt nämns barnet/barnen i domarna?

Vårdnadsutredning: I flera domar framkommer det att vårdnadsutredning på något sätt har förekommit i målet. En vårdnadsutredning sätts igång då föräldrarna har misslyckats med samarbetsamtal och det är domstolen som sätter igång utredningen. Syftet med utredningen är att klargöra vad som är bäst för barnen. Utredningen tittar även på hur föräldrarna fungerar tillsammans med fokus på barnets bästa. Det är socialtjänsten som bedriver utredningen.

Barnets behov av båda föräldrarna: I rättsfallen nämns ofta att domstolen har gjort sin bedömning utifrån barnets behov av en god relation till båda föräldrarna. Denna argumentation bygger på att gemensam vårdnad anses vara det bästa om inte särskilda skäl talar för att en förälder skall ha ensam vårdnad om barnen.

Barns bästa: En utav rättsinstansernas uppgift är att värna om barns bästa i domarna. Med barns bästa menas att bedömning skall göras utifrån barnen och deras situation. Vårdnad, boende och umgänge är tre moment som rättsväsendet och socialtjänsten utreder.

NJA 1999:57: I detta rättsfall så nämns barnen utifrån barnets bästa och i tingsrätt nämns att de inte vill splittra barnen. Stabilitet är viktigt för barnen. I vårdnadsutredning så framkommer det att barnen inte får illa hos någon av föräldrarna. I övrigt så nämns inte barnen på något specifikt sätt i domarna. Vi vet egentligen ingenting om barnen i detta fallet.

NJA 2000:54: Detta fall är helt inriktat på föräldrarnas konflikt. Det framkommer att mannen har misshandlat kvinnan. Inget nämns om de två barnen som lever i konflikten mellan föräldrarna.

NJA 1998:101: Här nämns att det är olämpligt att överflytta kalle till pappan då barnet kan ta skada av detta. Mamman nämner att om barnet får fara mellan två hem så kommer hon att klippa banden med barnet Kalle. Mamman hotar alltså med att klippa banden med barnet. Hon förvägrar också pappan att träffa Kalle. Inget i detta fall nämns konkret om barnet, men värt att notera är att barnet bara är 2 år och 4 månader.

RH 1999:74: Detta rättsfall har mycket fokus på barnet till skillnad mot de andra rättsfallen. I denna familj finns bara ett barn och det är Ida som är 10 år. Vårdnadsutredningen nämner att Ida hade en stark bindning till mamman. Hon beskrivs ha negativa tankar om sin pappa Stefan. Pappan försöker träffa Ida på skolan och på PBU nämner han att Ida är mycket glad över att träffa honom. Hovrätten beskriver att Ida har förändrats under de två år som gått sedan anklagelserna mot pappan om sexuella övergrepp. Eftersom mamman motarbetade pappan slutade det med att hovrätten ville att Ida skulle överflyttas till pappan.

RH 1998:85: Vårdnadsutredning visade att barnen har ett behov av tillgång och närhet till båda föräldrarna. Enligt PBU så framkommer det att barnen har en önskan om att bo hälften av tiden hos båda föräldrarna. Det är viktigt att deras vilja och åsikt utvärderas i utredningen. Domskälet tar upp att hänsyn skall tas till deras önskan men att deras uppfattning inte kan ha en avgörande betydelse eftersom de är så unga (7 och 9 år). Det framkommer att det äldre barnet har mer behov av kontinuitet vad gäller boendet och umgänge än den yngre. RH 1999:13: I detta rättsfall nämns det inte mycket om barnen. Det som kommer upp är att barnen har behov av båda föräldrar och att barnets bästa skall bedömas, standardfraser som brukar nämnas i domskäl. Det framkommer att det är en påtvingad gemensam vårdnad. Vi får inte veta mycket mer än att barnen är tvillingar och är 7 år gamla.

1999:100: Det framkommer att barnen har ett stort behov av båda sina föräldrar. I hovrätten nämns att barnen har börjat tala negativt om mamman. Den negativa inställningen till mamman kom ifrån pappan menade hovrätten. Barnen vill inte besöka mamman på samma sätt som tidigare. I hovrätten blev domen att mamman fick ensam vårdnad om barnen.

Ett viktigt instrument i rätten är vårdnadsutredningen som bör ge en utförlig detalj om hur barnen och familjen egentligen har det. Det blir ett verktyg för att kunna utreda barnets bästa, men också klargöra barnets egen inställning. Britt Widlund nämner i sin forskning att vårdnadsutredningen ofta påverkar domen i målen. Vårdnadsutredningarna nämns mer utförligare i vissa fall än andra. Detta är ett problem som även uppmärksammats i *Rapport om vårdnad (2004)* som också framför kritik mot hur barnets bästa används och tycker istället att det i vissa rättsfall borde kallas för föräldrarnas bästa. Rapport om vårdnad från Socialstyrelsen tar även upp att i hälften av de fall som undersökts i tingsrätten 1999 och 2002, så har barnets inställning saknats i domen.

7.3 Finns det skillnader mellan de olika instansernas bedömningar?

NJA 1999:57: I rättsfallet kan vi se att tingsrätten och hovrätten ger samma dom, men i högsta domstolen ändrar de domen till gemensam vårdnad.

NJA 2000:54: Tingsrätten har gett ensam vårdnad till Linda medan hovrätten anser att det skall vara gemensam vårdnad. I högsta domstolen så blir det åter igen gemensam vårdnad.

NJA 1998:101: Tingsrätten dömer att Maritha skall ha ensam vårdnad medan hovrätten menar att Stefan skall ha ensam vårdnad om barnen eftersom mamman idkar umgängesbrott. I högsta domstolen så går vårdnaden åter till mamman.

1999:74: I tingsrätten nämns att utredning hade visat på att Ida hade en stark bindning till mamman. Det skulle bli svårt att överflytta vårdnaden till Stefan. Tingsrätten beslöt att vårdnaden skulle ges till mamman. I hovrätten framkom det att mamman hade hindrat pappan från att kunna träffa Ida. Detta ansågs vara umgänges sabotage så vårdnaden flyttades över till Stefan.

1998:85: I tingsrätten så dömdes vårdnaden till mamman eftersom barnen bodde hos mamman och utredning hade visat på att kontinuitet och stabilitet var viktigt för barnen. I hovrätten dömde de till gemensam vårdnad och hänvisar till den nya lagen som kom 1 oktober 1998 som visar på att gemensam vårdnad är att föredra om det inte föreligger någon konflikt.

1999:13 Mamman bedömdes ha lit mer ansvar för barnen och fick därför ensam vårdnad om barnen. I hovrätten framkommer att gemensam vårdnad är att föredra om det inte finns någon konflikt i hemmet. De dömde till gemensam vårdnad.

1999:100: I tingsrätten dömdes det till gemensam vårdnad och växelvist boende. I Hovrätten framkommer det att pappan har påverkat barnen negativt, vilket gör att hovrätten dömer att mamman skall ha ensam vårdnad om barnen.

Vi kan konstatera att de olika instanserna dömer olika i rättsfallen, vilket vi kan se även i de andra rättsfallen. Anledningen till detta kan vara att bland annat så sker förändringar i familjens situation i och med att tiden går. Britt Widlund nämner att domstolsprocessen i allmänhet är lång, men den hade sjunkit från 36 månader 1990 till 17 månader 1994. Det är alltså en ganska tunggrodd process. Det kan också vara så att nya utredningar görs och nya utredare, andra domare mm blir faktorer som spelar in.

7:4 På vilket sätt uttrycks makt i domarna?

Styrkeförhållande: Med styrkeförhållande menar jag maktrelationen mellan två individer, organisationer eller grupper. Jag tittar på styrkeförhållandet mellan de olika parterna, barnen och rättsväsendet.

Barns bästa: Barns bästa är för mig ett sätt att visa på att rättsväsendet och samhället vill ge barnen en starkare ställning. Genom barnkonventionen har deras möjligheter att synas och uppmärksammas blivit starkare, vilket har gett dem makt. Rättsväsendet är en institution som skall värna om barnets bästa. Denna maktfunktion innebär samtidigt att rättsväsendet har som uppgift att kontrollera och bevaka att barns bästa efterföljs.

Vårdnadsutredning: Utredningen undersöker hur relationen mellan föräldrarna är och ser till barnets bästa genom barnperspektivet. I rättsväsendet har utredningen en stor betydelse för

hur domen kommer att falla, vilket även ger ett styrkeförhållande gentemot föräldrarna, barnen och rättsväsendet.

Interimistiskt beslut: Beslutet innebär vart barnen skall bo under tiden som rättsprocessen pågår. Den förälder som har barnet/barnen boende hos sig under tiden har för det mesta en fördel eftersom den ena parten då får en kontinuitet med barnet/barnen. Detta kan vara en fördel då rätten har kontinuitet som en viktig faktor för vilken förälder barnen/barnet skall bo hos.

NJA 1999:57: Domslutet har tagit fasta på *vårdnadsutredningen* i fallet vilket innebär att det gett tyngd. Utredning ger oftast en styrning åt vilket håll domaren skall bedöma. I detta fall gjordes en utredning i tingsrätten och sedan även i Högsta domstolen, vilket behövdes eftersom det hade gått en tid och förhållandena hade förändrats. I högst domstolen nämns det att vårdnadsutredning visar på att det är bäst med gemensam vårdnad och det blir också domen. *Det interimistiska beslutet* ger här mamman ett *styrkeförhållande* gentemot pappan. Hon får ensam vårdnad om barnen och tingsrätten nämner att de inte vill splittra syskonen eftersom de bor tillsammans hos henne. I högsta domstolen nämner de att barnen skall bo kvar hemma hos mamman då det är viktigt att barnen får stabilitet. *Barnets bästa* innebär här att rätten nämner att man gör bedömning där barnen sätts i främsta rummet. Detta blir ett sätt att markera barnets makt för föräldrar och samhället.

NJA 2000:54: Detta fall domineras av föräldrarnas relation till varandra och pappans misshandel på kvinnan. Ingenting nämns om barnen. Att inte barnen nämns förminskar deras styrkeförhållande gentemot föräldrarna. Ingen vårdnadsutredning nämns heller vilket innebär förmodar jag att det fanns en utredning, men det fästes ingen större notis om den. Av denna information framkommer det att barnets styrkeförhållande inte alls befästes och att fallet lade helt fokus på föräldrarna och deras konflikt. *Barnets bästa* tas upp i och med att mamman har fått ensam vårdnad om barnen, vilket visar på att rätten ansåg att konflikten var svår och djup.

NJA 1998:101: I det här rättsfallet kan vi se att styrkeförhållandet mellan mamman, pappan och barnet blir en kamp. Det börjar med att mamman inte tillåter att pappan får träffa barnet. Mamman försöker sätta villkoren för hur vårdnaden skall se ut. Det hon gör här är att försöka utöka sitt styrkeförhållande och spela ut pappan. Vårdnadsutredningen visar på att de anser att det är ett olämpligt beteende från mamman, men att det är bäst om barnet fick stanna hos mamman. Tingsrätten gick på deras linje, vilket visar på utredningens makt. I hovrätten ansåg de att mammans umgängessabotage inte kunde tolereras. Det var bäst om pappan fick

vårdnaden om barnet. I högsta domstolen vände de och menade att barnet är beroende av stabilitet och att en överflyttning av barnet skulle vara förödande för barnet. Mammans vägran att låta pappan träffa barnet fortsätter även om vite utdelats. Barnet kommer i skymundan och mamman håller ett dominant styrkeförhållande över både pappan och dottern. Skulle också vilja påstå att mamman har lyckats att få som hon vill i rätten, dock med en dyr ekonomisk eftersmak.

RH 1999:74: I detta fall handlar det också om att mamman förhindrar pappan från att träffa barnet Ida. Åter handlar det om att mamman vill ha ett övertag över pappan. Psykolog hävdade att Ida hade en stark bindning till mamman och var negativ till pappan. Frågan kan ställas hur mycket mamman har påverkat dottern till att tycka negativt om pappan.

Utredningen fick stor betydelse för hur tingsrätten dömde. Det framkommer i hovrätten att Ida har varit glad de gånger hon träffat pappan. Det är således uppenbart att dottern enligt pappan är glad medan mamman säger att Ida blir arg när pappan kommer till skolan. Det handlar ytterst om en kamp om barnet mellan föräldrarna. Mamman använde sitt styrkeförhållande till att försöka dominera över barnet. Det gick inte hela vägen då pappan fick ensam vårdnad om barnet.

RH 1998:85: Utredningen visade att barnen ville bo halva tiden var hos föräldrarna.

Utredningen tar fram barnets inställning och önskan vilket ger barnen en röst. Dock var det i detta fall ekonomiska skäl och olika arbetstider som gjorde att mamman fick ensam vårdnad om barnen eftersom pappan jobbade nätter och därför inte hade lämpliga arbetstider. Värt att notera är här att lagen som trädde i kraft 1998 inte fanns i tingsrätten. I hovrätten återopade man denna lag och det blev gemensam vårdnad. Lagen innehåller en maktfunktion som ger rätten ett instrument att arbeta efter.

RH 1999:13: Här kan vi se att mamman har fått ett interimistiskt beslut och barnen skall bo hos henne tills rättsprocessen är klar. Det innebär som jag sa innan att mamman har en större chans att barnen får bo kvar hos henne även efter processen. Det gör att styrkeförhållandet är starkare gentemot mannen. Utredningen visade att båda är lämpade som föräldrar och rätten säger att det är likgiltigt vem som får vårdnaden. Vårdnaden gick till mamman eftersom hon ansågs ha lite mera ansvar menade tingsrätten. I hovrätten anför de att barnets bästa skall sättas i främsta rummet. De anser att båda föräldrarna är lämpade som förälder trots en oarbetad konflikt. Rätten menade att om mamman skulle fortsätta ha ensam vårdnad om barnen så skulle hon inte lära sig att samarbeta. Hovrätten dömde till en påtvingad gemensam vårdnad anser jag. Här demonstrerar rätten hur deras makt och styrkeförhållande är större än föräldrarnas. Rätten skall lära föräldrarna att samarbeta, vilket för mig innebär att de har gått

ifrån sin professionalitet och sitt uppdrag som är bl.a. att ta in bedömning från utredning, se till fakta och sätta barnets bästa i främsta rummet.

RH 1999:100: I tingsrätten gjordes en utredning som visade att båda föräldrarna var lämpade som föräldrar. Mamman ville att pappan skulle få mindre umgänge då barnet har börjat ta avstånd ifrån henne. Tingsrätten instämde inte i hennes uttalanden och dömde till gemensam vårdnad. I hovrätten gjordes en ny utredning som visade på att det förekom en svår konflikt mellan föräldrarna som skapade psykiskt lidande hos barnen. Barnen hade börjat tala negativt om barnen och det stod klart att pappan hade påverkat barnen. Utredningen ger oss information som hovrätten tar till sig. Barnets bästa blir här en tydlig faktor då barnen lider av deras konflikt. Att pappan talar negativt om mamman till barnen kan ses som ett försök att skapa kontroll och påverka barnen genom sitt styrkeförhållande som förälder. Barnen ville inte besöka mamman på samma sätt som tidigare. Hovrätten ansåg att mamman skulle ha ensam vårdnad och att pappans umgänge skulle skäras ner, men ändå vara omfattande.

Rättsväsendet är en statlig institution som är uppbyggd för att kunna ta hand om avvikande beteenden från samhället. Foucault menade att maktens grundläggande form finns i lagstiftningen. Maktens grundfunktion där är att dra gränser genom att diktera lagar. En domare och dess medarbetare har en makt att avgöra vem som skall ha vårdnaden om barnet/barnen. Tittar vi på Foucaults teorier om maktrelationer kan kopplingen här göras att rättsväsendet har ett starkt styrkeförhållande till skillnad mot vårdnadshavarna och framför allt barnen. Det är också rättsväsendet som har en kontroll som Foucault nämner om den disciplinerande makten, att bedöma och tolka vilka presumtioner som gäller i målet och hur barnets bästa kan följas. Makt innehåller flera aspekter som maktrelationer, styrkeförhållande, strategier, disciplinering och kunskap. Dessa olika begrepp är olika innehåll av makten. Vilket innebär att ordet makt innehåller olika funktioner. Med styrkeförhållande menar jag relationen mellan rättsväsende, föräldrar och barn och deras inbördes relationer till varandra.

Vårdnadsutredningarna är ett moment som uttrycker makt i domarna då utredningen i många rättsfall påverkar hur rättsinstanserna skall döma.

Här som i andra rättsfall har domarna och nämndemännen en enorm makt eftersom de skall göra en bedömning utifrån fakta i målet. Även familjerätten och deras utredningar är ett maktmoment då deras bedömning ger domstolen underlag för hur de skall bedöma. Denna bedömning skall göras med barnets bästa i främsta rummet. I Barnkonventionens artikel 3 punkt 1 tas barnets bästa upp, vilket stärker barnens makt och ger dem ett starkare styrkeförhållande gentemot samhället. I *Vårdnad, boende och umgänge* nämner

Socialstyrelsen att barn har en makt i och med att rättsväsendet skall se till barnets bästa. Problemet är att föräldrarna är medvetna om detta och försöker vända barnets makt till sin fördel. En annan maktfaktor är det interimistiska beslutet, vilket innebär att den ena föräldern får ha barnen boende hos sig tills rättsprocessen är över. Det innebär ett ökat styrkeförhållande till den ena parten då denna får ha barnen boende hos sig och det finns en mycket större chans att få vårdnaden om barnet/barnen eftersom det blir ett argument i rätten att barnen behöver kontinuitet och stabilitet. Det har ju den ena föräldern bistått med och det blir då naturligt att föräldern får ha barnen kvar hos sig.

8. Sammanfattning

Av rättsfallen kan vi se att kontinuitet är ett vanligt argument i domskälen. Vi kan också se att barnets bästa används ofta som argument men att det förefaller vara ett svårt begrepp att tolka. Några av fallen tar upp barnet/barnen i domskälet, men det är bara ett enda rättsfall där domskälet verkligen tar upp barnets inställning på ett klargjort sätt. Så detta överensstämmer med Socialstyrelsens rapport om vårdnad där många av fallen inte nämner något om barnens inställning i domen. Det framkommer att det är skillnader mellan de olika rättsinstanserna i hur de dömer i rättsfallen. Maktrelationer har en betydelse därför att föräldrar kan använda sitt styrkeförhållande mot sina barn i vårdnadstvister. Maktens uttryck i domarna visar på att rättsväsendet har ett starkt styrkeförhållande och är innehavare av barns makt. Vårdnadsutredningar och barnkonventionen är två faktorer som stärker barns makt. Genom lagstiftning försöker rätten se till barnets och ge barnen en skyddande faktor.

9. Slutdiskussion

Varför har jag valt att se på maktförhållanden? Jag anser att det är relevant hur maktförhållanden ser ut mellan barn och rättsväsendet. Genom att belysa barns förhållanden på så många perspektiv som möjligt kan vi också lära oss att förstå faktorer och processer som finns runt våra barn i samhället. Ur detta kan vi bara få mer kunskap om barnet och deras värld. Lagen är själva grunden till samhället. Foucault beskriver den som maktens grundform. Med lagar så disciplineras människan till lydnad. Hela rättsväsendet är uppbyggd på kontroll och domare, nämndemän och advokater har ett starkt styrkeförhållande till skillnad mot den enskilda medborgaren. Foucault nämner i sina teorier om makt att all kunskap är makt. Rättsväsendet i form av statlig institution har kunskap om lagstiftningen. Advokater, domare och socialtjänsten är några av de aktörer som har kunskapen. Denna kunskap gör att deras styrkeförhållande är starkt jämfört mot den enskilde medborgaren som inte på samma sätt är

bekant med lagstiftningen. Kunskap blir viktigt i sammanhanget eftersom som det nämns i SOU 1997:116 så innebär barnets bästa att rättsväsendet skall ha gjort en utförlig konsekvensanalys så att barnets bästa verkligen framkommer. Att negligera utredningen försvagar barnets möjligheter till att förstärka sin makt.

Kommer barnet till tals i domarna? Nja i vissa av rättsfallen kan vi se att man har tagit hänsyn till barnen och att de nämns via vårdnadsutredningar. Men resultatet visar också att framkommer alldeles för lite om barnen. Det känns som att fokus oftast ligger på föräldrarnas konflikt. Jag märker också en tendens att när det är flera barn i utredningar så verkar det bli svårare att hålla fokus på alla barnen. När det gäller barns inställning så var det bara i ett fall som det togs upp utförligt. Ur barnets bästa så blir det en kritik mot att domskälen inte tar upp barnets inställning i den utsträckning den bör göra. Jag vill framföra kritik mot att flera av domarna inte nämner vårdnadsutredningarna och vilken information den kan innehålla. Det framkommer inte heller datum i vissa av dokumenten, vilket gör det svårt att veta vilken tidsaspekt vi har att göra med.

Ett stort problem i domskälen är när de nämner fina fraser som barnets bästa, är att det känns som att det bara är en fras som måste finnas med, men att den saknar substans. Jag skulle i domskälen vilja att de mer utförligt beskrev hur man tänker kring barnets bästa när detta nämns i domskälen. Å andra sidan tänker jag att det inte är så konstigt om vi tänker på att lagen är utformad på ett sätt som gör den enformig och att det blir en slentrianmässig praxis. Vi slår upp den sidan i lagboken och sedan bestämmer vi domen utifrån lagtexten. På så sätt kan man säga att Foucaults teorier om makt och den negativa juridiska förståelsen av makt blir intressant. Att den inte är kreativ och att den på så sätt även ger en destruktiv företeelse. I SOU 1997:116 nämns att barnets bästa skall innehålla en individuell bedömning. Frågan är om rättsväsendet alltid gör det, eller om man bara utgår ifrån lagtexten och faktiskt missar att se barnet som en individ, utan barnet blir bara en i mångfalden av alla barn. Detta är samma problem som med andra kategoriseringar i samhället. När människan delar in i kategorier i form av diagnoser, lagar, beteenden osv finns risken att vi glömmer att se varje individ som en unik varelse. Vi blir förblindade av vår egen selektion och mister ibland förmågan att se utöver dess ramar och gränser. Kunskap blir vedertaget och blir en ståndpunkt med makt och här ingår forskning mm som bestämmer och får ett inflytande på lagar, diagnoser och skola mm.

Vad har barnen för makt i rättsväsendet är då frågan? Jag tror vi alla kan konstatera att barn har genom barnkonventionen, Sveriges lagar, barnombudsmannen och andra instanser fått mera makt i samhället. I förhållande till rättsväsendet finns fortfarande problem. Problemet består i hur mycket vi ska kunna tro på det ett barn säger, eller har upplevt. Ofta tas det upp att barnet inte har någon vilja utan är påverkad och att vi skall vara försiktiga när det gäller barns uttalanden. Detta är visserligen ett sant påstående, men hur ofta är vi inte alla påverkade av vad personer utifrån sagt. Vad säger att vuxna människor är så mycket bättre på att tala sanning än barn. Här ligger också maktrelationen och vårt styrkeförhållande över barn. Den vuxne har strategier för att förstå handlingar och konsekvens och bedöms mera förnuftig av samhället. Ett barn kan inte i samma utsträckning använda strategier och anses vara en tänkande förnuftig varelse. Det jag vill säga att det är bra att reflektera över vår ställning som vuxen gentemot ett barn, och att vår makt som vuxen gör att vi lätt utnyttjar det på gott och ont.

Som jag konstaterat i analysen så har rättsväsendet en enorm makt att förvalta över. Deras makt styr över hur väl rättssystemet ser till barnets bästa. Att inte använda kunskapen på rätt sätt kan påverka barnets röst i samhället. Det är viktigt att domare, advokater mm, har den kunskap och professionalitet som krävs. För börjar vi slarva med kunskapen så påverkar det inte bara den enskilde individen utan också även alla barn och familjer som är i behov av hjälp. Ett problem här tycker jag är att vårdnadstvister tas upp i vanlig domstol. Kanske skulle vi fundera över om inte en familjedomstol med rätt kompetens skulle hjälpa barnen och familjen på ett bättre sätt. När det gäller socialt arbete så är det samma kriterier som gäller här som alla andra instanser som jobbar med barn. Det är mycket viktigt att vi inser vilken makt vi har och hur mycket vi faktiskt kan göra för människor med olika problem. Det handlar i slutändan inte om din egen makt utan det handlar om andras makt och hur vi påverkar omgivningen eller människor att hitta strategier för ett förändrat styrkeförhållande.

10. Källförteckning

Widlund Britt (1997). *Vem fick vårdnaden? 70 vårdnadstvister avgjorda i domstol åren 1990-1996*. Stockholm: Forsknings och Utvecklingsenheten.

Thurén Torsten (1991). *Vetenskapsteori för Nybörjare*. Stockholm: Liber.

UD info (2003). *Mänskliga rättigheter - Konventionen om barnets rättigheter*. Stockholm: Norstedts.

SOU 1997:116 *Barnets bästa i främsta rummet*. Stockholm.

Hörnqvist Magnus (1996). *Foucaults Maktanalys*. Stockholm: Carlssons Bokförlag.

Foucault Michael (1987). *Övervakning och straff*. Lund: Studentlitteratur

Ewerlöf Gunnar & Sverne Tor (2000). *Barnets bästa*. Stockholm: Norstedts.

Socialstyrelsen (2003). *Vårdnad, boende och umgänge*. Stockholm.

Reimer Annika (1997). *Vårdnadsmålets funktion*, i Stiftelsen Allmänna Barnhuset och Socialstyrelsen *att dela ett barn – tvistiga vårdnadsfall*. Stockholm.

Schiratzki Johanna (1997). *Vårdnad och vårdnadstvister*. Stockholm: Norstedts juridik.

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

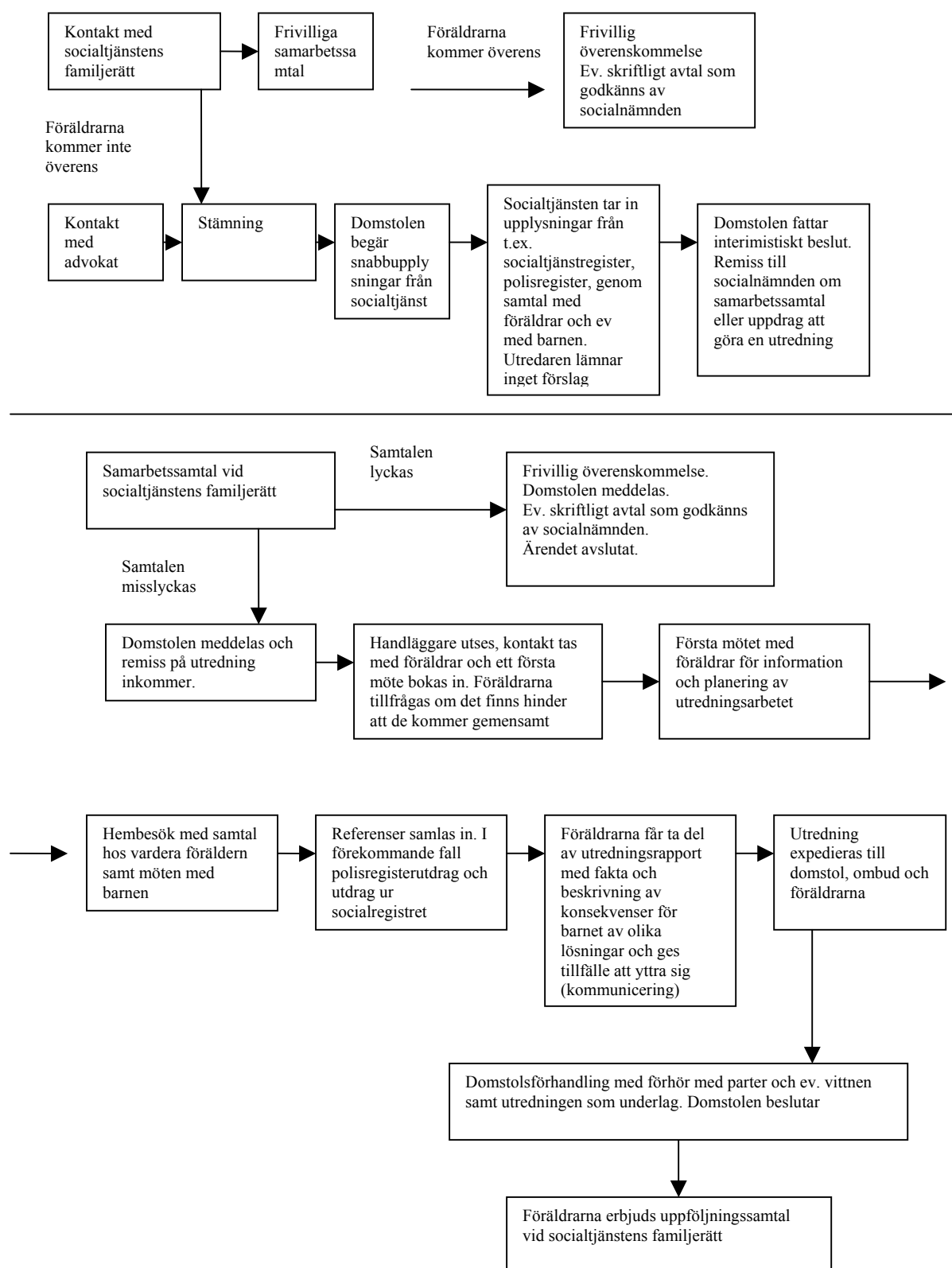
Socialstyrelsen (2004). *Glimtar av barn från vårdnads, boende och umgängedomar 1999 respektive 2002*. Stockholm.

Denscombe Martyn (2000). *Forskningshandboken*. Lund: Studentlitteratur.

Holme Idar Magne & Krohn Solvang Berndt (1997). *Forskningsmetodik*. Lund: Studentlitteratur.

Patel Runa & Davidson Bo (1994). *Forskningsmetodikens grunder*. Lund: Studentlitteratur.

Bilaga: En schematisk bild av rättsprocessen



Figur 4: En schematisk bild av rättsprocessen