



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Cecilia Brattberg

Gemensam vårdnad – en allt för
stark huvudregel i svensk rätt?

Examensarbete
20 poäng

Handledare

Eva Ryrstedt

Ämne
Familjerätt

Höstterminen 2005

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	2
1 INLEDNING	3
1.1 Syfte och frågeställningar	3
1.2 Metod och material	4
1.3 Disposition och avgränsningar	4
2 KORT HISTORISK REDOGÖRELSE FÖR REGLERNA OM VÅRDNAD	5
3 VÅRDNADSREFORMEN	8
3.1 FN:s konvention om barnets rättigheter	8
3.2 Vårdnadstvistutredningen	8
3.3 Pappagruppens departementspromemoria	10
3.4 Proposition 1997/98:7	10
3.4.1 Barnets bästa	11
3.4.2 Gemensam vårdnad	11
3.4.3 Gemensamma beslut	13
4 GÄLLANDE RÄTT VID VÅRDNADSFRÅGOR	14
4.1 Barnets bästa	14
4.2 Vårdnadshavare och förmyndare	15
4.3 Vårdnadens innebörd	17
4.3.1 Beslutsfattande inom ramen för gemensam vårdnad	18
4.3.1.1 Boende och umgänge	18
4.3.1.2 Den dagliga omsorgen	19
4.3.1.3 Hälso- och sjukvård, val av skola m.m	19
4.3.1.4 Problem med gemensam beslutanderätt	21
4.4 Tillämpningen av lagen efter vårdnadsreformen	22
4.4.1 Barnombudsmannens studie av 258 mål i tingsrätter	22

4.4.2	Undersökning gjord av vårdnadskommittén	23
4.4.3	Fall i HD	24
4.4.3.1	NJA 1999 s 451	24
4.4.3.2	NJA 2000 s 345	26
4.4.4	Rättsfall från Hovrätten	28
5	VÅLD INOM FAMILJEN	31
5.1	Familjevåldets påverkan på barnet	31
5.2	Straffrättsliga konsekvenser av att barn bevittnar våld i hemmet	32
6	UTVÄRDERING AV VÅRDNADSREFORMEN	35
6.1	Vårdnadskommitténs uppdrag	35
6.2	Vårdnadsfrågan	35
6.2.1	Samarbetssvårigheter	35
6.2.2	Våld eller övergrepp inom familjen	36
6.3	Twistlösning inom ramen för beslutanderätten	37
6.4	Ett par remissinstanser	38
7	ANALYS	40
7.1	Barnets bästa i vårdnadsreformen och i vårdnadskommitténs betänkande	40
7.2	Betydelsen vid avgörande av vårdnadsfrågan av att det förekommit våld inom familjen	41
7.3	Betydelsen av föräldrars samarbetssvårigheter vid avgörande av vårdnadsfrågan	42
7.4	Gemensamma beslut	44
7.5	Har gemensam vårdnad blivit en allt för stark huvudregel i svensk rätt	45
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	47
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	50

Sammanfattning

Genom en lagändring i oktober 1998 trädde nya regler om vårdnad, boende och umgänge ikraft. De nya reglerna innebar bland annat att föräldrar numera kan träffa avtal i frågor om vårdnad, boende och umgänge som, om de är skriftliga och godkända av socialnämnden, kan verkställas på samma sätt som en lagkraftvunnen dom. En ytterligare förändring var att domstolen fick möjlighet att döma till gemensam vårdnad även om den ena föräldern motsätter sig det, under förutsättning att det är förenligt med barnets bästa. Innan lagändringen var denna vårdnadsform endast möjlig om båda föräldrarna ville ha den. I förarbetena angavs exempel på situationer då gemensam vårdnad inte skulle anses vara till barnets bästa. En sådan situation kan vara att den ena föräldern gjort sig skyldig till våld eller övergrepp mot barnet eller den andra föräldern, eller att det föreligger en konflikt mellan föräldrarna som är så svår och djup att det är omöjligt för dem att samarbeta i frågor som rör barnet. Regeringen angav inte någon närmare precisering av vilken grad av samarbetssvårigheter man menade eller vilken omfattning av familjevåld som skulle utesluta gemensam vårdnad. I avgöranden från hovrätterna finns exempel på att allvarliga samarbetssvårigheter lett till såväl ensam som gemensam vårdnad mot en förälders vilja. Det har trots två vägledande fall från HD inte stått helt klart hur allvarliga samarbetssvårigheter som måste föreligga för att gemensam vårdnad skall vara utesluten. Om den ena föräldern har utsatt den andra föräldern för våld eller annan kränkande behandling skall detta enligt praxis ses som ett exempel på föräldrarnas samarbetssvårigheter.

När det gäller vårdnadens innebörd och kravet att föräldrar med gemensam vårdnad skall fatta alla beslut som rör barnet gemensamt, med undantag för beslut om den dagliga omsorgen, gjordes ingen ändring. Reglerna ser idag ut som de gjorde innan reformen då gemensam vårdnad var ett frivilligt val. Om föräldrarna inte kan enas i viktiga frågor som rör barnet finns i princip ingen möjlighet till konfliktlösning, vilket kan leda till att inga beslut fattas alls. Det i sin tur kan ha mycket negativa konsekvenser för barnet.

En utredning som tillsattes 2002 för att utvärdera 1998 års vårdnadsreform har nu lämnat sitt betänkande med ett par förslag till ändringar av reglerna om vårdnad. Ett viktigt förslag är att gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja endast skall vara ett alternativ om det kan antas att föräldrarna kan samarbeta i frågor som rör barnet. Kommittén har även föreslagit att domstol inte skall döma till gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja i fall där en förälder utsätter en annan familjemedlem för våld eller annan kränkande behandling, om inte utredningen i målet visar att det inte föreligger någon risk för att barnet far illa. Man föreslog däremot inga förändringar när det gäller den gemensamma beslutanderätten. Denna fråga bör enligt kommittén utredas närmare. Det innebär att problemen med den gemensamma beslutanderätten kvarstår.

Förkortningar

Ds	Departementsserien
FB	Föräldrabalken
FN	Förenta Nationerna
HD	Högsta Domstolen
JO	Justitieombudsmannen
JT	Juridisk Tidskrift
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop	Proposition
RH	Rättsfall från Hovrätten
SCB	Statistiska Centralbyrån
SOU	Statens offentliga utredningar
St	stycke
SvJT	Svensk Juristtidning

1 Inledning

År 2004 stod 90 procent av samtliga barn i Sverige mellan 1-17 år under gemensam vårdnad av sina föräldrar. Mamman hade ensam vårdnad om 9 procent av barnen och pappan ensam vårdnad om 1 procent. Gemensam vårdnad är vanligare bland små barn än bland äldre barn. 95 procent av barnen mellan 1 och 5 år stod år 2004 under båda föräldrarnas gemensamma vårdnad, medan 83 procent av barnen mellan 13 och 17 år stod under båda föräldrarnas gemensamma vårdnad.¹

1998 genomfördes en reform av reglerna om vårdnad. Till skillnad från tidigare reglering blev det nu möjligt för domstol att döma till gemensam vårdnad trots att den ena föräldern motsatte sig det, under förutsättning att det är i enlighet med barnets bästa. Innan reformen trädde ikraft var det endast möjligt att döma till gemensam vårdnad om båda föräldrarna ville det, annars tilldömdes den ena föräldern ensam vårdnad. Vårdnadsreformen var ett led i en utveckling mot att barnets bästa skall tillvaratas på ett bättre sätt. Den nya möjligheten att döma till gemensam vårdnad mot en förälders vilja har dock skapat en del problem i praktiken. Bestämmelserna om vårdnadshavares gemensamma beslutanderätt ser likadana ut som de gjorde när gemensam vårdnad var ett frivilligt val. Föräldrar som har samarbetssvårigheter och inte varit ense om att gemensam vårdnad är den bästa lösningen tvingas fatta ett antal viktiga beslut rörande barnet tillsammans. Om föräldrarna har problem att enas i frågor som rör barnet finns ingen möjlighet till konfliktlösning, vilket kan det leda till att inga beslut tas alls. Det är mycket viktigt för barnets välfärd och utveckling att det kan fattas beslut i viktiga frågor. Att föräldrar får gemensam vårdnad om barnen och tvingas samarbeta trots att den ena föräldern är dömd för övergrepp på den andra föräldern kan också medföra problem vid utövande av vårdnaden. En förälder som blivit utsatt för våld av den andra föräldern och är rädd och orolig kan vara dåligt rustad att vid gemensam vårdnad tillgodose barnets behov av omsorg och trygghet.

1.1 Syfte och frågeställningar

Mitt syfte med den här uppsatsen är att redogöra för de svenska reglerna om vårdnad samt belysa problemen med den nuvarande regleringen av gemensam vårdnad. Jag kommer i uppsatsen att diskutera huruvida gemensam vårdnad har blivit en allt för stark huvudregel i svensk rätt. För att besvara den frågan skall jag undersöka vad syftet med vårdnadsreformen var, under vilka omständigheter det skulle dömas till gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja och när denna vårdnadsform skulle anses vara olämplig. Jag ska också titta på hur man ser på familjevåld i vårdnadsfrågor. För att se hur tillämpningen av bestämmelsen om gemensam vårdnad

¹ SCB Gemensam och ensam vårdnad.

förhåller sig till syftet med vårdnadsreformen ska jag ta upp och diskutera några viktiga rättsfall. Jag skall vidare redogöra för förslag till förändringar av vårdnadsreglerna och diskutera om dessa är tillräckliga eller om man skulle kunna förbättra reglerna på något ytterligare sätt. Jag kommer även att diskutera problem som kan uppkomma vid tillämpningen av gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja.

1.2 Metod och material

Jag har i arbetet med uppsatsen använt mig av sedvanlig rättsdogmatisk metod. Jag har tagit min utgångspunkt i förarbetena till 1998 års vårdnadsreform. Därutöver har jag använt mig av gällande rätt samt doktrin som behandlar olika delar av min frågeställning. Jag har även använt relevanta rättsfall för att visa hur tillämpningen av reglerna om gemensam vårdnad sett ut efter vårdnadsreformen. Jag har vidare tittat på pågående reformarbete i form av vårdnadskommitténs utvärdering av vårdnadsreformen.

1.3 Disposition och avgränsningar

För att visa på den utveckling av reglerna om vårdnad som lett fram till vårdnadsreformen har jag inlett uppsatsen med en kort historisk redogörelse för reglerna om vårdnad. Därefter redogör jag för vårdnadsreformens innebörd och syfte samt gällande rätt på området för att underlätta förståelsen av den problematik jag lyfter fram i uppsatsen. I samband med det redogör jag även för hur reglerna om gemensam vårdnad tillämpats efter vårdnadsreformen. Jag tar vidare upp frågan om hur man ser på våld inom familjen och redogör i samband med det för ett rättsfall som, trots att det i huvudsak behandlar en straffrättslig regel, visar att frågan om hur barn påverkas av att det förekommer våld i familjen är aktuell. Jag har också beskrivit vårdnadskommitténs förslag till förändring av reglerna om vårdnad. Jag avslutar med en analys, i vilken jag diskuterar vilka problem som kan uppkomma vid tillämpningen av gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja, om gemensam vårdnad blivit en allt för stark huvudregel i svensk rätt och om det behövs någon förändring av reglerna om vårdnad.

Socialnämnden har en viktig roll vid vårdnadsfrågor, men jag har av utrymmesskäl valt att inte ta med den aspekten i uppsatsen.

2 Kort historisk redogörelse för reglerna om vårdnad

I 1734 års lag fanns inte många bestämmelser om förhållandet mellan barn och föräldrar. De regler som fanns vilade på förutsättningen att föräldrarna var skyldiga att uppfostra och försörja sina äktenskapliga barn.² Vem som skulle ta hand om barnet efter en äktenskapsskillnad avgjordes av domstol.³ Om mannen var vållande till äktenskapsskillnaden hade modern enligt 1734 års Giftorättsbalk rätt att ta hand om barnen. Var båda lika skyldiga skulle den av dem som var bäst lämpad ta hand om barnen och var båda lika lämpade så fick mannen ta hand om barnen. Den senare regeln ändrades 1903 och därefter gällde att om föräldrarna var lika lämpliga skulle en domare avgöra vem som fick ta hand om barnen.⁴ Innan 1734 års lag hade fadern haft en stark makt och bestämmanderätt över barnen.⁵ För utomäktenskapliga barn gällde att modern skulle ta hand om barnet de tre första åren, fadern skulle ta hand om det mellan åldern tre och sju, och därefter skulle båda ansvara för vårdnaden.⁶

Mellan år 1916 och 1920 kom den första egentliga barnlagstiftningen som noggrant reglerade frågor om barns börd och om fastställande av faderskap och underhållsskyldighet. Genom barnlagstiftningen infördes begreppet vårdnad, som är en förkortning av ordet omvårdnad. Begreppet vårdnad skulle användas för att komma ifrån ord som föräldramyndighet och föräldramakt.⁷ Frågor om vårdnad och umgänge skulle avgöras av domstol.⁸ Om föräldrarna efter äktenskapsskillnad var överens i vårdnadsfrågan skulle rätten, om det inte uppenbart stred mot barnets bästa, besluta i enlighet med deras vilja. Kunde föräldrarna inte komma överens beslutade rätten mot bakgrund av vad som var bäst för barnet i vårdnadsfrågan.⁹

Bestämmelserna om vårdnad finns idag huvudsakligen i Föräldrabalken som trädde i kraft i januari 1950. Därefter har FB ändrats många gånger och i de flesta fall har lagreformerna syftat till ett stärkande av barns rättigheter.¹⁰ 1973, i samband med ändring av reglerna om äktenskapsskillnad, ändrades också FB:s regler om vem av föräldrarna som ska ha vårdnaden om barn både efter äktenskapsskillnad och när barnet fötts utom äktenskap. Man tog bland annat bort bestämmelsen om att en makes skuld till söndringen av äktenskapet kunde tillmätas betydelse vid avgörande av vårdnaden efter

² Malmström 1969, s 10.

³ SOU 1995:79, s 47 f.

⁴ Sjösten 2003, s 24.

⁵ Hafström 1969, s 74 och Malmström 1969, s 117.

⁶ Hafström 1969, s 77 och Inger 1997, s 29.

⁷ Malmström 1969, s 115 f.

⁸ SOU 1995:79, s 47 f.

⁹ Sjösten 2003, s 30.

¹⁰ Saldeen 2005, s 12.

äktenskapsskillnaden. En ytterligare förändring var att pappan till en ogift mammas barn fick större möjligheter för att få vårdnaden om barnet mot mammans vilja. Nu skulle föräldrarna bedömas på lika villkor, till skillnad från tidigare reglering då pappan var tvungen att visa att mamman var olämplig som vårdnadshavare innan han själv kunde komma på fråga.¹¹

År 1977 infördes en möjlighet för ogifta och frånskilda föräldrar att få gemensam vårdnad om sina barn.¹² Dessförinnan gällde att ogifta föräldrar inte kunde ha gemensam vårdnad om sina barn och gemensam vårdnad var inte heller en möjlig vårdnadsform efter en skilsmässa. Möjligheten att få gemensam vårdnad utnyttjades inte i så stor utsträckning i början, troligtvis på grund av att man var tvungen att vända sig till domstol och att det av många uppfattades som dyrt och krångligt. Det var inte heller så många som utnyttjade möjligheten att få gemensam vårdnad efter skilsmässa. Det hade troligtvis i många fall att göra med det faktum att det var ekonomiskt missgynnsamt att ha gemensam vårdnad efter skilsmässa på grund av att den vid den tiden inte kunde utgå underhållsbidrag när föräldrarna hade gemensam vårdnad. Efter en lagändring 1979, då det öppnades en möjlighet att få underhållsbidrag vid gemensam vårdnad förutsatt att barnet bodde huvudsakligen hos den ena föräldern, visade det sig att allt fler föräldrar valde att ha gemensam vårdnad om sina barn.¹³ Föräldrar som hade gemensam vårdnad var vid den tiden tvungna att komma överens i alla frågor som omfattades av den legala vårdnaden. Domstolen kunde inte, till skillnad från idag, bestämma om barnets boende eller om umgänge med barnet om föräldrarna hade gemensam vårdnad.¹⁴

En presumtion för legal gemensam vårdnad efter äktenskapsskillnad infördes genom en lagändring 1983.¹⁵ Rätten behövde inte, om inte någon av föräldrarna framställde ett yrkande i vårdnadsfrågan, fatta något beslut utan det räckte att man i domen erinrade om att vårdnaden skulle fortsätta att vara gemensam. Det blev också lättare för ogifta samboende föräldrar att få gemensam vårdnad då det räckte med en anmälan till pastorsämbetet. Lagändringarna byggde på en ambition att sätta barnets behov i centrum och att markera att förhållandet mellan föräldrarna och barnet skulle bygga på ömsesidig respekt. Om föräldrarna inte var överens om att ha gemensam vårdnad kunde rätten endast anförtro vårdnaden åt en av dem ensam.¹⁶

Efter lagändring 1991 är det möjligt för ogifta föräldrar att anmäla gemensam vårdnad i samband med faderskapsbekräftelse. Rätten kan också på begäran av båda föräldrarna förordna att vårdnaden ska vara gemensam, under förutsättning att gemensam vårdnad inte är uppenbart oförenlig med barnets bästa.¹⁷ Den nya lagstiftningen syftade särskilt till att främja

¹¹ Saldeen 2005, s 136.

¹² Prop 1975/76:170.

¹³ Ewerlöf, Sverne och Singer, 2004, s 38.

¹⁴ Ryrstedt 2002, s 11.

¹⁵ Prop 1981/82:168.

¹⁶ Ryrstedt 2002, s 11.

¹⁷ Prop 1990/91:8.

samförstånds lösningar mellan föräldrar när det gäller vårdnads- och umgängesfrågor. Man införde även en regel om att rätten vid avgörandet av vad som i vårdnadshänseende är bäst för barnet skall fästa avseende särskilt vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna.¹⁸

Genom en lagändring som trädde ikraft 1995 infördes bestämmelsen att om ett barns föräldrar inte kan vara vårdnadshavare skall vårdnaden anförtros en eller flera av rätten särskilt förordnade vårdnadshavare, som då enligt huvudregeln även blir barnets förmyndare. Tidigare gällde att i sådana situationer skulle vårdnaden anförtros av rätten särskilt förordnade förmyndare. I utredningen som föranledde lagändringen föreslogs också att begreppet vårdnad skulle ersättas med ”föräldraansvar”. Det förslaget genomfördes inte.¹⁹

1996 trädde ny lagstiftning ikraft som innebar uttryckliga bestämmelser om barns rätt att komma till tals i adoptionsärenden och i mål om vårdnad och umgänge. Domstolen skall när den avgör vad som är bäst för barnet ta hänsyn till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad.²⁰ Bakgrunden till denna lagändring var de krav som ställts upp i FN:s Barnkonvention artikel 12 om barnets rätt att komma till tals i alla domstols- och administrativa åtgärder som rör barnet. Barns rätt att komma till tals i sådana ärenden hade tidigare föreslagits, i utredningen Barnets rätt 3. Om barn i vårdnadstvister – talerätt för barn mm, men då inte slagit igenom.²¹

1998 genomfördes en omfattande reform av Föräldrabalkens regler om vårdnad.²² Genom lagändringen kom lagen ett steg närmare det som stadgats i FN:s barnkonvention om barnets bästa och föräldrars gemensamma ansvar för barnet. Jag redogör vidare för denna reform i kapitel 3.

¹⁸ Prop 1990/91:8, s 31 ff.

¹⁹ Saldeen 2005, s 141.

²⁰ Prop 1994/95:224.

²¹ Saldeen 2005, s 142.

²² Prop 1997/98:7.

3 Vårdnadsreformen

3.1 FN:s konvention om barnets rättigheter

FN:s konvention om barnets rättigheter, Barnkonventionen, ratificerades av Sverige i juni 1990 då riksdagen godkände regeringens proposition 1989/90:107 om godkännande av FN:s Barnkonvention. Det ledde dock inte till någon ny lagstiftning, utan innebar att riksdagen bekräftade att den svenska rätten stod i överensstämmelse med Barnkonventionen. Genom ratificeringen av Barnkonventionen åtog sig den svenska staten en internationell folkrättslig förpliktelse att följa konventionen och anpassa den svenska lagen till konventionens innehåll.²³

I artikel 3.1 i Barnkonventionen stadgas att barnets bästa skall komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn. Enligt artikel 3.2 åtar sig konventionsstaterna att vidta alla lämpliga lagstiftnings- och administrativa åtgärder för att säkerställa att barnet får det skydd och den omvårdnad som det behöver för dess välfärd.

Enligt artikel 18.1 skall konventionsstaterna göra sitt bästa för att säkerställa erkännandet av principen att båda föräldrarna har gemensamt ansvar för barnets utveckling och uppfostran. Den principen har varit vägledande för FB:s regler om vårdnad, boende och umgänge. Det märks bland annat i FB 6 kap 2a § där det stadgas att domstolen vid bedömningen av vad som är bäst för barnet skall fästa särskilt avseende vid ”barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna”.

3.2 Vårdnadstvistutredningen

I oktober 1993 tillsattes en utredning vars uppgift var att se över bestämmelserna om handläggning av vårdnads- och umgängestvister samt ta ställning till om bestämmelserna om vårdnad och umgänge som trädde ikraft 1991 behövde ändras i något avseende²⁴. Resultatet av utredningen presenterades i SOU 1995:79 som lades till grund för vårdnadsreformen. I betänkandet föreslogs ett antal lagändringar. Bland annat föreslogs en helt ny paragraf i FB 6 kap 2a § som skulle innebära ett förtydligande av att vad som är bäst för barnet skall vara avgörande vid dom eller beslut enligt FB 6 kapitel, samt att rätten skall fästa särskilt avseende vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna.²⁵

²³ Schiratzki 2005, s 22.

²⁴ SOU 1995:79, s 44.

²⁵ SOU 1995:79, s 21.

Utredningen föreslog även att dåvarande bestämmelserna i FB 6 kap 5 och 6 §§, som reglerade vilka beslutsalternativ domstolen hade när den ena eller båda föräldrarna ville få ändring i vårdnaden, skulle ersättas av en bestämmelse. Enligt den nya föreslagna bestämmelsen skulle domaren, även om en av föräldrarna motsatte sig gemensam vårdnad, kunna döma till gemensam vårdnad.²⁶ Gemensam vårdnad skulle enligt tidigare lagstiftning alltid upplösas om någon av föräldrarna begärde det och gemensam vårdnad kunde aldrig komma till stånd på talan av en förälder om den andre föräldern motsatte sig detta. Tanken med den föreslagna bestämmelsen var att domstolen i varje enskilt fall skulle kunna beakta samtliga omständigheter som inverkar på barnets bästa och därmed få större handlingsfrihet än tidigare i ett mer flexibelt regelsystem.²⁷ En utgångspunkt för domstolens ställningstagande skulle vara att föräldrarna skall ha gemensam vårdnad när det alternativet anses vara bäst för barnet, även i fall där en av föräldrarna motsätter sig gemensam vårdnad. Genom den föreslagna lydelsen skulle det bli möjligt för en pappa som vid barnets födelse inte är gift med barnets mamma att få gemensam vårdnad om barnet även i fall där modern vill ha fortsatt ensam vårdnad.²⁸

Ett annat förslag som skulle kunna göra det lättare för en ogift fader att få gemensam vårdnad om barnet skulle vara att även ogifta föräldrar skulle få automatisk gemensam vårdnad vid barnets födelse. Utredningen avvisade förslaget med tanke på att det skulle kunna leda till att mödrar inte medverkar till att faderskapet blir fastställt.²⁹

Den föreslagna ändringen var enligt utredningen avsedd att betona att gemensam vårdnad skall vara huvudregel. Man menade att det är tryggt för barnen att ha en nära kontakt med båda sina föräldrar och att föräldrar som inte bor tillsammans med sina barn men som har gemensam vårdnad i allmänhet är mer intresserade av att ta ansvar för och ha en god kontakt med barnen.³⁰ Vid gemensam vårdnad behöver inte den förälder som har barnet boende hos sig ensam ta allt ansvar och har någon att prata med om barnets uppfostran. Man menade dock att det kan finnas fall då gemensam vårdnad inte kan vara lämplig, till exempel om föräldrarna inte har löst sina inbördes konflikter. Gemensam vårdnad skall enligt vårdnadstvistkommittén inte anses vara det bästa för barnet om en förälder anses vara olämplig som vårdnadshavare, om konflikten mellan föräldrarna är svår och djup till exempel när den ena föräldern har misshandlat den andra eller begått brott mot barnet. Man poängterade att den föreslagna ändringen inte fick leda till att man bortser från en förälders motstånd mot gemensam vårdnad. Ett sådant motstånd kan bero på en önskan att skydda barnet. Man ville erinra om ett uttalande från proposition 1990/91:8 s 34 där det konstaterades att en förälders motstånd mot gemensam vårdnad kan grunda sig på förhållanden som misshandel eller trakasserier från en makes sida, vilket kan göra det

²⁶ SOU 1995:79, s 80.

²⁷ SOU 1995:79, s 142.

²⁸ SOU 1995:79, s 143.

²⁹ SOU 1995:79, s 79.

³⁰ SOU 1995:79, s 80.

svårt eller omöjligt att ha en vårdnadsform som kräver enighet. Därför måste varje bedömning vara lyhörd och noggrant inriktas på omständigheterna i det enskilda fallet.³¹ Det är dock inte säkert att en upplösning av den gemensamma vårdnaden är bäst för barnet bara för att en förälder vill ha ensam vårdnad. Den föreslagna ordningen att domstolen skall få fler valmöjligheter innebär även en större möjlighet att i varje enskilt fall beakta samtliga förhållanden som påverkar vad som är bäst för barnet.

Man föreslog även att domstolen skulle få möjlighet att besluta om var barnet skall bo och om umgänge med barnet. Ett argument mot en sådan reglering var att föräldrarna kommer att tvista om boende och umgänge istället för om vårdnaden men vårdnadstvistkommittén menade att mycket talar för att det är lättare för en förälder att acceptera att barnet bor hos den ena föräldern än att förlora vårdnaden.³²

I betänkandet föreslogs en förtydligande bestämmelse om att den förälder som barnet bor tillsammans med ensam får besluta i frågor som rör barnet. Kommittén ansåg att det behövdes ett förtydligande av gällande rätt.³³

3.3 Pappagruppens departementspromemoria

Frågor om vårdnad och umgänge behandlades också av den av regeringen tillsatta arbetsgruppen om papporna, barnen och arbetslivet, den så kallade pappagruppen. Pappagruppen lämnade sin slutrapport i december 1994. Utgångspunkten för pappagruppens arbete var att barn behöver båda sina föräldrar. I rapporten diskuterades bland annat hur barnets rätt till båda föräldrarna kan iakttas vid en äktenskapsskillnad och pappors rätt att delta i föräldraskapet. Man föreslog bland annat att det endast bör finnas gemensam vårdnad som juridiskt vårdnadsbegrepp.³⁴

3.4 Proposition 1997/98:7

I propositionen som följde Vårdnadstvistutredningen föreslogs en del ändringar i FB:s regler om vårdnad, med syfte att betona vikten av samförståndslösningar och att underlätta för föräldrar att i så stor utsträckning som möjligt komma överens om hur man ska lösa frågor om vårdnad. Regeringen ville att ändringarna också skulle innebära en ökad användning av gemensam vårdnad.

Det föreslogs precis som i betänkandet att föräldrar ska få möjlighet att själva kunna avtala om frågor om vårdnad, boende och umgänge eftersom

³¹ SOU 1995:79, s 82 f.

³² SOU 1995:79, s 82.

³³ SOU 1995:79, s 85 och s 88.

³⁴ Ds 1995:2.

möjligheten att nå samförståndslösningar är större om sådana frågor kan handläggas i mindre konfliktskapande former. Om ett sådant avtal är skriftligt och godkänt av socialnämnden kan det verkställas på samma sätt som en lagakraftvunnen dom.³⁵

3.4.1 Barnets bästa

Regeringen föreslog i propositionen att det skulle införas en övergripande regel om att barnets bästa skall vara avgörande vid alla frågor som rör vårdnad, boende och umgänge. Förslaget var i stort sett överensstämmande med vårdnadstvistutredningens förslag. Skälen för förslaget var att, trots att principen om barnets bästa är väl förankrad i svensk rätt, en övergripande regel saknats.³⁶ Den nya bestämmelsen innebar inte någon förändring i gällande rätt utan var ett klagörande av att barnets bästa alltid skall finnas med som en utgångspunkt för bedömningen.³⁷ Vad som skulle anses vara barnets bästa precisades inte med hänvisning till att det måste avgöras i varje enskilt fall utifrån en bedömning av de individuella förhållandena. Man anför dock att det vid bedömningen måste tas hänsyn till allt som rör barnets fysiska och personliga utveckling och välbefinnande och att det så långt som möjligt skall göras både en kortsiktig och en långsiktig bedömning.³⁸

3.4.2 Gemensam vårdnad

En ytterligare stor förändring var, i enlighet med vårdnadstvistutredningen, att gemensam vårdnad föreslogs vara ett alternativ även om en av föräldrarna motsätter sig det. I sådana fall skulle domstolen enligt förslaget även kunna besluta om vem barnet skall bo tillsammans med och om frågan om umgänge.³⁹ Det främsta syftet med den föreslagna bestämmelsen om gemensam vårdnad var att främja goda förhållanden mellan båda föräldrarna och barnet. FB:s regler om vårdnad, boende och umgänge bygger på uppfattningen att barn har behov av nära och goda relationer till båda sina föräldrar. Det är viktigt att båda föräldrarna tar ansvar för barnet och är delaktiga i barnets förhållanden. I FN:s Barnkonvention som Sverige skrivit under stadgas i artikel 18 att konventionsstaterna skall göra allt de kan för att säkerställa principen att båda föräldrarna har ett gemensamt ansvar för barnets uppfostran och utveckling. Regeringen menade att gemensam vårdnad ”är ett viktigt inslag i den utveckling som har skett mot en starkare betoning av barnets intresse”. Man ville dock inte helt ta bort möjligheten att döma till ensam vårdnad med tanke på att det finns fall där en förälder är

³⁵ Prop 1997/98:7, s 1.

³⁶ Prop 1997/98:7, s 46 f.

³⁷ Prop 1997/98:7, s 103.

³⁸ Prop 1997/98:7, s 104.

³⁹ Prop 1997/98:7, s 1.

olämplig som vårdnadshavare. Som exempel tog man att en förälder gjort sig skyldig till våld mot barnet eller den andra föräldern, eller att konflikten mellan föräldrarna är så svår och djup att det är omöjligt för dem att samarbeta i frågor som rör barnet. En invändning som togs upp i propositionen mot gemensam vårdnad var bland annat att gemensam vårdnad i fall då föräldrarna inte bor tillsammans ger fäder makt utan att samtidigt ålägga dem ansvar för den dagliga omsorgen om barnet eftersom det i många fall är modern som har barnet boende hos sig.

Regeringen skriver i förslaget att en lagändring inte får innebära att man schablonmässigt beslutar om gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja. Beror en förälders motstånd på misshandel eller andra övergrepp från den andra föräldern, kan det vara bäst att den ena föräldern får ensam vårdnad. Man menade dock att det inte är självklart att gemensam vårdnad är en dålig lösning för barnet bara för att en av föräldrarna motsätter sig det.⁴⁰ Det är inte säkert att det saknas förutsättningar för gemensam vårdnad bara för att föräldrarna till en början inte är intresserade av gemensam vårdnad. Walin och Vängby menar att föräldrarna torde kunna närma sig varandra genom samarbetsamtal och förstå att gemensam vårdnad kan vara värd att pröva med hänsyn till barnets intresse.⁴¹ Risken är att föräldrarna känner sig pressade att komma fram till något, och att det blir en kompromiss som kanske inte skapar en situation som främjar barnets intresse.

Det föreslogs att gemensam vårdnad skulle vara ett alternativ även om en av föräldrarna motsätter sig det. Denna möjligheten skulle dock inte innebära att en förälders motstånd mot gemensam vårdnad ska negligeras eftersom det kan bero på förälderns önskan att skydda barnet. Man erinrade precis som i Vårdnadstvistutredningen om det som sagts i proposition 1990/91:8, och som även nu skulle vara gällande, om att en förälders motstånd mot gemensam vårdnad kan bero på att föräldern vill skydda barnet för att det förekommit misshandel eller trakasserier från den andra föräldern. Därför måste bedömningen i varje fall vara mycket noggrann och lyhörd.

Regeringen anförde att det förhållandet att den ena föräldern utsätter den andra föräldern för övergrepp kan göra att gemensam vårdnad är olämplig. Föräldrarnas förhållande påverkar barnets möjligheter till en trygg uppväxtmiljö och en förälder som utsatts för övergrepp av den andra föräldern och känner oro och rädsla för den andra föräldern kan vid gemensam vårdnad vara dåligt rustad för att tillgodose barnets behov av trygghet och omsorg. Trots det menar man att gemensam vårdnad inte skall vara utesluten på grund av att det skett övergrepp inom familjen utan att en bedömning måste göras i varje enskilt fall.⁴²

När lagutskottet uttalade sig om propositionen framförde man att gemensam vårdnad mot en förälders vilja ska vara uteslutet i fall där den ena föräldern utsätter en familjemedlem för våld, trakasserier eller annan kränkande

⁴⁰ Prop 1997/98:7, s 48 f.

⁴¹ Walin och Vängby 2001, 6:30.

⁴² Prop 1997/98:7, s 107.

behandling.⁴³ Sjösten menar att lagutskottets uttalande inte kan innebära något annat än att en allsidig prövning måste ske i det enskilda fallet. Han konstaterar att även förfaranden som förefaller mindre allvarliga inryms i begrepp som våld, trakasserier och annan kränkande behandling. Han framhåller att en handling som rent språkligt är ett övergrepp och juridiskt ses som misshandel isolerad inte automatiskt kan leda till att domstolen inte kan döma till gemensam vårdnad mot den ena föräldern vilja. Det kan exempelvis vara fråga om att den ena maken vid ett tillfälle i affekt slagit till den andra föräldern utan att detta lett till något mer än en hastigt övergående smärta.⁴⁴

Den nya lagstiftningen väckte en del obesvarade frågor, bland andra den om ”vilken grad av oenighet som krävs för att gemensam vårdnad inte skall anses förenligt med barnets bästa”, samt ”vilken bevisning som krävs för att våld i familjen skall medföra att gemensam vårdnad inte skall utdömas mot en av föräldrarnas vilja”.⁴⁵ Det saknas en diskussion i förarbetena om eventuella negativa effekter av en utvidgad användning av gemensam vårdnad. Det konstateras endast att gemensam vårdnad inte skall användas om det inte är förenligt med barnets bästa. En granskning av om och när gemensam vårdnad kan vara negativ för barnet borde ha tagits med.⁴⁶

3.4.3 Gemensamma beslut

Regeringen ansåg inte, till skillnad från Vårdnadstvistutredningen, att det behövdes någon lagändring gällande vårdnadshavarnas gemensamma beslut. Vårdnadstvistutredningen ville införa en uttrycklig bestämmelse om att den av vårdnadshavarna som barnet bor hos ensam får besluta om frågor som gäller den dagliga omsorgen om barnet. Regeringen menade dock att för att införa en sådan ändring skulle det krävas att det finns ett reellt behov av en uttrycklig lagreglering. Man ansåg inte att det visats att denna fråga vållat några konflikter i praktiken och att det därför inte finns behov av en lagregel. Man menade vidare att en precisering i lag av vad som tillhör den dagliga omsorgen lika ofta skulle skapa eller förstärka tvister som att lösa dem.⁴⁷

⁴³ Betänkande 1997/98:LU12, s 30 f.

⁴⁴ Sjösten 2003, s 58.

⁴⁵ Schiratzki JT 1997-98, s 1118.

⁴⁶ Singer 2000, s 462.

⁴⁷ Prop 1997/98:7, s 53.

4 Gällande rätt vid vårdnadsfrågor

4.1 Barnets bästa

I Barnkonventionen stadgas i artikel 3 att barnets bästa skall komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn. Konventionsstaterna har åtagit sig att vidta alla lämpliga lagstiftnings- och administrativa åtgärder för att säkerställa att barnet får det skydd och den omvårdnad som det behöver för dess välfärd.

I FB 6 kap 2a § stadgas att barnets bästa skall komma i främsta rummet vid avgörande av frågor som rör vårdnad, boende och umgänge. Det innebär att domstol vid vårdnadstvister skall välja den lösning som ”bäst kan antas främja att barnet får sina grundläggande rättigheter tillgodosedda”.⁴⁸ Det skall vid bedömningen av vad som är bäst för barnet fästas särskilt avseende vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Man skall även beakta risken för att barnet olovligen förs bort eller hålls kvar, utsätts för övergrepp eller på annat sätt far illa.⁴⁹ Det är en allmän utgångspunkt att föräldrar eftersträvar lösningar som är förenliga med barnets bästa. Det finns dock inte, som vid vissa myndighetsbeslut, något krav på att barnets bästa skall vara avgörande när föräldrar fattar beslut rörande barnen.⁵⁰

Tolkningen av barnets bästa i samband med vårdnadsfrågor grundas dels på presumtioner om barnets bästa och dels på en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Presumtionen om vad som är barnets bästa görs ofta grundat på kulturella och sociala värderingar i samhället.⁵¹ Det finns olika uppfattningar om vad som är barnets bästa. Det som är bäst för ett barn är inte alltid det bästa för ett annat barn. Därför är det viktigt att göra en individuell bedömning som grundar sig på erfarenhet, samt att låta barnet själv få komma till tals. Vid bedömningen måste man ha ett barnperspektiv, vilket innebär att man respekterar barnets fulla människovärde och integritet, och ta hänsyn till allt som rör barnets fysiska och psykiska välbefinnande och utveckling.⁵²

⁴⁸ Sjösten 2003, s 211.

⁴⁹ FB 6 kap 2a §.

⁵⁰ Ryrstedt SvJT 2003, s 340.

⁵¹ Schiratzki 1997, s 329.

⁵² SOU 2005:43 del A, s 105 f.

4.2 Vårdnadshavare och förmyndare

Ett barn står under vårdnad av båda föräldrarna eller en av dem om rätten inte anförtrott vårdnaden åt en eller flera särskilt förordnade vårdnadshavare. Vårdnaden består tills barnet fyllt 18 år och blivit myndig. Om barnet ingår äktenskap innan det fyllt 18 år upphör vårdnaden genom äktenskapets ingående.⁵³

Barnet står under vårdnad av båda sina föräldrar om de är gifta vid barnets födsel. Är föräldrarna inte gifta har modern ensam vårdnad om barnet men om föräldrarna senare gifter sig får de från den tidpunkten gemensam vårdnad. Det innebär att samboende föräldrar som inte är gifta inte automatiskt får gemensam vårdnad. Det övervägdes i Vårdnadstvistutredningen att detta förhållande skulle ändras men man ansåg att den nuvarande ordningen skulle behållas. Man anförde som viktiga argument för sitt beslut bland annat risken för att en reglering om automatisk gemensam vårdnad för ogifta föräldrar skulle leda till att mammor inte i lika stor utsträckning skulle vilja medverka till faderskapets fastställande, samt att det skulle vara ett problem då en sådan reglering även skulle gälla för barn som avlats genom sexualbrott. Det konstateras också att gemensam vårdnad inte i alla fall är det bästa för barnet.⁵⁴ Om föräldrar som har gemensam vårdnad om sitt barn skiljer sig står barnet som huvudregel under båda föräldrarnas vårdnad även efter äktenskapsskillnaden.⁵⁵

Står barnet under vårdnad av endast en av föräldrarna kan rätten på talan av båda föräldrarna förordna om gemensam vårdnad om det inte är uppenbart oförenligt med barnets bästa.⁵⁶

Föräldrarna kan även få gemensam vårdnad genom registrering hos skatteverket om barnet är folkbokfört här i landet. En anmälan om registrering kan göras till socialnämnden i samband med faderskapsbekräftelse, eller till skatteverket om barnet och föräldrarna är svenska medborgare och förordnande om vårdnaden inte meddelats tidigare.⁵⁷ Andelen ogifta samboende föräldrar som har registrerat gemensam vårdnad har under 2000-talet legat stabilt runt 97 procent.⁵⁸

Föräldrar kan, då endast en av dem har vårdnad om barnet, avtala om gemensam vårdnad. Detta avtal skall för att vara giltigt vara skriftligt och godkännas av socialnämnden. Om föräldrarna har avtalat om gemensam vårdnad skall socialnämnden godkänna avtalet om det inte är uppenbart oförenligt med barnets bästa.⁵⁹

⁵³ FB 6 kap 2 §.

⁵⁴ SOU 1995:79, s 79.

⁵⁵ FB 6 kap 3 §.

⁵⁶ FB 6 kap 4 § 1 st.

⁵⁷ FB 6 kap 4 § 2 st.

⁵⁸ Schiratzki 2005, s 93.

⁵⁹ FB 6 kap 6 §.

Står barnet under vårdnad av båda föräldrarna eller en av dem och någon av dem vill få ändring i vårdnaden skall domstolen efter vad som är bäst för barnet förordna att vårdnaden skall vara gemensam, eller anförtro vårdnaden åt en av föräldrarna ensam. Gemensam vårdnad är dock inte något alternativ om båda föräldrarna motsätter sig det. Om endast en av föräldrarna motsätter sig det kan rätten döma till gemensam vårdnad.⁶⁰

Avgörande i alla fall skall vara vad som är bäst för barnet. Om båda föräldrarna motsätter sig gemensam vårdnad måste domstolen anförtro vårdnaden till en av föräldrarna ensam. I fall där båda föräldrarna är lämpliga vårdnadshavare har rättspraxis visat en tendens att använda generaliseringar och presumtioner för vad som brukar vara lämpligt. I ett antal tidigare fall från HD har rätten i brist på andra hållpunkter i det enskilda fallet antagit att modern är den mest lämpliga vårdnadshavaren när det gäller små barn. Denna uppfattning kan ha grundat sig på att kvinnor i högre grad än män haft sådan vana att ta hand om barn att det därför i allmänhet ansetts vara lämpligare vårdnadshavare.⁶¹

I fall då en förälder uttryckligen förklarar att han eller hon inte vill ha vårdnaden om barnet, får det antas att en sådan lösning inte är förenlig med barnets bästa.⁶²

Om barnet står under båda föräldrarnas vårdnad och en förälder gör sig skyldig till missbruk, försummelse eller i övrigt brister i omsorgen om barnet på ett sätt som innebär bestående fara för barnets hälsa eller utveckling, skall den andra föräldern ensam anförtros vårdnaden. I fall då båda föräldrarna brister på ett sådant sätt skall rätten flytta över vårdnaden till en eller två särskilt förordnade vårdnadshavare.⁶³ Vem som kan utses som särskilt förordnad vårdnadshavare regleras i FB 6 kap 10a §. En särskilt förordnad vårdnadshavare skall vara lämpad att ge barnet omvårdnad, trygghet och en god fostran. Två personer kan utses om de är gifta eller sambor och för syskon gäller att samma person skall utses till vårdnadshavare om inte särskilda skäl talar mot det. Om man ska utse en vårdnadshavare efter föräldrarnas död och föräldrarna har berättat vem de vill ska vara vårdnadshavare, skall den personen utses om det inte är olämpligt. I undantagsfall kan rätten flytta över vårdnaden om barnet till familjehemsföräldrar om barnet stadigvarande fostrats och vårdats i ett annat hem än hos föräldrarna och det är uppenbart bäst för barnet att rådande förhållande består.⁶⁴

Genom en ändring av lagen (1994:1117) om registrerat partnerskap som trädde i kraft 2003 har det blivit möjligt för registrerade partner att kunna utses att som särskilt förordnade vårdnadshavare gemensamt utöva

⁶⁰ FB 6 kap 5 §.

⁶¹ Saldeen 2005, s 179.

⁶² Sjösten 2003, s 56 och Walin och Vängby 6:30.

⁶³ FB 6 kap 7 §.

⁶⁴ FB 6 kap 8 §.

vårnaden om barn. Även homosexuella sambor kan utses som särskilt förordnade vårdnadshavare enligt 1 § sambolagen (2003:376).⁶⁵

Ett barns vårdnadshavare har ansvar för barnets personliga förhållanden och skall se till att barnets behov blir tillgodosedda. Förmyndarens roll är istället att förvalta barnets egendom och företräda barnet i ekonomiska angelägenheter. En förälders ställning som förmyndare följer utan särskilt beslut av det förhållandet att föräldern är vårdnadshavare för barnet.⁶⁶

4.3 Vårnadenens innebörd

Man brukar skilja på begreppen den rättsliga vårnaden och den faktiska vårnaden, även om de ofta sammanfaller. Den rättsliga vårnaden innebär en rätt och en skyldighet för vårdnadshavaren att sörja för barnets personliga omvårdnad och angelägenheter och i övrigt att ge det uppfostran. Den faktiska vårnaden, det vill säga den dagliga omsorgen om barnet, omfattas i vanliga fall av den rättsliga vårnaden. I vissa fall kan det dock tänkas att den rättsliga vårdnadshavaren lämnar ifrån sig den faktiska vårnaden till en annan person, exempelvis en fosterförälder. Det kan också vara så att den ena föräldern huvudsakligen utövar den faktiska vårnaden när föräldrar som inte bor tillsammans har gemensam vårdnad om barnet.⁶⁷ Det är viktigt att skilja på gemensam rättslig vårdnad och gemensam faktisk vårdnad. En mer eller mindre vanlig missuppfattning är att gemensam vårdnad innebär att barnet skall bo lika mycket hos båda föräldrarna, så kallat växelvis boende, men så är alltså inte fallet.

Enligt FB ska den som har vårnaden om ett barn ansvara för barnets personliga förhållanden. Vårdnadshavaren skall även se till att barnets behov enligt FB 6 kap 1 § tillgodoses. Där stadgas att barnet har rätt till omvårdnad, trygghet och god fostran. Barn skall behandlas med aktning för sin person och egenart och får inte utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling. Barnets vårdnadshavare skall även se till att barnet får den tillsyn som behövs med hänsyn till dess ålder, utveckling och övriga omständigheter samt att barnet får tillfredsställande försörjning och utbildning. För att undvika att barnet orsakar skada för någon annan skall vårdnadshavaren även se till att barnet står under uppsikt eller vidta andra lämpliga åtgärder.⁶⁸ Vid utövandet av det rättsliga vårdnadsansvaret måste hänsyn tas till det enskilda barnets behov och därför går det inte att generellt bestämma vårnadenens fullständiga innebörd.⁶⁹ Vårdnadsansvaret innebär inte att vårdnadshavaren vid alla tillfällen personligen ska tillgodose barnets behov, men en skyldighet att se till att barnets behov blir tillgodosedda av någon.⁷⁰

⁶⁵ Saldeen 2005, s 144.

⁶⁶ FB 10 kap 2 §.

⁶⁷ Saldeen 2005, s 145 f.

⁶⁸ FB 6 kap 2 §.

⁶⁹ Singer 2000, s 433.

⁷⁰ Singer 2000, s 438.

Enligt FB 6 kap 11 § har vårdnadshavaren både en rätt och en skyldighet att bestämma i frågor som rör barnets personliga angelägenheter. Vårdnadshavaren skall ta allt större hänsyn till barnets synpunkter och önskemål i takt med barnets stigande ålder och utveckling.

4.3.1 Beslutsfattande inom ramen för gemensam vårdnad

Gemensam vårdnad innebär att vårdnadshavarna tillsammans ska utöva vårdnaden och därmed enas om ett antal frågor som rör barnet. Är en av vårdnadshavarna till följd av sjukdom eller frånvaro förhindrad att medverka i beslut som inte kan skjutas upp utan olägenhet, får den andra vårdnadshavaren ensam ta beslutet. Detta gäller dock inte om beslutet är av ingripande betydelse för barnets framtid, om det inte uppenbarligen krävs för barnets bästa.⁷¹ En vårdnadshavare får inte göra så att ett viktigt beslut rörande barnet måste fattas medan den andra är förhindrad att medverka. Vårdnadshavaren får inte anses hindrad att medverka i ett beslut om hans eller hennes synpunkter kan inhämtas inom skälig tid. Ju mer betydelsefullt ett beslut är för barnet, desto starkare är vårdnadshavarens rätt att inte bli utesluten från det.⁷² Sjösten menar att om förhållandena inte är sådana att ett snabbt beslut måste fattas, torde den förälder som inte deltagit i beslutet enligt förarbetena kunna hävda att beslutet inte skall gälla. I praktiken är det dock så att en vårdnadshavare som inte deltagit i ett beslut inte har några rättsliga möjligheter att påtala ett överskridande av den gemensamma beslutanderätten, utan är i så fall hänvisad till att väcka talan om ändring av vårdnaden som sådan.⁷³

Är vårdnaden inte gemensam så fattar den ensamma vårdnadshavaren själv alla beslut.

4.3.1.1 Boende och umgänge

Om föräldrar som inte bor tillsammans men har gemensam vårdnad om barnet inte kan enas om var och med vem barnet ska bo, kan de vända sig till domstol som kan bestämma med vem av föräldrarna barnet skall bo. Avgörande i frågan skall vara vad som är bäst för barnet.⁷⁴ Om föräldrarna är överens kan de själva avtala om boendet och få avtalet godkänt av socialnämnden.

⁷¹ FB 6 kap 13 §.

⁷² Sjösten 2003, s 130.

⁷³ Singer 2000, s 440, se även Sjösten 2003, s 130.

⁷⁴ FB 6 kap 14a §.

Domstolen kan även besluta om umgänge efter vad som är bäst för barnet. Barnet har rätt till umgänge med den förälder det inte bor tillsammans med. Föräldrarna kan om de kommer överens själva avtala om umgänge med barnet och få avtalet godkänt av socialnämnden.⁷⁵

4.3.1.2 Den dagliga omsorgen

I propositionen till vårdnadsreformen anförde regeringen att det är nödvändigt, för att gemensam vårdnad skall fungera i fall då föräldrarna inte bor tillsammans, att den vårdnadshavare som barnet bor tillsammans med skall kunna bestämma i frågor som gäller den dagliga omsorgen om barnet.⁷⁶ Boföräldern får alltså ensam fatta beslut om den dagliga omsorgen om barnet.

Det är inte helt klart vad som ingår i den dagliga omsorgen som boföräldern ensam kan fatta beslut om. Det har dock ansetts att det ligger i sakens natur att den som för tillfället har barnet boende hos sig till stor del ensam måste kunna bestämma om barnets mat, kläder och sovtider.⁷⁷ I den dagliga omsorgen ingår även frågan om hur barnet skall tillbringa sin fritid och sina ferier så länge det inte kränker den andra vårdnadshavarens umgängesrätt.⁷⁸ Det står dock inte klart vad som gäller i fråga om barnomsorg. Sjösten menar att det faller mest naturligt att boföräldern, vars ekonomi och arbetsförhållanden är av betydelse för valet av barnomsorg, har avgörande inflytande i detta hänseende. Barnomsorg med särskild inriktning, till exempel religiös, bör dock enligt hans mening inte räknas till den dagliga omsorgen.⁷⁹ Wickström anser att man i förarbetena med daglig omsorg menat mer praktiska beslut som vad barnet ska äta och ha på sig, samt när barnet ska sova. Frågan om barnomsorg torde enligt hennes mening inte höra till den dagliga omsorgen.⁸⁰

JO har när det gäller barnomsorg uttalat att mycket talar för att frågan om barnomsorg i normalfallet skall hänföras till den dagliga omsorgen.⁸¹

4.3.1.3 Hälsa- och sjukvård, val av skola m.m

När det gäller frågan om hälso- och sjukvård har JO uttalat att det i många fall måste anses tillräckligt att samråd sker med den ena vårdnadshavaren. JO menar att man får utgå från att den föräldern som tagit kontakt med sjukvården informerar den andra vårdnadshavaren. Om det finns anledning

⁷⁵ FB 6 kap 15 §.

⁷⁶ Se ovan kap 3.3.3.

⁷⁷ Wickström JT 02-03, s 329.

⁷⁸ Wickström JT 02-03, s 335, samt Sjösten 2003, s 130.

⁷⁹ Sjösten 2003, s 131, se även Walin och Vängby 6:56.

⁸⁰ Wickström JT 02-03, s 338, se även Ryrstedt 2002, s 14.

⁸¹ SOU 2005:43 del B, s 491.

att misstänka att den andra vårdnadshavaren inte samtycker till behandlingen, eller om det är fråga om en åtgärd som har ingripande betydelse för barnets framtid skall samråd ske även med den andra vårdnadshavaren.⁸² Om föräldrarna inte kan enas om frågor om barnets hälso- och sjukvård och det leder till att barnet inte får den hjälp det behöver, kan det medföra allvarliga konsekvenser för barnet.

Frågan om val och byte av skola, samt var i landet barnet skall bo anses fortfarande ligga inom ramen för den gemensamma beslutanderätten. I äldre förarbeten⁸³, när gemensam vårdnad endast var en möjlig vårdnadsform om båda föräldrarna var överens om det, ansågs beslut om barnets skolgång och bosättning inte falla under den dagliga omvårdnaden. Det har diskuterats om det uttalandet fortfarande gäller. Schiratzki menar att det kan diskuteras vilken betydelse uttalandet i proposition 1975/76:170 skall ha vid en tolkning av gällande rätt med tanke på att uttalandet härrör från tiden då gemensam vårdnad var ett frivilligt val.⁸⁴ Den erfarenhet man hade att luta sig mot vid reformarbetet 1998 var föräldrar som åtminstone hade varit överens om att vårdnaden skulle vara gemensam, vilket innebär att effekten idag när situationen ser helt annorlunda ut blir en stelhet i systemet.⁸⁵ Schiratzki argumenterar när det gäller barnets bosättning istället för att den förälder som har barnet boende hos sig utan samtycke av den andra föräldern skall kunna besluta var i landet barnet skall bo. Schiratzki hävdar också att den som bor ensam med barnet skall kunna fatta vissa beslut om barnets skolgång.⁸⁶ Wickström menar dock att eftersom bestämmelsen i FB 6 kap 13 § är klar och att det följer av den att bestämmanderätten i frågor som rör barnets personliga angelägenheter skall utövas av vårdnadshavarna gemensamt. Om lagstiftaren ansett att reformen motiverat en annan syn än den på 70-talet hade det varit naturligt att man tog avstånd från den synen, vilket man inte gjorde. Beslut om barnets skolgång och bosättning faller därför fortfarande under den gemensamma beslutanderätten. När det gäller att flytta med barnet anser Wickström att ett boendebeslut inte innebär att boföräldern också har rätt att flytta med barnet. Det framgår inte av förarbetena att det skulle vara så. Det är istället den allmänna regeln i FB 6 kap 13 § om gemensamma beslut som skall gälla och den som har barnet hos sig och vill flytta inom eller utanför landet kan inte på egen hand bestämma att barnet skall följa med.⁸⁷ När det gäller frågan om barnets skolgång anför Schiratzki att ett argument mot att denna fråga skulle omfattas av den gemensamma beslutanderätten är att barnet har skolplikt och föräldrarnas oenighet får därför inte leda till att barnet inte skrivs in i en grundskola.⁸⁸ Det är dock så att barnets hemkommun ansvarar för att barnet får utbildning i grundskolan och föräldrars oenighet får därför i praktiken betydelse endast vid fråga om byte av skola.⁸⁹ JO har uttalat att den skola

⁸² SOU 2005:43 del B, s 495.

⁸³ Prop 1975/76:170.

⁸⁴ Schiratzki JT 98-99, s 1051.

⁸⁵ Ryrstedt 2002, s 19.

⁸⁶ Schiratzki JT 98-99, s 1051, se även Renström JT 99-00, s 234.

⁸⁷ Wickström JT 02-03, s 331 ff.

⁸⁸ Schiratzki JT 98-99, s 1053.

⁸⁹ Wickström JT 02-03, s 338.

som tar emot ett barn efter en vårdnadshavares önskan måste kontrollera i folkbokföringen vem som är barnets vårdnadshavare och om barnet har två vårdnadshavare inhämta bådars inställning till inskrivning i skolan.⁹⁰

För utfärdande av pass krävs båda föräldrarnas medgivande enligt huvudregeln om de har gemensam vårdnad om barnet. Undantag kan göras om det föreligger synnerliga skäl, till exempel om en av föräldrarna vistas i ett annat land och det är uppenbart att deras medgivande ändå skulle lämnats.⁹¹

4.3.1.4 Problem med gemensam beslutanderätt

Det är framför allt två problem som kan uppkomma när föräldrar skall fatta gemensamma beslut. Dels blir det problem på grund av att föräldrarna, även om de borde ha barnets bästa som mål när den fattar beslut rörande barnet, har olika intressen och vill olika saker och därför kommer i många fall en konfliktsituation uppstå. En förälder kan i vissa fall också genom den gemensamma beslutanderätten försöka skada eller utöva makt över den andra föräldern och då har man inte barnets bästa som mål. Det andra problemet är att det inte finns någon möjlighet till tvistlösning mellan föräldrar med gemensamt ansvar att fatta beslut. Det förhållande att det finns ett krav på samstämmighet hos föräldrarna medför inte med automatik att föräldrar med gemensam vårdnad kan fatta gemensamma beslut. Kravet på enighet kan då oundvikligen leda till att inga beslut tas alls och att barnet måste bli kvar i rådande omständigheter.⁹² Ryrstedt menar att det naturligtvis alltid är bäst för barnet om föräldrarna kan samarbeta med varandra, men att man därav knappast kan dra slutsatsen att man ökar föräldrarnas samarbetsförmåga genom att tillerkänna dem gemensam vårdnad.⁹³

Genom vårdnadsreformen fick domstolarna en möjlighet att fatta beslut om barnets boende och umgänge om föräldrarna inte kan enas i dessa frågor. När det gäller alla övriga frågor som kan uppkomma, som till exempel val och byte av skola, är föräldrarna hänvisade till att lösa dem själva. Det finns ingen myndighet att vända sig till för att få ett avgörande i en fråga om barnets skolgång. Viss hjälp kan fås av socialnämnden i form av samarbetsamtal, men annars är den enda möjligheten för att få till stånd en förändring att ansöka om ensam vårdnad.

Om föräldrarna inte kommer överens skall förhållandena bestå som de är. Kan föräldrarna inte komma överens om att barnet får flytta med boföräldern så får barnet bo kvar där det bor. Det kan innebära att den föräldern som inte kan flytta och ta barnet med sig kan gå miste om ett viktigt arbete, vilket i sin tur kan leda till att barnet går miste om en

⁹⁰ SOU 2005:43 del A, s 130.

⁹¹ SOU 2005:43 del A, s 131.

⁹² Ryrstedt SvJT 2003, s 340 f, se även Singer 2000, s 444.

⁹³ Ryrstedt SvJT 2003, s 342.

förbättrad levnadsstandard. Om föräldrarna inte kan komma överens om i vilken skola barnet skall gå får barnet stanna där det är. Har barnet inte börjat skolan än så får det börja i en skola inom vars upptagningsområde det bor.

Om boföräldern mot den andra förälderns vilja flyttar med barnet kan den föräldern som inte har barnet boende hos sig begära att boendet skall flyttas över till honom eller henne eller begära ensam vårdnad. Det kan vara svårt att få ensam vårdnad på den grunden att man har olika uppfattningar om barnets boende eftersom tanken bakom den gemensamma vårdnaden är att föräldrarna skall kunna enas i frågor som rör barnet. I övrigt finns i praktiken inga andra sanktioner mot den förälder som till exempel flyttar med barnet utan den andra förälderns medgivande. Schiratzki konstaterar att en nackdel med ett system där föräldrarna kan få sina konflikter rörande vårdnaden prövade i domstol är att man då går tvärtemot viljan att minska antalet vårdnadsrelaterade mål. Trots det menar hon att det för att minska konflikterna mellan föräldrar är nödvändigt med någon form av kompetensfördelning eller konfliktlösning.⁹⁴

När oenighet uppstår i en fråga om ett barns ekonomiska angelägenheter har en förälder som är förmyndare möjlighet att söka stöd av överförmyndaren enligt FB 12:12 st 2. Den av förmyndarnas åsikter som får stöd av överförmyndaren blir gällande. En sådan möjlighet till konfliktlösning finns alltså inte när det gäller vårdnadsfrågor. Som skäl för detta förhållande har anförts att förmyndarskapet på ett annat sätt än vårdnaden berör utomståendes intressen.⁹⁵

4.4 Tillämpningen av lagen efter vårdnadsreformen

4.4.1 Barnombudsmannens studie av 258 mål i tingsrätter

Barnombudsmannen har gjort en studie av hur domstolar har dömt i vårdnadsfrågan då det i målet framkommit uppgifter om våld inom familjen. Studien ”När tryggheten står på spel” omfattar 258 mål i tingsrätter från 2002. Målen berör 408 barn mellan 1 och 17 år och i samtliga har uppgifter om våld förts fram i målet. Barnombudsmannen undersökte vilka konsekvenser det får för domslut om det finns en fällande dom mot en av föräldrarna när det gäller våldsbrott inom familjen. Man fann att det i 42 av de 258 granskade tingsrättsdomarna fanns en fällande dom i brottmål för våld inom familjen, samtidigt som föräldrarna var oense om vårdnaden. I 18

⁹⁴ Schiratzki JT 1998-99 s 1049 f, se även Wickström JT 2002-03 s 345.

⁹⁵ Singer 2000, s 443 f.

av de 42 fallen, alltså i 43 procent av fallen, dömdes det till gemensam vårdnad om barnet trots att den ena föräldern var dömd för våld mot någon i familjen. I 23 fall, det vill säga i 55 procent av fallen, fick mamman ensam vårdnad och i endast ett fall fick pappan ensam vårdnad.⁹⁶

Barnombudsmannen menar att vårdnadsreformen verkar ha inneburit att det, i fler fall än vad som avsågs med den nya lagstiftningen, döms till gemensam vårdnad i mål där det finns uppgifter om våld i familjen. Barnombudsmannen anser vidare att domstolar, på ett tydligare sätt än idag, måste visa varför de i vissa fall anser att gemensam vårdnad är det bästa för barnet i ett enskilt fall där det förekommit våld inom familjen.⁹⁷

4.4.2 Undersökning gjord av vårdnadskommittén

En av vårdnadskommitténs uppgifter var att titta på hur reglerna om gemensam vårdnad tillämpats av domstolar efter vårdnadsreformen 1998. Kommittén gjorde som ett led i sin utredning en granskning av 249 tingsrättsdomar i vårdnads-, boende- och umgänges mål från det första halvåret 2002.⁹⁸ De undersökta domarna berör 376 barn och i 247 av fallen var det föräldrarna som tvistade om vårdnad, boende eller umgänge. I de andra två fallen handlade det om utseende av särskilt förordnade vårdnadshavare med socialnämnden som en part och förälder med ensam vårdnad som den andra parten.⁹⁹

I 178 mål var frågan om föräldrarna skulle ha gemensam vårdnad eller om en av föräldrarna skulle anförtros vårdnaden ensam. Det dömdes till gemensam vårdnad i 55% av fallen. Vårdnaden anförtroddes ensam åt mamman i 36% av fallen och pappan i 9 % av fallen. I de fall som det dömdes till gemensam vårdnad i hade vårdnaden även innan domen varit gemensam i nästan tre fjärdedelar av fallen.

Att föräldrarnas samarbetsvårigheter inte var så allvarliga att de uppvägde det positiva med gemensam vårdnad var den vanligaste motiveringen till att man dömdes till gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja. Den näst vanligaste anledningen var att den ena föräldern inte, som den andra föräldern påstått, var olämplig som vårdnadshavare på grund av missbruk eller psykisk ohälsa. I 13 av fallen då det dömdes till gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja hänvisades till att ”föräldrarna hade så allvarliga samarbetsvårigheter att det fanns risk att barnet skulle tappa kontakten med den ena föräldern om vårdnaden tillkom den andra”, eller att

⁹⁶ Debattartikel, barnombudsmannens hemsida, ”Fyra av tio våldsdömda får gemensam vårdnad om barn”, 2005-03-29 s 1.

⁹⁷ Debattartikel, barnombudsmannens hemsida, ”Fyra av tio våldsdömda får gemensam vårdnad om barn”, 2005-03-29 s 2.

⁹⁸ SOU 2005:43 del B, s 739.

⁹⁹ SOU 2005:43 del B, s 741.

”om båda föräldrarna blev delaktiga i vårdnaden var ingen av dem utelämnad till den andras ’goda vilja’”.¹⁰⁰

Vårdnadskommittén skulle enligt direktivet särskilt uppmärksamma hur de nya reglerna om gemensam vårdnad och boende har tillämpats när det förekommit övergrepp eller misstanke om övergrepp. I 90 av de 249 genomgångna domarna fanns det påståenden om någon form av övergrepp (36% av fallen).¹⁰¹ I 41 av de 90 fallen dömde domstolen till gemensam vårdnad. I 37 fall fick mamman ensam vårdnad och i 9 fall fick pappan ensam vårdnad. De resterande 3 fallen handlade endast om umgänge. Tingsrätten tog upp övergreppen i sin bedömning i 60 fall. I 10 av de fallen ansåg tingsrätten att övergreppen i sig utgjorde en grund för det beslut man fattade. Man menade i 13 fall att övergreppen fick ses som exempel på föräldrarnas samarbetssvårigheter. I 9 fall beaktade man övergreppen men lade dem inte till grund för beslutet och i 27 fall kom tingsrätten fram till att det inte var visat att övergreppen skett.¹⁰²

I 62 procent av fallen där övergrepp inte påståtts beslutade tingsrätten om gemensam vårdnad. I 32 procent av fallen fick mamman ensam vårdnad och i 6 procent av fallen fick pappan ensam vårdnad. I de mål där övergrepp påståtts beslutade tingsrätten om gemensam vårdnad i 47 procent av fallen och mamman fick ensam vårdnad i 43 procent av fallen. Pappan fick ensam vårdnad om barnen i 10 procent av fallen där övergrepp påståtts. I de fall där det fanns påstående om övergrepp dömdes alltså till gemensam vårdnad i mindre utsträckning än i de fall där det inte förekom påståenden om övergrepp.¹⁰³

Vårdnadskommittén menar att resultatet av den undersökning som presenteras i betänkandet väl speglar rättsläget enligt den vägledande praxis som finns. Enligt HD förutsätter lagstiftningen efter vårdnadsreformen att gemensam vårdnad är det bästa för barnet, och att undantag från denna princip endast skall göras om det framkommer särskilda skäl som talar mot gemensam vårdnad eller om båda föräldrarna motsätter sig denna vårdnadsform.¹⁰⁴

4.4.3 Fall i HD

4.4.3.1 NJA 1999 s 451

1995 dömdes till äktenskapsskillnad mellan en man och en kvinna, som därefter hade gemensam vårdnad om sina tre barn. 1997 väckte kvinnan talan mot mannen och yrkade på ensam vårdnad om barnen. Mannen bestred

¹⁰⁰ SOU 2005:43 del B, s 753 f.

¹⁰¹ SOU 2005:43 del B, s 775.

¹⁰² SOU 2005:43 del B, s 806 f.

¹⁰³ SOU 2005:43 del B, s 753.

¹⁰⁴ SOU 2005:43 del A s 110.

yrkandet och yrkade själv på att i första hand få ensam vårdnad om alla tre barnen och i andra hand att få ensam vårdnad om bara det äldsta barnet. Kvinnan anförde som stöd för sin talan att mannen inte har någon respekt för henne och att han är dominerande, vilket har lett till att hon varit förtryckt i deras äktenskap och att han även därefter försökt dominera henne. Hon menade vidare att hon försökt få en fungerande relation till mannen, men att det misslyckats, precis som deras försök att genomföra samarbetsamtal. Mannen anförde att han och kvinnan haft en del problem och att anledningen till att samarbetsamtalen inte fungerade var att hon reste sig upp och gick redan vid första samtalet. Han menade vidare att kvinnan haft en del personliga problem, att hon haft svårt med ordningen, att hon menar väl och är kärleksfull mot barnen men att hennes förmåga inte alltid räcker till.¹⁰⁵

Socialtjänsten genomförde en utredning i vårdnadsfrågan. Enligt tingsrätten framgick det av den utredningen att båda föräldrarna var lämpliga vårdnadshavare, men även att olikheterna och motsättningarna mellan dem medfört problem i deras samarbete avseende barnen. Tingsrätten beslutade att kvinnan ensam skulle ha vårdnaden om de tre barnen. Som skäl för sitt domslut anförde tingsrätten att hon synes vara den som skött det mesta av den dagliga omsorgen om barnen och att barnen till stor del har bott hos henne efter skilsmässan. Båda föräldrarna verkade måna om att barnen skulle ha ett omfattande umgänge med den andra.¹⁰⁶

Mannen överklagade tingsrättens dom och yrkade i hovrätten fortsatt gemensam vårdnad samt att barnen skulle bo hos honom, eller fortsatt gemensam vårdnad och ett omfattande umgänge för honom. Kvinnan bestred ändring av tingsrättens dom.¹⁰⁷ Hovrätten anförde att det efter lagändringen nu var möjligt att döma till gemensam vårdnad trots att den ena föräldern motsätter sig det, men att man skall döma till ensam vårdnad om det föreligger en konflikt mellan föräldrarna som är så svår och djup att det är omöjligt för dem att samarbeta i frågor som rör barnet. I det här målet hade det framgått att föräldrarnas samarbete rörande barnen försämrats allt mer sedan skilsmässan 1995. Parterna hade försökt med samarbetsamtal som inte fungerat och visat en tydlig ovilja till samförståndslösningar avseende vårdnaden. Hovrätten menade att någon omedelbar förbättring inte kunde förutses och att det därför inte fanns någon anledning att frångå tingsrättens bedömning.¹⁰⁸

Mannen överklagade och yrkade återigen gemensam vårdnad om barnen. HD lät socialnämnden utföra en kompletterande utredning i vårdnadsfrågan. Av utredningen framgick att föräldrarnas svårigheter att komma överens grundade sig på tidigare konflikter och erfarenheter av att inte komma

¹⁰⁵ NJA 1999 s 451, s 451 f.

¹⁰⁶ NJA 1999 s 451, s 454.

¹⁰⁷ När det var dags för HovR:ns avgörande hade den nya regeln om gemensam vårdnad i FB 6 kapitlet 5 § precis trätt ikraft. Vid TR:ns avgörande var gemensam vårdnad inte ett alternativ eftersom kvinnan motsatte sig den vårdnadsformen.

¹⁰⁸ NJA 1999 s 451, s 455.

överens samt att föräldrarna hade olika uppfattningar om centrala frågor som rör barnen. Utredaren menade att barnen hade det bra med båda föräldrarna men att föräldrarnas konflikter och motsättningar var psykiskt påfrestande för dem. Utredaren ansåg dock att det fanns förutsättningar för gemensam vårdnad.

HD anförde i domskälen att det skall fästas särskilt avseende vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna vid bedömningen av vad som är bäst för barnet. Man menade att lagstiftaren efter vårdnadsreformen förutsätter att gemensam vårdnad normalt är till barnets bästa och att vårdnaden skall anförtros den ena föräldern ensam endast om det framkommer särskilda skäl som talar mot gemensam vårdnad. HD hänvisade till den vårdnadsutredning som gjorts, där det framkom att båda föräldrarna var lämpliga vårdnadshavare och att det fanns förutsättningar för gemensam vårdnad, vilket barnen skulle tjäna på på så sätt att föräldrarna tillsammans kan ge dem mer än vad var och en för sig kan göra. Det hade dock förekommit meningsskiljaktigheter mellan mannen och kvinnan som ledde till att deras samarbete rörande barnen inte löpt friktionsfritt, men dessa meningsskiljaktigheter var enligt HD ”långt ifrån av sådant slag som enligt förarbetena skulle medföra att domstolen inte bör förordna om gemensam vårdnad mot den ena föräldrarnas vilja”. Därför menade HD att föräldrarna i det här fallet skulle ha gemensam vårdnad om barnen.¹⁰⁹

Wickström menar att rättsfallet visar att föräldrar som har svårt att samarbeta kan få gemensam vårdnad om sina barn, vilket leder till diskussioner om bestämmanderätten inom ramen för den gemensamma vårdnaden¹¹⁰

4.4.3.2 NJA 2000 s 345

Efter äktenskapsskillnad mellan en man och en kvinna 1998 yrkade kvinnan ensam vårdnad om parets två barn. Till stöd för sitt yrkande anförde hon att mannen var olämplig som vårdnadshavare och motsatte sig gemensam vårdnad med hänvisning till en djup konflikt mellan henne och mannen som bland annat resulterat i att han misshandlat henne. Hon berättade vidare att de saknade all förmåga att kommunicera med varandra och att mannen hade ett häftigt humör och ibland uppträtt hotfullt och att det hänt att han slagit henne och barnen. Paret hade försökt att genomföra ett fungerande umgänge mellan barnen och mannen men det hände att barnen vägrade följa med honom. Vid ett tillfälle hade det uppstått en kaotisk situation när mannen skulle hämta barnen i skolan. Skolpersonalen hade låst in sig med det ena barnet och ringt till kvinnan. När hon kom till skolan hade det andra barnet gått till henne och då hade mannen tagit stryppgrepp på kvinnan. För den händelsen hade han sedan dömts för misshandel till villkorlig dom med samhällstjänst och meddelats besöksförbud.

¹⁰⁹ NJA 1999 s 451, s 458 f.

¹¹⁰ Wickström JT 2002-03, s 329.

Mannen anförde att han var lämplig som vårdnadshavare samt att han var den förälder som bäst kunde tillgodose barnens rätt till båda föräldrarna med tanke på att kvinnan vid mer än hälften av umgängestillfällena inte låtit honom träffa barnen. Han menade att hon hade ett häftigt humör och var svår att kommunicera med. När det gällde händelsen utanför skolan menade han att hon slitit åt sig ett av barnen varpå ett tumult utbröt mellan dem. Han menade vidare att hans agerande var förklarligt med tanke på att hans umgänge varit begränsat, om än inte ursäktligt.¹¹¹

Kvinnan hade efter ansökan om äktenskapsskillnad gjort tre polisanmälningar mot mannen, två för misshandel och en för överträdelse av besöksförbud. Hon uppgav att han var våldsam även under äktenskapet mot henne och barnen men att hon inte anmält detta av rädsla att inte bli trodd. Mannen har uppgett att han inte varit våldsam. Han medgav att det har hänt att han tagit i barnen och även givit dem en ”dask på rumpan” och att det ”kan ha kommit någon örfil” under en tid då han var i chock efter att ha fått ett sjukdomsbesked.¹¹²

Tingsrätten menade att det i målet inte fanns underlag för att anse att någon av föräldrarna för sig inte skulle vara lämplig som vårdnadshavare. Man skulle pröva om vårdnaden även fortsättningsvis skulle vara gemensam eller om den skulle anförtros någon av föräldrarna ensam. Tingsrätten anförde att det förhållandet att föräldrarna under pressade förhållanden kunnat genomföra ett omfattande umgänge för mannen med barnen starkt talade för att föräldrarna kan sätta sig över sin egen konflikt och fatta gemensamma beslut till barnets bästa. Det var dock så att mannen har dömts för misshandel av kvinnan, som hade lämnat trovärdiga uppgifter om våldsamhet från hans sida. Därför gjorde tingsrätten bedömningen att konflikten mellan föräldrarna var så svår och djup att de inte kunde samarbeta i frågor som rör barnen, och kvinnan anförtroddes vårdnaden om barnen ensam.¹¹³

Mannen överklagade till hovrätten och yrkade på gemensam vårdnad. Hovrätten anförde att man skall anförtro den ena föräldern ensam vårdnad, endast när det framkommer särskilda omständigheter som talar mot gemensam vårdnad. Man menade att utredningen i målet visade att båda föräldrarna var lämpliga vårdnadshavare och att båda föräldrarna, trots att det var ett spánt förhållande mellan dem, var angelägna om barnens välbefinnande. Vidare menade hovrätten att föräldrarnas meningsskiljaktigheter inte var av sådant slag att det inte kan dömas till gemensam vårdnad. Det förhållande att Johan har besöksförbud kunde visserligen innebära vissa praktiska problem i utövandet av vårdnaden, men att det måste antas vara av övergående art och i sig inte bör hindra ett beslut om gemensam vårdnad. Hovrätten ansåg att mannen och kvinnan skulle utöva vårdnaden om barnen gemensamt.¹¹⁴

¹¹¹ NJA 2000 s 345, s 346.

¹¹² NJA 2000 s 345, s 347 f.

¹¹³ NJA 2000 s 345, s 349.

¹¹⁴ NJA 2000 s 345, s 351.

Kvinnan överklagade domen till HD och yrkade återigen på ensam vårdnad om barnen. HD anförde att en sådan särskild omständighet, som skulle innebära att gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja inte ska vara ett alternativ, är att en förälder är olämplig som vårdnadshavare exempelvis på grund av att föräldern gjort sig skyldig till våld mot barnet eller den andra föräldern. En annan särskild omständighet kan vara en konflikt mellan föräldrarna som är så svår och djup att det är omöjligt för dem att samarbeta i frågor som rör barnen. HD menade att misshandeln som skedde utanför skolan ett och ett halvt år tidigare inte kunde anses innebära att Johan numera var olämplig som vårdnadshavare. Händelsen skulle dock ses som ett exempel på föräldrarnas svårighet att samtala om och lösa problem som rör barnen. Mannen hade vidare vägrat att lämna ut sitt telefonnummer till kvinnan och hon vågade inte tala med honom om barnen eftersom hon var rädd för honom. HD menade att det inte fanns något som talade för att relationen mellan dem skulle komma att bli bättre inom den närmaste tiden och att vårdnaden med hänsyn till barnets bästa skulle anförtros kvinnan ensam. HD ansåg att det förelåg en så svår och djup konflikt mellan föräldrarna att det skulle vara omöjligt för dem att samarbeta i frågor som rör barnen.

Rättsfallet klargjorde närmare hur omfattande samarbetssvårigheter mellan föräldrar skall vara för att gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja inte skall vara ett alternativ. HD uttryckte genom rättsfallet att ensam vårdnad i vissa fall kan vara det bästa alternativet för barn.¹¹⁵ Eva Ryrstedt anser att det är intressant att HD inte fäste någon särskild vikt vid misshandeln som enskilt moment, och att det då är rimligt att ställa frågan hur utfallet skulle ha blivit om misshandeln inte följts upp av så svåra samarbetssvårigheter som förelåg i det här fallet. Skulle ett tillfälle av misshandel inte vara tillräckligt för att en förälder skulle tilldömas ensam vårdnad? HD:s ställningstagande att misshandeln som sådan inte medförde att mannen skulle anses olämplig som vårdnadshavare måste enligt Ryrstedt ifrågasättas med stöd av uttalanden om vilken effekt det kan få för ett barn att en förälder är rädd för den andra föräldern. Att beslut som rör barnet fattas av två personer varav den ena inte kan tillgodose barnets behov av omsorg och trygghet på grund av den andra förälderns tidigare uppförande kan aldrig vara förenligt med barnets bästa.¹¹⁶

4.4.4 Rättsfall från Hovrätten

I avgöranden från hovrätterna finns exempel på att allvarliga samarbetssvårigheter lett till såväl ensam som gemensam vårdnad mot en förälders vilja.

¹¹⁵ Ryrstedt JT 2000-01, s 427.

¹¹⁶ Ryrstedt JT 2000-01, s 428.

I **RH 1998:85** yrkade mamman ensam vårdnad om sina barn. I tingsrätten anförtroddes vårdnaden åt mamman ensam. Man menade att gemensam vårdnad inte var något bra alternativ eftersom föräldrarna hade olika uppfattningar om vad som var bäst för barnet. Pappan överklagade till hovrätten. Hovrätten menade att mammans motstånd mot gemensam vårdnad grundade sig på det förhållandet att föräldrarna hade haft vissa kommunikationsproblem. Man ansåg dock att det inte förekommit några större samarbetsvårigheter mellan föräldrarna och att de motsättningar som fanns dem emellan inte var av den karaktären att de utgjorde tillräckliga skäl att ändra den gemensamma vårdnaden och anförtro den åt en av föräldrarna ensam.

I **RH 1999:13** hade mamman fått ensam vårdnad om barnen i tingsrätten. Pappan överklagade till hovrätten som ändrade domen och beslutade om gemensam vårdnad. Hovrätten tog upp att parterna hade en obearbetad konflikt från tiden då de bodde tillsammans och betydande svårigheter att överhuvudtaget kommunicera med varandra. Hovrätten ansåg att den obefintliga kommunikationen varit mycket destruktiv för barnen, men om den ensamma vårdnaden skulle bestå menade man att det skulle finnas en påtaglig risk att föräldrarna inte skulle inse vikten av att de för barnens skull måste börja samarbeta. Ett påtvingat gemensamt ansvar för barnen skulle få dem att börja samarbeta i frågor som rör barnen, vilket skulle gagna barnen. Därför ansåg man att moderns motstånd mot gemensam vårdnad inte var godtagbart med utgångspunkt i barnens intresse.

I **RH 1999:100** fick föräldrarna gemensam vårdnad i tingsrätten, en dom som mamman överklagade till hovrätten. Hovrätten menade att föräldrarna var för sig var lämpliga vårdnadshavare, men att barnen utsatts för mycket stort psykiskt lidande av föräldrarnas djupa motsättningar. Utredningen i målet visade att det pågick en allvarlig konflikt mellan föräldrarna och att tingsrättens förhoppning att föräldrarna i framtiden skulle lära sig att samarbeta inte infriats. Konflikten hade nu istället drabbat en kärnfråga i förhållandet och mamman anförtroddes vårdnaden ensam bland annat för att hon var den som bäst främjade umgänget med den andra föräldern.

I **RH 2005:38** yrkade pappan ensam vårdnad om barnen. Enligt den första utredningen som gjordes i målet var det bäst för barnet att stå under båda föräldrarnas vårdnad och bo hos pappan. I en kompletterande utredning gjorde utredarna dock bedömningen att pappan skulle ha ensam vårdnad om barnen. Man anförde att mamman skulle komma att vistas i miljöer med pojkvänner och vänner som tillhör de allra mest kriminellt belastade i samhället. Att barnen skulle växa upp i dessa miljöer skulle innebära stora faror för barnens psykiska och fysiska välbefinnande. Mamman anförde att hon och barnen under lång tid blivit hotade och misshandlade av pappan. Tingsrätten menade att hennes uppgifter beaktats i utredningen och att det därför inte var anledning att frångå det som utredningen kom fram till. Tingsrätten anförtrodde vårdnaden åt pappan ensam.

Mamman överklagade till hovrätten och yrkade på ensam vårdnad. Hovrätten menade att mammans berättelser om flera händelser med misshandel och hot var trovärdiga och fått stöd av barnens uttalanden i utredningen. Man menade vidare att pappans förklaringar till de olika incidenterna var föga trovärdiga. Pappan har visat ett behov av att utöva kontroll och makt över mamman och barnen både före och efter separationen, bland annat genom att inte låta mamman prata med barnen i telefon. Det som lagts mamman till last i tingsrätten låg enligt hovrätten i det förgångna och hon har förbättrat sin situation avsevärt. Hovrätten menade att det fanns en risk för att barnen skulle ta skada av att vara i pappans vård och att det därför inte var lämpligt att han fick fortsatt ensam vårdnad. Gemensam vårdnad var utesluten med tanke på föräldrarnas oförmåga att kommunicera med varandra. Därför anförtrodde hovrätten mamman ensam vårdnad om barnen.

5 Våld inom familjen

5.1 Familjevåldets påverkan på barnet

Enligt studier som genomförts av Kommittén mot barnmisshandel har ungefär 10 procent av alla barn upplevt våld i hemmet åtminstone någon gång och ungefär 5 procent upplever det ofta.¹¹⁷

Förhållandet mellan föräldrarna påverkar barnets möjligheter att växa upp i en trygg miljö. Om den ena föräldern utsatt den andra föräldern för våld eller andra övergrepp kan den utsatta förälderns rädsla och oro påverka möjligheten att tillgodose barnets behov av trygghet och omsorg.¹¹⁸

Barnombudsmannen menar att det inte är ovanligt att våldet drabbar mer än en familjemedlem och att om en förälder blivit misshandlad kan även barnet ha varit utsatt för det. Barn som inte själva blir slagna men bevittnar våldet utsätts för psykiskt våld, vilket kan vara mycket traumatiskt.¹¹⁹

I takt med att samhället och dess syn på barn förändras, förändras även synen på vad som medför att barn far illa.¹²⁰ Kommittén mot barnmisshandel föreslog en definition av barnmisshandel i sitt betänkande, men i den efterföljande propositionen som i viss utsträckning byggde på kommitténs förslag ansåg man inte att det var möjligt att fastställa en definition utan den beskrivning som kommittén utarbetat skulle användas som ett hjälpmedel och bidra till en samsyn.¹²¹

Barnombudsmannen menar att lagstiftning om barn som brottsoffer är viktig inte minst för attityder i samhället.¹²² I Barnkonventionen art 19 stadgas att konventionsstaterna skall vidta alla lämpliga åtgärder för att skydda barnet mot alla former av fysiskt och psykiskt våld, skada eller övergrepp när barnet är i föräldrarnas, vårdnadshavares eller annan persons vård. I samband med ändringar av FB 6 kapitel år 1991 anfördes i förarbetena¹²³ att man i bedömningen av vårdnadsfrågan i det enskilda fallet måste vara mycket lyhörd och att en förälders motstånd mot gemensam vårdnad inte bara bör tolkas som en vilja att inte låta den andra föräldern upprätthålla en nära och god kontakt med barnet utan att det även kan vara ett sätt för den ena föräldern att skydda barnet från den andra föräldern om det har förekommit våld och trakasserier i familjen.¹²⁴ I SOU 1995:79 påpekade

¹¹⁷ SOU 2001:72, s 26.

¹¹⁸ Sjösten 2003, s 57.

¹¹⁹ Nyberg, Fyra av tio våldsdömda får gemensam vårdnad om barn.

¹²⁰ Ewerlöf, Sverne och Singer 2004, s 91.

¹²¹ Ewerlöf, Sverne och Singer 2004, s 92.

¹²² Nyberg, Barnkonventionen - Barn som brottsoffer.

¹²³ Proposition 1990/91:8, s 34.

¹²⁴ SOU 1995:79, s 82 f.

vårdnadskommittén att det var viktigt att den föreslagna ändringen som innebar att domstolen skulle kunna döma till gemensam vårdnad även mot den ena föräldrarnas vilja inte fick leda till att man inte tar hänsyn till den ena föräldrarnas motstånd mot gemensam vårdnad. Detta med tanke på att det kan vara så att motståndet kan bero på att föräldern vill skydda barnet och om det finns en risk att barnet far illa måste domstolen beakta den risken.¹²⁵

Maria Eriksson konstaterar i sin avhandling (som behandlar hanteringen av faders våld mot familjemedlemmar)¹²⁶ att det i förarbetena nämns att det finns fall då gemensam vårdnad mot den ena föräldrarnas vilja inte är lämplig, men är kritisk till att dessa fall diskuteras väldigt kortfattat. Eriksson menar att Vårdnadstvistutredningen nöjt sig med att konstatera att det finns fall då gemensam vårdnad inte skall anses vara till barnets bästa, men att man inte alls berör frågan om vilka risker faderns våld mot modern kan medföra för barnet, eller vad forskning och praktiska erfarenheter säger om hur ärenden där fadern är våldsam mot moder bäst kan hanteras för att trygga barnen.¹²⁷

5.2 Straffrättsliga konsekvenser av att barn bevittnar våld i hemmet

Frågan om hur våld inom familjen påverkar barn är mycket aktuell. Problematiken lyftes fram i maj 2005 i en kontroversiell dom från Huddinge Tingsrätt.¹²⁸ Domen rörde en man som var åtalad för bland annat grov kvinnofridskränkning av sin hustru och för grov fridskränkning av sina tre söner. Mannen och kvinnan var gifta och bodde tillsammans med sina tre barn. Enligt åtalet hade mannen under tiden från år 2000 till mars 2005 vid ett antal tillfällen misshandlat, hotat och ofredat kvinnan, vilka gärningar var och en utgjort led i en upprepad kränkning av hennes integritet och har varit ägnade att allvarligt skada hennes självkänsla. Mannen åtalades även för att ha kränkt sina tre söner genom att vid ett stort antal tillfällen låtit barnen bevittna det upprepade våld och de många hot han utsatt barnens mamma för, samt vid ett antal tillfällen ha hotat, misshandlat och ofredat barnen. Mannen ska bland annat vid ett tillfälle ha utdelat flera knytnävsslag mot en av sönerna som låg på sin mamma i avsikt att skydda henne mot mannens pågående misshandel. Tingsrätten lade stor vikt vid kvinnans berättelse och menade att hon hade hög trovärdighet. Man menade vidare att hennes berättelse även fick stöd i det som barnen uppgett i polisförhör. Enligt tingsrätten gav alla tre barnen ett intryck av att vilja tona ner händelserna. Barnen berättade dock trots detta om hur de sett mamma och pappa bråka med varandra och att pappa brukat våld mot mamma, både slag och

¹²⁵ SOU 1995:79 s 82.

¹²⁶ Eriksson 2003, s 81.

¹²⁷ Eriksson 2003, s 82.

¹²⁸ Rättsfallet är ännu inte publicerat i NJA men har målnummer HD B 3193-05 (rättsfallets målnummer i Huddinge Tingsrätt är B 142-05, och i Svea Hovrätt B 3529-05).

dragningar i håret. Alla barnen uppfattade att detta förekom en till två gånger i månaden. Tingsrätten dömde mannen bland annat för grov fridskränkning av barnen. Man menade att mannens beteende enligt vanliga värderingar kan sägas utgöra en kännbar fridskränkning. Man uttalade i domen att det är möjligt att en gärning som innebär att man vid något enstaka tillfälle låter barn bevittna misshandel av en förälder från den andra förälderns sida inte kan anses vara fridskränkning av barnen. Däremot att såsom i det här fallet vid ett mycket stort antal tillfällen i hemmet utsätta barnen för detta måste anses utgöra en allvarlig och kännbar fridskränkning för barnen. Det sammanlagda straffet blev tre och ett halvt års fängelse.

Domen överklagades till hovrätten som inte gick på tingsrättens linje. Svea Hovrätt fann i domen från den 12:e juli att det faktum att barnen tvingats bevittna brotten mot modern inte innebar att de ska ses som brottsoffer och att barnen därför inte varit utsatta för ofredande. Man fastställde dock påföljden på tre och ett halvt års fängelse med tanke på att mannens brottslighet i övrigt varit så omfattande. När det gällde frågan om grov fridskränkning av barnen ansåg hovrätten, precis som tingsrätten, att det är styrkt att pappan som åklagaren gjort gällande vid flera tillfällen hotat, misshandlat och ofredat de tre barnen och att dessa händelser är tillräckliga för att de sammantagna skall bedömas som grov fridskränkning. När det gällde åtalspunkten att pappan vid ett stort antal tillfällen låtit barnen bevittna det upprepade våld och de många hot pappan utsatt mamman för gjorde hovrätten dock inte samma bedömning som tingsrätten. Frågan var om pappan genom vad som beskrivits i åtalspunkten gjort sig skyldig till att uppsåtligt ha ofredat barnen med ett hänsynslöst beteende.¹²⁹ Hovrätten anförde att tolkningen av en straffbestämmelse alltid måste ske restriktivt och att även om det kan anses hänsynslöst att låta ett barn bevittna den ena föräldern utöva våld mot den andra föräldern så finns det inget stöd i lag eller praxis för att en person som har bevittnat ett brott därigenom blivit straffrättsligt ofredad. Man tog även upp att det särskilt fridsstörande momentet att barn bevittnar den ena förälderns misshandel av den andra föräldern har uppmärksamats allt mer under senare tid. Som exempel på detta tog man en lagändring som trädde i kraft 2003 som innebar att den omständigheten att ett brott varit ägnat att skada tryggheten och tilliten hos ett barn i dess förhållande med närstående person, infördes som särskild straffskärpningsgrund.¹³⁰ Man tar även upp ett förslag till ändring i Brottskadelagen (1978:413) som skulle innebära att barn som bevittnar våld mot närstående skall ha rätt till ersättning från staten, då dessa barn kan ha lika stort behov av upprättelse och stöd som barn som själva drabbats av brott. Hovrätten menade att mot bakgrund av att en straffbestämmelse alltid skall tolkas restriktivt och att brottsligheten i den aktuella åtalspunkten inte kan anses vara riktad mot barnen. Därför kunde man inte bifalla denna åtalspunkt.

¹²⁹ I enlighet med BrB 4 kapitel 7 §.

¹³⁰ BrB 29 kapitlet 2 § p 8.

Därefter överklagades domen till HD.¹³¹ Mannen yrkade i HD på att åtalet skulle ogillas i sin helhet och åklagaren yrkade att åtalet skulle bifallas även på den åtalspunkten att barnen tvingats bevittna våldet. HD fann det styrkt att pappan gjort sig skyldig till det som anförts i åtalet mot barnen. Det faktum att det för barn generellt sett innebär en allvarlig påfrestning att bevittna våld som den ena föräldern utsätter den andra föräldern för inte kan betvivlas. Det står klart att, med tanke på vad sönerna har berättat i förhör, det våld de bevittnat har varit förenat med starkt obehag. HD anförde att trots att pappan hade varit helt likgiltig för vad han utsatte sina barn för genom sitt hänsynslösa beteende skulle det vara en pressad tolkning av straffbestämmelsen, som inte skulle ha stöd i förarbetena, om han skulle kunna anses ha gjort sig skyldig till ofredande genom att låta barnen bevittna våldet mot mamman. Man framhåller även i HD den straffskärpningsgrunden som kan bli tillämplig när ett brott varit ägnat att skada tryggheten och tilliten hos ett barn i dess förhållande med närstående person. HD ansåg inte att den omständigheten att pappan misshandlat mamman inför barnet skulle bedömas som en särskild gärning men man fastställde hovrättens domslut såvitt avser de andra händelserna.

¹³¹ Mål HD B 3193-05.

6 Utvärdering av vårdnadsreformen

6.1 Vårdnadskommitténs uppdrag

I juni 2002 tillsattes en kommitté för att utvärdera 1998 års vårdnadsreform. Enligt direktivet¹³² skulle kommittén undersöka hur de nya reglerna om vårdnad tillämpats av domstolar och socialnämnder, samt ta ställning till om reglerna bör ändras för att vårdnadsreformens grundläggande syften skall uppfyllas. Man skulle särskilt titta på tillämpningen i fall då det förekommit övergrepp eller misstanke om detta. Kommittén fick även i uppgift att överväga om de regler som idag gäller för beslutsfattande vid gemensam vårdnad är lämpligt utformade mot bakgrund av förutsättningarna att besluta om gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja. Man skulle i sitt arbete eftersträva att regelsystemet blir utformat på ett sätt som gör att gemensam vårdnad fungerar i det dagliga livet utan att man gör för stora avsteg från principen att föräldrar med gemensam vårdnad skall kunna enas om det som rör barnet. Kommittén skulle när det gäller frågan om gemensamma beslut lägga särskild vikt vid frågan om boförälderns rätt att flytta med barnet, barnets skolgång och möjligheter till hälso- och sjukvård, de vårdnadsfrågor där kravet på gemensamma beslut kan innebära problem i praktiken.¹³³

Resultatet av kommitténs utredning presenterades i SOU 2005:43.

6.2 Vårdnadsfrågan

6.2.1 Samarbetssvårigheter

Vårdnadskommittén menar i betänkandet att det är en grundläggande förutsättning för gemensam vårdnad att föräldrarna kan samarbeta med varandra och inte använda den gemensamma vårdnaden för att utöva makt i den egna konflikten. Föräldrarna måste dock inte vara överens i alla avseenden som rör barnet men föräldrarna måste kunna hantera sina meningsskiljaktigheter på ett sätt som inte går ut över barnet. Det är viktigt för barnets utveckling att vårdnadshavare kan bidra till fortlöpande förändringar i barnets situation, vilket inte kan göras om man är fast i ett läge som inte går att förändra på grund av att man vill minimera konflikter mellan föräldrarna. Man anser i utredningen att gemensam vårdnad endast

¹³² Direktiv 2002:89.

¹³³ SOU 2005:43 del A, s 25.

skall vara ett alternativ om det kan antas att föräldrarna kan samarbeta i frågor som rör barnet. Man vill därmed sänka gränsen för hur mycket samarbetssvårigheter föräldrarna kan ha och ändå få gemensam vårdnad om sina barn. Kommittén anser att gemensam vårdnad är oförenlig med barnets bästa i alla fall där det föreligger ”reella samarbetssvårigheter”.¹³⁴ Om den ena föräldern motsätter sig gemensam vårdnad anser kommittén att man inte skall göra en bedömning som bygger på en presumtion om vad som är bäst för barnet, utan att en nyanserad bedömning som bygger på en helhetsbedömning av barnets situation och behov skall göras.¹³⁵ Ur ett barnperspektiv måste det vara en grundläggande förutsättning för gemensam vårdnad att föräldrarna inte har svårt att samarbeta, med hänvisning till forskning som visar att barnet får sämre psykisk hälsa vid gemensam vårdnad än vid ensam vårdnad om föräldrarna har starka konflikter.¹³⁶ Kommittén föreslår att ”domstolen får besluta om gemensam vårdnad endast om det kan antas att föräldrarna kan samarbeta i frågor som rör barnet”.¹³⁷

Kommittén föreslår att FB 6 kap 5 § får en ny lydelse. ” Står barnet under vårdnad av båda föräldrarna eller en av dem och vill någon av dem få ändring i vårdnaden, skall rätten förordna att vårdnaden skall vara gemensam eller anförtro vårdnaden åt en av föräldrarna. *Avgörande skall vara enbart vad som är bäst för barnet.* Rätten får besluta om gemensam vårdnad *endast om det kan antas att föräldrarna kan samarbeta i frågor som rör barnet* och *inte* båda föräldrarna motsätter sig *gemensam vårdnad.*”¹³⁸

6.2.2 Våld eller övergrepp inom familjen

När det gäller frågan om våld eller övergrepp inom familjen är kommitténs inställning att en sådan omständighet alltid innebär en allvarlig risk för barnets hälsa. Man menar att det föreligger en risk för barnets hälsa oavsett om övergreppet har riktats direkt mot barnet eller mot ett syskon eller mot den andra föräldern, eftersom barnet har liten möjlighet att bedöma risken att själv drabbas. När en förälder som skall stå för barnets trygghet utövar våld mot någon i familjen rycks den tryggheten bort för barnet, vilket är mycket allvarligt. Kommittén föreslår därför att i fall där en förälder utsätter en familjemedlem för våld eller annan kränkande behandling skall gemensam vårdnad inte vara ett alternativ. Man menar dock att det kan göras undantag från den principen. Undantag skall endast komma ifråga om

¹³⁴ SOU 2005:43 del A s 27.

¹³⁵ SOU 2005:43 del A s 112 f.

¹³⁶ SOU 2005:43 del A s 116, kommittén hänvisar till forskningssammanställningen ”Risk och prognos i socialt arbete med barn” av Lagerberg & Sundelin.

¹³⁷ SOU 2005:43 del A s 114.

¹³⁸ SOU 2005:43 del A, s 60.

utredningen i målet visar att det inte föreligger någon risk för att barnet far illa.¹³⁹

Man har i betänkandet vidare föreslagit att om socialnämnden får reda på att ett barn riskerar att fara illa ska en utredning alltid skyndsamt utföras och ställning tas till om ytterligare åtgärder behövs, exempelvis en domstolsprövning av vårdnaden.¹⁴⁰

Vårdnadskommittén föreslår att FB 6 kap 2 a § formuleras om för att förtydliga att risken för att ett barn far illa alltid skall vägas in vid bedömning av vad som är bäst för barnet. Det har enligt kommittén visat sig att domstolar många gånger tillämpar bestämmelsen i FB 6 kap 2 a § på ett sätt så att barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna vägt tyngre än risken att barn far illa. En grundläggande utgångspunkt måste enligt betänkandet vara att alla barn under alla omständigheter har rätt att slippa bli utsatta för våld, övergrepp eller annan kränkande behandling av en närstående.¹⁴¹

Man föreslår även en ändrad lydelse av FB 6 kap 2a §. ”Vid bedömningen av vad som är bäst för barnet skall det fästas särskilt avseende vid *risken för att barnet far illa genom att barnet, eller någon annan familjemedlem, utsätts för övergrepp, olovligen förs bort eller hålls kvar eller annars behandlas kränkande, samt* barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna.¹⁴²

6.3 Tvistlösning inom ramen för beslutanderätten

En av kommitténs uppgifter var att överväga om de regler om beslutsfattande som gäller idag vid gemensam vårdnad är lämpligt utformade mot bakgrund av förutsättningarna att besluta om gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja.

Redan i tidigare utredningar har man diskuterat en utökad tvistlösning i domstol.¹⁴³ Vårdnadstvistutredningen kom dock fram till att om man skulle utöka användandet av domstolen för konfliktlösning så skulle man gå emot målsättningen med lagstiftningen, det vill säga att få föra bort tvister från domstolarna och att föräldrar så långt som möjligt ska komma överens i frågor som rör barnet.

När det gäller bestämmanderätten inom ramen för gemensam vårdnad konstaterar kommittén att gemensam vårdnad bygger på att föräldrarna ska

¹³⁹ SOU 2005:43 del A s 27 och s 116 f.

¹⁴⁰ SOU 2005:43 del A, s 28.

¹⁴¹ SOU 2005:43 del A, s 30 f.

¹⁴² SOU 2005:43 del A, s 59 f.

¹⁴³ Se SOU 1995:79, s 83.

samarbeta i alla frågor som rör barnet, och att bestämmanderätten därför inte bör regleras närmare. En reglering skulle ”gå stick i stäv med strävandena att främja samförståndslösningar”. Man menar vidare att det skulle urholka den gemensamma vårdsnaden om man gav boföräldern rätt att besluta i fler frågor än idag. En möjlighet till tvistlösning skulle enligt betänkandet innebära att fler frågor kan göras till processer, vilket inte skulle vara bra för barnet. Med hänsyn till det anförda föreslår kommittén ingen ändring i reglerna om bestämmanderätten vid gemensam vårdnad.¹⁴⁴ Man menar dock att det är viktigt att barnet får tillgång till den hälso- och sjukvård det behöver även om den ena vårdnadshavaren motsätter sig detta och att denna fråga bör utredas närmare.¹⁴⁵ Om domstolen bedömer att föräldrarnas oenighet i en viss fråga får så negativa konsekvenser för barnet att det är bättre om den ena föräldern har ensam vårdnad om barnet skall den gemensamma vårdsnaden upplösas.¹⁴⁶

Vårdnadskommittén har i enlighet med ett tilläggsdirektiv¹⁴⁷ diskuterat förslag på hur man skulle kunna lösa problemen som uppstår då föräldrar med gemensam vårdnad inte kan enas i frågor som rör barnet. Man har tagit upp den norska modellen att ge boföräldern rätt att ensam besluta i vissa frågor, men menar att den med största sannolikhet skulle medföra fler konflikter mellan föräldrarna. Inte heller att en annan myndighet än domstol avgör tvistiga frågor anses vara ett bra alternativ. Att domstolen, som i England, skulle besluta om tvistiga frågor menar kommittén vara ett mer eller mindre bra alternativ beroende på vilken fråga föräldrarna är oense om.¹⁴⁸ I Finland har man löst problemet genom att domstolen kan besluta om uppgiftsfördelning mellan föräldrarna, en modell som enligt vårdnadskommittén har en fördel framför de andra diskuterade, nämligen att den kan användas oavsett vilken fråga det är föräldrarna tvistar om.¹⁴⁹

6.4 Ett par remissinstanser

Juridiska Fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet anför i sitt remissvar att förslaget innebär ett byte av perspektiv, från att ha sett den gemensamma vårdsnaden som norm till att nu se gemensam vårdnad som ett alternativ endast om föräldrarna kan antas samarbeta. Man menar att förslaget på ett tydlig sätt sätter barnets bästa i centrum och att detta är ett viktigt steg framåt. Juridiska Fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet har i sitt remissvar till stora delar ställt sig bakom det utredningen kommit fram till, men framfört en avvikande synpunkt vad gäller frågan om beslutanderätten inom gemensam vårdnad. Man menar till skillnad från kommittén att en möjlighet till tvistlösning inom den gemensamma vårdsnaden skulle minska

¹⁴⁴ SOU 2005:43 del A, s 28.

¹⁴⁵ SOU 2005:43 del A, s 135.

¹⁴⁶ SOU 2005:43 del A, s 138.

¹⁴⁷ Direktiv 2005:35.

¹⁴⁸ SOU 2005:43 del A, s 144 ff.

¹⁴⁹ SOU 2005:43 del A, s 148 ff.

möjligheterna för föräldrarna att använda den gemensamma vårdsnaden för att utöva makt över den andra föräldern. Om det finns en möjlighet till tvistlösning skulle kravet på föräldrarnas samarbetsförmåga inte ställas lika högt.¹⁵⁰

Barnombudsmannen välkomnar i sitt remissvar utredningens förslag att gemensam vårdnad bör vara utesluten om en förälder utsätter en annan familjemedlem för våld eller annan kränkande behandling. Man menar att förslaget står i överensstämmelse med Barnkonventionens artikel 19, som stadgar att barn har rätt till skydd mot alla former av fysiskt och psykiskt våld. Man är dock tveksam till om kommitténs intentioner framgår tillräckligt tydligt för att få önskad effekt. Barnombudsmannen anser att gemensam vårdnad i princip alltid ska vara utesluten om det förekommit våld i familjen och att lagstiftningen bör visa att det är en stark huvudregel. Barnombudsmannen anser precis som kommittén att föräldrars samarbetsproblem kan leda till att barnets behov inte tillgodoses. Därför är det viktigt att inte döma till gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja om föräldrarna inte kan samarbeta i frågor som rör barnen. När det gäller frågan om bestämmanderätten inom ramen för gemensam vårdnad anser barnombudsmannen att det finns anledning att snarast utreda hur reglerna ska utformas för att tillgodose barns behov och rättigheter. Det är generellt sett bra för barnet att båda föräldrarna om de har gemensam vårdnad fattar viktiga beslut rörande barnet tillsammans, men i vissa fall måste en förälder ensam kunna fatta beslut. Som exempel tar man att beslut bör kunna fattas utan båda föräldrarnas godkännande vid medicinska och barnpsykiatriska undersökningar eller behandlingar. Man anser att det är olyckligt att kommittén inte lyckats hitta någon lösning på det problemet.¹⁵¹

¹⁵⁰ Remissvar från Juridiska Fakultetsstyrelsen vid Lunds Universitets.

¹⁵¹ Remissvar från Barnombudsmannen.

7 Analys

7.1 Barnets bästa i vårdnadsreformen och i vårdnadskommitténs betänkande

Genom 1998 års vårdnadsreform blev det möjligt för domstolar att döma till gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja under förutsättning att det är i enlighet med barnets bästa. Gemensam vårdnad var innan reformen en frivillig vårdnadsform som endast kunde användas om båda föräldrarna ville det. De nya reglerna, som syftade till att främja ett gott förhållande mellan barn och båda föräldrarna samt betona vikten av samförståndslösningar, var enligt regeringen ett viktigt led i utvecklingen mot en starkare betoning av barnets intressen.

Något som hade betydelse för 1998 års reform var pappagruppens arbete för en mer jämställd vårdnadslagstiftning och pappors rätt att få delta i föräldraskapet. Man ville betona barnets behov av båda föräldrarna.¹⁵² I strävan mot en jämställd lagstiftning lades stor vikt vid föräldrarnas intressen, och båda föräldrarnas möjligheter att få delta i den gemensamma vårdnaden ansågs även vara det bästa för barnet.

Den enda erfarenheten man vid 1998 års reform hade av gemensam vårdnad var från tiden när denna vårdnadsform var frivillig. Gemensam vårdnad var då en mindre konfliktfylld vårdnadsform som i många fall var bra med hänsyn till barnets bästa. I förarbetena till vårdnadsreformen saknades en utförlig utredning av vilka konsekvenser införandet av gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja skulle kunna ha för barnet. Lagstiftaren hänvisade inte till någon vetenskaplig forskning som visat att gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja är bättre för barnet än ensam vårdnad.¹⁵³

2002 års vårdnadskommitté har i sitt förslag fjärmat sig från föräldrarnas perspektiv och istället enbart koncentrerat sig på hur man kan uppnå barnets bästa i vårdnadsregleringen. Med den erfarenheten man har idag av vilka konsekvenser gemensam vårdnad som norm fått ur ett barnperspektiv har kommittén föreslagit ändringar som på ett tydligt sätt sätter barnets bästa i centrum. Istället för att utgå ifrån att gemensam vårdnad är det bästa för barnet har man tittat på vilka olika konsekvenser gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja kan få för barnet. Man hänvisar bland annat till forskning som visar att barnet får sämre psykisk hälsa vid gemensam vårdnad än ensam vårdnad om föräldrarna har starka konflikter.¹⁵⁴ Det är viktigt att ha en jämställd vårdnadslagstiftning men det får inte genomföras

¹⁵² Ds 1995:2.

¹⁵³ Se härom i Schiratzki JT 1997-98, s 1140.

¹⁵⁴ Se ovan kapitel 6.2.

på bekostnad av barnets bästa. Barnets bästa måste, precis som förts fram av 2002 års vårdnadskommitté, vara den viktigaste principen vid frågor som rör barnet.

7.2 Betydelsen vid avgörande av vårdnadsfrågan av att det förekommit våld inom familjen

I förarbetena till 1998 års vårdnadsreform angavs att gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja kan vara olämplig om den ena föräldern har utsatt barnet eller den andra föräldern för våld. Regeringen menade dock att en bedömning måste göras i varje enskilt fall och att gemensam vårdnad inte skall vara utesluten på grund av att det förekommit övergrepp inom familjen. Någon närmare diskussion om familjevåldets påverkan på barnet fanns inte med i förarbetena. På grund härav har domstolarna haft ett stort handlingsutrymme när det gäller frågan om i vilka fall gemensam vårdnad skall anses olämplig på grund av att det förekommit våld i familjen.

Enligt vårdnadskommitténs undersökning av tingsrättsdomar från 2002 dömdes det till gemensam vårdnad i mindre utsträckning i de fall där det förekom påståenden om övergrepp än i de fall där det inte förekom påståenden om övergrepp. I 47 procent av fallen med påstådda övergrepp beslutade tingsrätten om gemensam vårdnad och i 62 procent av fallen där det inte fanns påståenden om övergrepp. Även om man ser en skillnad så är den inte så stor. Barnombudsmannens studie av tingsrättsdomar från samma år visar att det dömdes till gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja i 43 procent av de fall där det fanns en fällande dom i brottmål för våld inom familjen. Med hänvisning till resultatet av undersökningen menar barnombudsmannen att vårdnadsreformen verkar ha inneburit att det i fler fall än som avsågs med den nya lagstiftningen döms till gemensam vårdnad om barnet i mål där det finns uppgifter om våld i familjen. Enligt HD:s praxis innebär det förhållandet att den ena föräldern är dömd för misshandel av den andra föräldern inte att den föräldern är olämplig som vårdnadshavare. En sådan händelse kan dock tillsammans med andra förhållanden, till exempel svårigheter att samarbeta, innebära att gemensam vårdnad är olämplig. Det är svårt att i gällande rätt se var gränsen går för hur mycket våld som får användas vid hur många tillfällen för att gemensam vårdnad skall vara olämplig.

Föräldrarnas förhållande påverkar barnets möjligheter till en trygg uppväxtmiljö och en förälder som utsatts för övergrepp av den andra föräldern och känner oro och rädsla kan vid gemensam vårdnad vara dåligt rustad för att tillgodose barnets behov av trygghet och omsorg. Det är mycket svårt att tänka sig att ett sådant förhållande kan vara det bästa för barnet.

Målet HD B 3193-05 visar på de straffrättsliga konsekvenserna av att ett barn tvingas bevittna våld i hemmet. HD konstaterade att det inte kan betvivlas att det för barn generellt sett innebär en allvarlig påfrestning att bevittna våld som den ena föräldern utsätter den andra föräldern för. Man hänvisade även till en straffskärpningsgrund som infördes i BrB 2003 och innebär att den omständigheten att ett brott varit ägnat att skada tryggheten och tilliten hos ett barn i dess förhållande med närstående person skall beaktas vid bedömningen av påföljden. Även om HD inte ansåg att det fanns utrymme i straffrättsliga bestämmelser att döma pappan för ofredande av barnen och se händelsen som ett led i en grov fridskränkning, har rättsfallet skapat en viktig debatt om hur barn som lever i familjer där det förekommer våld drabbas.

När det gäller frågan om våld eller övergrepp inom familjen är vårdnadskommitténs inställning att det alltid innebär en allvarlig risk för barnets hälsa. Kommittén föreslår i sitt betänkande att gemensam vårdnad inte skall vara ett alternativ i fall där en förälder utsätter en annan familjemedlem för våld eller annan kränkande behandling. Undantag får enligt kommitténs förslag endast göras om utredningen i målet visar att det inte föreligger någon risk för att barnet far illa. Förslaget är bra och innebär att man lägger ett barnperspektiv på frågan och därmed större vikt vid hur barnet påverkas i sådana situationer. Nu måste man visa att barnet inte riskerar att fara illa till skillnad från hur det har varit efter vårdnadsreformen, att gemensam vårdnad har ansetts vara det bästa för barnet om man inte visat på särskilda skäl som talar emot den vårdnadsformen.

7.3 Betydelsen av föräldrars samarbetssvårigheter vid avgörande av vårdnadsfrågan

I förarbetena till vårdnadsreformen konstaterades att gemensam vårdnad inte skall anses vara till barnets bästa om det föreligger en konflikt mellan föräldrarna som är så svår och djup att det är omöjligt för dem att samarbeta i frågor som rör barnet. Någon närmare förklaring till hur allvarliga samarbetssvårigheter man menade angavs inte.

I HD lade man ribban högt när det gäller frågan om hur allvarliga samarbetssvårigheter skall vara för att man inte bör döma till gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja. I NJA 1999 s 451 anförde HD att lagstiftaren efter vårdnadsreformen förutsätter att gemensam vårdnad normalt är till barnets bästa och att vårdnaden skall anförtros den ena föräldern ensam endast om det framkommer särskilda skäl som talar mot gemensam vårdnad. I det här fallet konstaterade HD att det förekommit samarbetssvårigheter mellan föräldrarna som lett till att deras samarbete rörande barnen inte löpt friktionsfritt. Man menade dock att föräldrarnas meningsskiljaktigheter inte var av sådant slag som enligt förarbetena skulle

leda till att man inte borde döma till gemensam vårdnad. I NJA 2000 s 345 klargjorde HD hur omfattande samarbetssvårigheter skall vara för att man inte skall döma till gemensam vårdnad. Att den ena föräldern var dömd för misshandel av den andra föräldern och hade ålagts besöksförbud skulle enligt HD inte innebära att den föräldern var olämplig som vårdnadshavare, men det skulle ses som ett exempel på föräldrarnas svårighet att lösa problem som rör barnen.

I avgöranden från hovrätterna finns exempel på att allvarliga samarbetssvårigheter lett till såväl ensam som gemensam vårdnad mot en förälders vilja. I RH 1999:100 dömde hovrätten till ensam vårdnad med hänvisning till föräldrarnas djupa konflikt. I RH 1999:13 menade hovrätten att föräldrarnas konflikt och obefintliga kommunikation hade varit mycket destruktiv för barnen. Om mamman även i fortsättningen skulle ha ensam vårdnad förelåg enligt hovrätten dock en påtaglig risk att föräldrarna inte skulle inse vikten av att de för barnens skull måste börja samarbeta. Hovrätten ansåg att ett påtvingat gemensamt ansvar för barnen skulle få föräldrarna att börja samarbeta, vilket skulle gagna barnen, och att mammans motstånd mot gemensam vårdnad därför inte var godtagbart med utgångspunkt i barnens intressen. Att tvinga föräldrar att samarbeta genom gemensam vårdnad trots att det föreligger en svår konflikt dem emellan kan enligt min mening inte vara i enlighet med barnets bästa. Om ingenting förändras i föräldrarnas förhållande kommer den gemensamma vårdnaden sannolikt att leda till att föräldrarna inte heller i fortsättningen kommer att kunna enas i viktiga frågor som rör barnet. Då hamnar man i en situation där varje fråga kommer att innebära en konflikt och sannolikt kommer det då inte att fattas några beslut alls. Då menar jag att det måste vara bättre för barnet att den ena föräldern får ensam vårdnad om barnet och att barnets behov av den andra föräldern säkerställs genom ett omfattande umgänge om det är vad som är bäst för barnet i just det fallet.

Enligt vårdnadskommitténs undersökning dömdes det till gemensam vårdnad i 55 procent av de 178 undersökta fallen. I de fall som det dömdes till gemensam vårdnad hade vårdnaden även innan domen varit gemensam i nästan tre fjärdedelar av fallen, det vill säga att det i de fallen dömdes till gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja. Den vanligaste motiveringen till att man dömdes till gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja var att föräldrarnas samarbetssvårigheter inte var så allvarliga att de uppvägde det positiva med gemensam vårdnad. I 13 av fallen hänvisades till att föräldrarnas samarbetssvårigheter var så allvarliga att om den ena föräldern fick ensam vårdnad var det stor risk att barnet skulle tappa kontakten med den andra föräldern, eller att ingen av dem blir utelämnad till den andras goda vilja om de får gemensam vårdnad. Det är anmärkningsvärt att man har resonerat på det sättet, och visar precis som domen i RH 1999:13 att man tror att man kan tvinga föräldrar att samarbeta genom att ge dem gemensam vårdnad.

Det finns forskning som visar att barnet får sämre psykisk hälsa vid gemensam vårdnad än vid ensam vårdnad om föräldrarna har starka

konflikter.¹⁵⁵ Vårdnadskommittén föreslår en lagändring för att sänka ribban när det gäller frågan om hur allvarliga samarbetsvårigheter mellan föräldrarna ska vara för att man ska döma till ensam vårdnad. Man föreslår att det endast skall dömas till gemensam vårdnad om det kan antas att föräldrarna kan samarbeta och att det inte skall dömas till gemensam vårdnad om det föreligger ”reella samarbetsvårigheter” mellan föräldrarna. Någon mer utförlig förklaring av vad man menar med ”reella samarbetsvårigheter” lämnas inte. Det är viktigt med tydliga bestämmelser när det gäller i vilka fall man ska kunna döma till gemensam vårdnad, särskilt med tanke på att man inte vill införa någon form av konfliktlösning i fall där föräldrar med gemensam vårdnad inte kan komma överens. Om kommitténs förslag går igenom kommer det sannolikt att innebära att det inte döms till gemensam vårdnad i lika stor utsträckning. Förslaget skulle kunna innebära att föräldrar som inte kan enas i en grundläggande fråga, till exempel om barnet ska flytta med boföräldern, kan begära ensam vårdnad på den grunden att det föreligger reella samarbetsvårigheter.

7.4 Gemensamma beslut

Vårdnadstvistutredningen föreslog ett förtydligande i lag om vad som ingår i den dagliga omsorgen som boföräldern ensam får besluta om. Regeringen menade dock att det inte framkommit att frågan i praktiken vållat sådana konflikter att det skulle finnas ett behov av en lagregel. Man menade vidare att en lagregel snarare skulle stärka än lösa konflikterna.

Föräldrars beslutanderätt ser idag likadan ut för föräldrar som bor tillsammans som för föräldrar som har skilt sig och inte bor tillsammans längre, med undantag för den dagliga omsorgen. Att vi även efter vårdnadsreformen tillämpar samma regler om gemensam beslutanderätt för föräldrar med gemensam vårdnad som gällde när gemensam vårdnad var ett frivilligt val skapar en del problem. Innan vårdnadsreformen genomfördes kunde föräldrar endast få gemensam vårdnad om de var överens om det och då var det naturligt att man kom överens i andra frågor också. Kunde man inte enas var det bara att begära ändring i vårdnaden. Idag är det svårt att få ensam vårdnad om den ena föräldern vill ha gemensam vårdnad. Kravet på att föräldrar skall enas i viktiga frågor som rör barnet kan skapa konflikter om föräldrarna inte vill samma saker. Det kan i sin tur leda till att inga beslut tas alls eller att dåliga beslut kompromissas fram. Om föräldrarna har hamnat i en situation där de inte kan enas finns det i princip ingen möjlighet för dem att vända sig någonstans för att få ett avgörande i frågan. Den förälder som exempelvis vill flytta med barnet för att jobba någon annanstans tvingas bo kvar om den andra föräldern inte går med på flytten. Det kan innebära att barnet går miste om bättre levnadsförhållanden. Det är viktigt för barnets välfärd och utveckling att föräldrarna kan fatta beslut i frågor som rör barnet.

¹⁵⁵ Se ovan kapitel 6.2.1.

Vårdnadskommittén föreslår att reglerna om den gemensamma beslutanderätten inte bör ändras. Man anför att vissa frågor behöver utredas närmare. I betänkandet diskuterar kommittén att, som i den norska modellen, ge boföräldern en utökad beslutanderätt. Det avfärdas dock eftersom det enligt kommittén med största sannolikhet skulle medföra fler konflikter mellan föräldrarna. Det har även framförts att en sådan reglering skulle urholka den gemensamma vårdnadens betydelse. Kommittén menar att det inte heller är bra att införa möjligheter till konfliktlösning eftersom det skulle leda till fler processer, vilket lagstiftaren velat komma ifrån eftersom huvudregeln skall vara att föräldrar så långt som möjligt skall komma överens i frågor som rör barnet. Ett ökat antal processer skulle enligt kommittén inte vara i enlighet med barnets bästa. Man måste dock jämföra det med alternativet, det vill säga att inga beslut kan fattas alls i viktiga frågor som rör barnet. En sådan lösning kan inte heller vara i enlighet med barnets bästa.

Om man hade infört en möjlighet till konfliktlösning för föräldrar skulle gemensam vårdnad kunna fungera även om föräldrarna inte är överens i alla frågor som ligger inom den gemensamma beslutanderätten, och föräldrars oenighet skulle inte längre leda till att inga beslut kan fattas.¹⁵⁶ Därför menar jag att det behövs någon form av kompetensfördelning eller möjlighet till konfliktlösning i svensk rätt.

7.5 Har gemensam vårdnad blivit en allt för stark huvudregel i svensk rätt

Regeringen betonade i förarbetena till vårdnadsreformen att det är det enskilda barnets bästa som skall tillgodoses när föräldrarna tvistar om vårdnaden. Enligt praxis förutsätts efter vårdnadsreformens ikraftträdande att gemensam vårdnad normalt är till barnets bästa och att ensam vårdnad skall komma ifråga endast om det framkommer särskilda skäl som talar mot gemensam vårdnad.¹⁵⁷ Det föreligger med andra ord en presumtion för att gemensam vårdnad är det bästa för barnet. Resultatet av det kan bli att det görs en bedömning av vad som generellt anses vara bäst för de flesta barn, det vill säga att ha föräldrar som delar på ansvaret och att ha en god och nära kontakt med båda föräldrarna, och att omständigheterna i det enskilda fallet får ge vika för presumtionen. I många fall är det bäst för barnet att föräldrarna har gemensam vårdnad eftersom det, om det fungerar, främjar barnets behov av kontakt med båda sina föräldrar. Det är dock viktigt att det inte innebär att domstolarna dömer till gemensam vårdnad utan att lägga någon särskild vikt vid omständigheterna i det enskilda fallet.

I förarbetena till vårdnadsreformen angavs inte någon utförlig förklaring av hur allvarliga samarbetsvårigheter som skall föreligga mellan föräldrarna

¹⁵⁶ Se ovan kapitel 6.4.

¹⁵⁷ Se ovan kapitel 4.4.3.1.

för att gemensam vårdnad inte skall anses lämplig, eller under vilka förutsättningar våld inom familjen skall utesluta gemensam vårdnad. Oklarheterna har medfört ett stort handlingsutrymme för domstolarna i vårdnadsfall. Efter vårdnadsreformen har domstolen vid tillämpningen av reglerna om vårdnad dömt till gemensam vårdnad i ett antal fall där det funnits en fällande dom i brottmål mot en av föräldrarna för någon form av våld mot en annan familjemedlem. Det har även dömts till gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja trots ganska allvarliga samarbetssvårigheter. Domstolar har i några fall använt den gemensamma vårdnaden för att tvinga föräldrar att samarbeta, trots att man konstaterat att föräldrarnas konflikt varit mycket destruktiv för barnen. Det finns forskning som visar att barnet får sämre psykisk hälsa vid gemensam vårdnad än vid ensam vårdnad om föräldrarna har starka konflikter. I praxis har ribban lagts högt när det gäller frågan om vad som skall anses vara särskilda skäl mot gemensam vårdnad. Det är också ett stort problem att föräldrars gemensamma beslutanderätt på grund av brist på möjlighet till konfliktlösning leder till att inga beslut fattas.

Det ovan anförda talar enligt min mening för att gemensam vårdnad har blivit en allt för stark huvudregel i svensk rätt med hänsyn till vad som är bäst för barnet. De förslag som vårdnadskommittén tar upp i sitt betänkande, att gemensam vårdnad inte skall anses lämplig om det föreligger reella samarbetssvårigheter eller om den ena föräldern utsatt en annan familjemedlem för våld, kommer sannolikt att innebära att det döms till ensam vårdnad i fler fall. Om förslagen går igenom kommer huvudregeln om gemensam vårdnad inte att vara lika stark som den är idag eftersom det inte kommer att krävas lika mycket för att bryta presumtionen att gemensam vårdnad är bäst för barnet. Om det hade funnits någon form av kompetensfördelning mellan föräldrar med gemensam vårdnad eller någon möjlighet till konfliktlösning skulle gemensam vårdnad fungera bättre än vad den gör idag och denna vårdnadsform skulle då vara möjlig i flera fall.

Käll- och litteraturlförteckning

Litteratur

- Eriksson, Maria I skuggan av pappa. Familjerätten och hanteringen av fäders våld, Förlags AB Gondolin, 2003
- Ewerlöf, Göran
Sverne, Tor och
Singer, Anna Barnets bästa. Om föräldrars och samhällets ansvar, Nordstedts Juridik, femte upplagan, 2004
- Hafström, Gerhard Den svenska familjerättens historia, Studentlitteratur AB, sjätte upplagan, 1969
- Inger, Göran Svensk rättshistoria, Liber Ekonomi, fjärde upplagan, 1997
- Malmström, Åke Föräldrarätt, P.A Nordstedt & Söners Förlag, 1969
- Ryrstedt, Eva Konsensus-förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar, Juristförlaget, Lund 2002
- Saldeen, Åke Barn- och föräldrarätt, Iustus förlag, femte upplagan, 2005
- Schiratzki, Johanna Vårdnad och vårdnadstvister Nordstedts Juridik, 1997
- Schiratzki, Johanna Barnrättens grunder, Studentlitteratur, andra upplagan, 2005
- Singer, Anna Föräldraskap i rättslig belysning Iustus förlag, Uppsala 2000
- Sjösten, Mats Vårdnad, boende och umgänge Nordstedts Juridik AB, andra upplagan, 2003
- Vängby, Staffan
Walin, Gösta Föräldrabalken en kommentar del 1 (1-13 kap) Nordstedts Juridik AB, sjätte upplagan, 2001

Offentligt Tryck

SOU 1995:79	Vårdnad, boende, umgänge Vårdnadstvistutredningen
SOU 2001:72	Barnmisshandel. Att förebygga och åtgärda
SOU 2005:43	Vårdnad –boende - umgänge. Barnets bästa, föräldrars ansvar.
Proposition 1975/76:170	Lag om ändring i föräldrabalken
Proposition 1981/82:168	Om vårdnad och umgänge, m.m
Proposition 1990/91:8	Vårdnad och umgänge
Proposition 1994/95:224	Barns rätt att komma till tals
Proposition 1997/98:7	Vårdnad, boende, umgänge
Direktiv 2002:89	Vårdnad, boende och umgänge
Direktiv 2005:35	Tilläggsdirektiv till direktiv 2002:89
Lagutskottets betänkande 1997/98:LU12	
Ds 1995:2	Pappagruppens slutrapport, arbetsgruppen (S 1993:C) om papporna, barnen och arbetslivet

Artiklar

Nyberg, Lena	Fyra av tio våldsdömda får gemensam vårdnad om barn, debattartikel på barnombudsmannens hemsida, www.bo.se , 2005-03-29
Nyberg, Lena	Barnkonventionen – Barn som brottsoffer, debattartikel på barnombudsmannens hemsida, www.bo.se , 2005-06-01
Renström, Claes	Ett tillägg till betydelsen av gemensam vårdnad Juridisk Tidskrift 1999-00 s 234
Ryrstedt, Eva	Gemensam vårdnad inte alltid det bästa för barn Juridisk Tidskrift 2000-01 s 423
Ryrstedt, Eva	Kravet på konsensus – till barnets bästa? Svensk Juristtidning 2003 s 340

- Schiratzki, Johanna Vad betyder det att ha gemensam vårdnad?
Juridisk Tidskrift 1998-99 s 1049
- Schiratzki, Johanna Ny lagstiftning om vårdnad
Juridisk Tidskrift 1997-98 s 1101
- Wickström, Anita Utövande av gemensam vårdnad
Juridisk Tidskrift 2002-03 s 328

Övrigt

Juridiska Fakultetsstyrelsen Remissvar: Betänkandet Vårdnad,
vid Lunds universitet boende, umgänge – Barnets bästa,
föräldrars ansvar (SOU 2005:43)
Ju2005/5191/L2

Barnombudsmannen Remissvar: Betänkandet Vårdnad, boende,
umgänge – Barnets bästa, föräldrars ansvar
(SOU 2005:43)
Diariennr 9.1:0762/05

Statistiska Centralbyrån Gemensam och ensam vårdnad,
http://www.scb.se/templates/tableOrChart_151503.asp,
senast besökt den 15 december 2005

FN:s konvention om barnets rättigheter
antagen av FN:s generalförsamling den 20 november 1989

Rättsfallsförteckning

Högsta Domstolen

NJA 1999 s 451
NJÄ 2000 s 345
HD B 3193-05

Hovrätten

RH 1998:85
RH 1999:13
RH 1999:100
RH 2005:38