



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Tomas Haderberg

Barnets bästa och vilja i
domstolen

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare
Eva Ryrstedt

Familjerätt

Termin VT-09

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Syfte	4
1.2 Metod	5
1.3 Avgränsning och disposition	6
2 DEFINITIONER	8
2.1 Partsbehörighet	8
2.2 Talerätt	8
2.3 Processbehörighet	9
3 BARNKONVENTIONEN	10
3.1 Barnkonventionens artikel 3 – Barnets bästa	12
3.2 Barnkonventionen artikel 12 – Barns rätt att komma till tals	14
4 UTÖVANDEKONVENTIONEN	16
4.1 Ds 2002:13	17
5 SVENSK RÄTT	20
5.1 Barnets bästa	20
5.2 Domstolsprocessen	23
5.3 Hörande av barnet inför domstolen	25
5.4 Domstolens beaktande av barnets vilja, utvärdering av 2002 års vårdnadskommitté	26
5.5 Utredningen av barnets rätt – Talerätt för barn	31
5.5.1 Processbehörighet för äldre barn	32
5.5.2 Åldersgräns för barns processbehörighet	33
5.5.3 Biträde åt det processbehöriga barnet	33

5.6	Biträde åt det icke processbehöriga barnet	34
5.7	Regeringens övervägande för införandet av en talerätt för barn	34
5.7.1	Principiella skäl för och emot en talerätt för barn	35
5.7.2	De små barnen	37
5.7.3	De äldre barnen	38
5.7.4	Kostnader	38
6	PRAXIS	40
6.1.1	Barnets vilja har följts	40
6.1.2	Barnets vilja har inte följts	41
7	ANALYS	43
7.1	Vilken hänsyn tar domstolen till barnets vilja?	43
7.2	Är domstolens beaktande av barnets vilja förenligt med principen om barnets bästa?	46
7.3	Är en talerätt för barn lämplig att införa?	48
7.3.1	Utövandekonventionens betydelse	49
7.3.2	Utredningen om talerätt för barn	50
8	SLUTSATS	53
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	55
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	57

Summary

The aspects of the legal rules concerning children in issues regarding custody, residency and access cases are that they should be determined after the principle of the best interests of the child. This principle is stated in the UN convention on the rights of the child, article 3. The article regulates that the best interests of the child should be the primary consideration, in all issues concerning children. The same regulation is in Swedish family law stated in the Parental Code, 6th chapter 2a§.

An important part of the principle concerning the best interests of the child is the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceeding affecting the child, given due weight in accordance with the age and maturity of the child. The principle providing the child the opportunity to be heard is stated in the UN convention on the rights of the child, article 12. The same regulation is in Swedish family law stated in the Parental Code, 6th chapter 19§, 5th Para.

A level of criticism against the Swedish courts has been made. The criticism is based upon the fact that the courts several times haven't declared the child's views in the courts judgement. In cases where the view of the child is declared, it has several times not been taken into consideration. This creates a discussion if there are other options to give the children's view a greater weight in court proceedings and administrative proceedings, concerning cases in custody, residency and access. Discussions have been raised about introducing procedural rights for children. This was the case in the Swedish Government Official Reports 1987:7, where the inquiry established that procedural rights for children would strengthen the child's position in cases concerning custody and access. The child would according to the inquiry also have the right to a legal assistant, which would assist the child through the process.

In the discussion in the analytical part of the essay, reasoning is made that one can see two different perspectives for introducing procedural rights for children. The first reasoning is that the child should take part in cases where the child is involved. To put the child outside of the dispute, in which the child is involved by the fact that the parents are in a dispute, can not be considered reasonable. The second argument that should be brought into consideration is that the child should be protected in the process and not to be involved in his or her parent's civil suit. The child should not in any way be forced to take position and choose one parent before the other. To force a child into a civil suit in cases concerning custody and access can be strain for the child and lead to a discord between the child and its parents. In the end it is established that it is in correspondence with the principle of the best interest of the child and the principle of the child's right to be heard that procedural rights in cases concerning custody and access, should be introduced, and thereby giving the child the same legal state as its parents.

Sammanfattning

Utgångspunkten i de lagregler som berör barn i frågor om vårdnad, boende och umgänge är att de skall avgöras efter principen om barnets bästa. Denna princip kommer till uttryck i FN:s barnkonvention artikel 3, där det stadgas att barnets bästa skall komma i främsta rummet i alla frågor som rör barn. Bestämmelsen om barnets bästa i svensk rätt kommer till uttryck i föräldrabalkens 6 kapitel 2a§.

En viktig del av principen barnets bästa är rätten för barn att få komma till tals, i domstols- och andra administrativa förfaranden och att barnets åsikter tillmäts betydelse efter ålder och mognad. Principen om barnets rätt att få sina åsikter tillmätta kommer till uttryck i FN:s barnkonvention artikel 12. I svensk rätt uttrycks detta i föräldrabalkens 6 kapitel 19§, 5st.

I svensk rätt har det riktats en del kritik över att domstolarna många gånger inte redovisar barnets vilja i domstolens domar och att när väl barnets vilja redovisas, många gånger inte följs. Detta i sin tur skapar en diskussion om det finns andra tillvägagångssätt för att barnets vilja skall få en större betydelse i domstolsförfaranden och administrativa förfaranden, i mål om vårdnad, boende och umgänge.

Diskussioner har förts om ett införande av en talerätt för barn. Detta gjordes bl.a. i SOU 1987:7, där utredningen konstaterade att en talerätt för barn skulle stärka barnets position i mål om vårdnad och umgänge som rör dess person. Barnet skulle enligt utredningen också få rätt till ett offentligt biträde som skulle biträda barnet genom processen.

I den analytiska delen av uppsatsen förs ett resonemang om att man kan spegla två olika perspektiv för ett införande av talerätt för barn. Dels rör det sig om att barnet bör vara delaktigt i processen som rör frågor där barnet själv är inblandat. Att ställa barnet utanför en tvist där barnet i högsta grad är involverad genom att föräldrarna befinner sig i en tvist om barnet, kan inte anses rimligt. Det andra argumentet som vägs in är att barnet skall skyddas i processen och inte bli involverad i föräldrarnas tvistemål. Barnet skall på så sätt inte bli tvunget att ta ställning i målet och behöva välja den ene föräldern framför den andre. Att tvinga in ett barn i en rättsprocess i frågor rörande vårdnad och umgänge kan bli påfrestande för barnet och leda till en slitning mellan barn och föräldrar.

I slutändan konstateras att det bättre överrensstämmer med principen om barnets bästa och principen om barnets rätt att få komma till tals, om barnet får en talerätt i mål om vårdnad och umgänge och därmed får samma rättsliga ställning som sina föräldrar.

Förkortningar

Barnkonventionen	FN: s Konvention om Barnets Rättigheter
BO	Barnombudsmannen
Ds	Departementsserien
FB	Föräldrabalk (1949:381)
HD	Högsta domstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RH	Rättsfall från hovrätterna
SOSFS	Socialstyrelsens författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
Utövandekonventionen	Europeisk Konvention om Utövandet av Barns Rättigheter

1 Inledning

En väsentlig utgångspunkt för lagstiftningen om vårdnad, boende och umgänge är att regelsystemet så långt som möjligt främjar ett gemensamt föräldransvar. Det ligger i sakens natur att barnets möjligheter att ha en nära och god kontakt med båda föräldrarna underlättas, om dessa kan samarbeta i frågor som rör barnet. I allmänhet är förutsättningarna för ett sådant samarbete större om föräldrarna själva kan enas om vårdnad, boende och umgänge än om avgörandet måste överlämnas till domstol.¹

Utgångspunkten i de lagregler som berör barn är att frågor rörande vårdnad, boende och umgänge skall avgöras efter vad som är bäst för barnet. Samma grundsyn finns i artikel 3 i Barnkonvention, där det stadgas att barnets bästa skall komma i främsta rummet i alla frågor som rör barn. Svensk rätt har anammat principen om barnets bästa och det är denna princip som skall vara det centrala när man berör tvister där barn är inblandade.

I samband med principen om barnets bästa spelar Barnkonvention artikel 12 en viktig roll. Artikel 12 stadgar att barn skall ha en möjlighet att höras i alla domstols- och administrativa förfaranden som rör barnet. I svensk rätt har barnet en rätt att komma till tals i alla mål som berör dess person enligt FB 6:2a, 3st och FB 6:19, 5st. Det har riktats en hel del kritik över att domstolarna många gånger inte redovisar barnets vilja i domstolarnas domar och att barnets vilja, när den väl redovisats, många gånger inte följts.²

Frågan som väcks i detta läge är om det finns något bättre tillvägagångssätt för att barnet skall få sin vilja och sina åsikter beaktade. Diskussionerna har förts för att införa en talerätt för barn.³ Reglerna om talerätt i nuvarande svensk rätt bygger på uppfattningen att vårdnaden är en rättighet och en skyldighet för föräldrarna. Det är därför dessa bara är parter och har talerätt i mål rörande vårdnad, boende och umgänge.⁴

Ett införande av en talerätt för barn i mål som berör dess person skulle kunna leda till att barn blir part i målet. Huruvida detta skulle stärka barnets position eller vara en påfrestning för barnet, råder det delade meningar om.

1.1 Syfte

Principen om barnets bästa är, som tidigare nämnts, den centrala utgångspunkten för domstolar och myndigheter när de tar ställning i frågor rörande barn. Definitionen av barnets bästa är inte konkret, utan vad som kan anses vara det bästa för barnet måste avgöras i varje enskilt fall där man ser till de individuella förutsättningarna barnet har. En viktig del av barnets

¹ Sjösten Mats, *Vårdnad, boende och umgänge*, 2:a uppl. 2003, s. 17

² Prop. 2005/06:99 s. 45 och SOU 2005:43

³ Se SOU 1987:7

⁴ Sjösten Mats, s. 18

bästa är möjligheten för barnet att framföra sin vilja och sina åsikter i mål och ärenden som berör barnet självt.

Syftet med den här uppsatsen är att utreda hur domstolarna ställer sig till barnets vilja i fall där barnet får presentera den direkt för domstolen eller genom att barnets vilja redovisas i en vårdnadsutredning. Uppsatsens syfte är vidare att utreda till vilken grad barnets vilja blir beaktad och om domstolens hänsyn till den vilja barnet uttrycker är förenligt med det som stadgas i principen om barnets bästa.

Många gånger har diskussioner om barnets vilja uppstått med betoning på hur barnets vilja kan redovisas för domstolen på bästa sätt. En del uppfattningar som råder är att barnet kan ta skada av att bli involverad i en tvist rörande frågor om vårdnad, boende och umgänge. Risken för skada skulle vara störst om barnet skulle presentera sin vilja direkt framför domstolen. Andra åsikter menar att barnet bör vara inblandad i sådana processer och få sina åsikter betraktade av domstolen. Det har i samband med detta dykt upp förslag på att införa en talerätt för barn, vilket leder till att barnet tar del i processen och blir part i den. På så sätt blir domstolen tvingad till att beakta barnets vilja och åsikter. Syftet blir att utreda huruvida det är skadligt för barnet att delta i processer rörande frågor om vårdnad, boende och umgänge eller om ett införande av en talerätt för barn skulle stärka barnets position i processen genom att det får sin vilja framförd till och beaktad av domstolen.

För att besvara syftet med uppsatsen används följande frågeställning:

- Vilken hänsyn tar domstolen till barnets vilja och barnets rätt att uttrycka sina åsikter?
- Är domstolens beaktande av barnets vilja förenligt med principen om barnets bästa?
- Skulle en talerätt för barn vara ett bättre sätt för barnet att få sina åsikter hörda eller riskerar barnet att ta skada av ett införande av en talerätt?

1.2 Metod

Arbetet har sin utgångspunkt i en klassisk rättsdogmatisk metod. Med denna metod skall gällande rätt utredas. I den gällande rätten beaktas förarbeten, praxis och lagtext. Arbetet har sin prägel av frågeställningen som uppgetts och ämnar utreda på vilket sätt barnets vilja kan framhävas på bästa sätt för att den skall vara så förenlig med principen om barnets bästa som möjligt. För att kunna göra denna avvägning tas även hänsyn till internationella konventioner som har spelat en roll för gällande rätt, men även för diskussionen om hur rätten och synsättet på barnets vilja bör utformas. En presentation görs av förslag som kommit fram på området angående barnets vilja och förslag på införande av en talerätt för barn. De förslag som

presenterats redovisas, för att kunna belysa den problematik som finns förknippat med hänsynen till barnets vilja. Samtidigt får de en betydelse för en fortsatt diskussion om hur barnets vilja skall beaktas. De argument som presenterats i de olika förslagen tas i den slutliga diskussionen upp för att kunna presentera en slutsats om vilken processuell ställning barnet skall ha för att få sin vilja beaktad så väl som möjligt.

Praxis presenteras för att redovisa hur domstolarna ställer sig till barnets vilja och de åsikter barnet har presenterat. Med praxisen får läsaren en konkret bild av hur domstolen beaktar barnets vilja och under vilka omständigheter barnets vilja betraktas som en betydande omständighet.

Arbetet avslutas med en analys av de fakta som presenterats i utredningsdelen. Tonvikten i analysen ligger på att diskutera hur barnets vilja presenteras för domstolen och när den presenteras, vilken betydelse den får för domstolens avgörande. Vidare ställs frågan om sättet som barnets vilja presenteras på för domstolen är förenlig med principen om barnets bästa. Diskussion förs vidare om ett införande av en talerätt för barn förstärker barnets vilja och leder till att domstolen måste ta större hänsyn till barnets vilja, eller om barnet kan riskera att ta skada av ett införande av talerätt för barn.

1.3 Avgränsning och disposition

Arbetet börjar med en inledning och presentation av de olika definitioner som kommer att utredas och även analyseras senare i arbetet. Definitionerna är till för att underlätta för läsaren att förstå de olika termer som används senare i arbetet, bl.a. under förslaget om införande av en talerätt för barn.

FN:s barnkonvention presenteras och en närmare presentation av artiklarna 3 och 12 sker. Trots att FN:s barnkonvention inte är direkt tillämplig i svensk rätt och inte kan åberopas direkt i ett domstolsförfarande, har den ändå ett stort inflytande på den svenska rätten genom att den svenska rätten har ändrats så att den överensstämmer med FN:s barnkonvention. Konventionen har därför en stor betydelse i den svenska rätten och det är av väsentlighet att denna presenteras.

Vidare redogörs Utövandekonventionen som inte är ratificerad i svensk rätt. Presentationen av konventionen är dock nödvändig, därför att den innehåller artiklar som förstärker Barnkonventionens bestämmelser och som vid en ratificering skulle få genomgripande förändringar i den svenska rätten i mål rörande vårdnad, boende och umgänge. Vad ratificeringen skulle få för konkreta verkningar i svensk rätt presenteras också.

Detta följs av en del som behandlar den svenska rätten och en redogörelse av begreppet barnets bästa sker. Barnets bästa är den centrala och grundläggande principen i frågor som rör barn och därför måste denna redovisas för en fortsatt diskussion.

Vidare presenteras domstolens beaktande av barnets vilja och sättet barnets vilja redovisas för domstolen. Detta görs både genom att presentera vad doktrin och lagtext stadgar angående barnets vilja, samt genom praxis.

En utredning angående införande av talerätt för barn presenteras, samt regeringens ställningstagande till denna utredning redogörs för. Detta blir till nödvändighet för att kunna beakta och diskutera de olika argument som läggs fram ifrån de båda parterna om förslaget.

Uppsatsen avslutas med en analytisk del som följer samma upplägg som utredningsdelen där problematik och olika synsätt diskuteras. Detta avslutas med en avslutande kommentar.

En viss avgränsning sker i uppsatsen. Redovisning och diskussion av mål och beslut rörande verkställighet tas inte upp i uppsatsen . Inte heller interimistiska beslut och om vilken hänsyn man tar till barnets vilja i dessa fall presenteras. Uppsatsen har inte heller målet att göra en jämförelse mellan vanliga familjerättsliga processer och processer rörande mål enligt LVU.

2 Definitioner

2.1 Partsbehörighet

I RB 11:1, 1st stadgas att alla fysiska personer, alltså även barn, har partsbehörighet. Partsbehörighet innebär egenskapen att överhuvudtaget kunna vara part i en rättegång.⁵ Det är en behörighet som hänger samman med den civilrättsliga rättssubjektiviteten. En fysisk person enligt de materiella rättsreglerna kan ikläda sig skyldigheter och rättigheter kan således också väcka talan om dessa rättigheter.⁶

2.2 Talerätt

Att ha talerätt betyder att man har rätt att vara part i en rättegång, om man har ett av rättsordningen erkänt intresse i den sak som rättegången gäller, enligt RB 11:1, 2st. Den som har talerätt måste vanligen ha en viss anknytning till saken.⁷ Att ha talerätt innebär normalt följande:⁸

- Initiativrätt – rätt att starta en process vid domstol angående saken.
- Möjlighet att själv kunna bli ålagd att uppträda som svarande eller motpart i en sådan process.
- Argumentationsrätt – rätt att framföra synpunkter i en process.
- Rätt att vidta processhandlingar – rätt att tillföra processen beslutsunderlag i form av utredning och bevisning.
- Överklaganderätt – rätt att överklaga domstolens avgöranden.

Finns det brister i talerätten skall ett käromål avvisas och en sådan brist är ett tvingande processhinder som inte kan åtgärdas genom att en ställföreträdare för partens talan. En person som saknar talerätt i ett visst mål kan överhuvudtaget inte vara part i detta.⁹

Barn har, som huvudregel, inte talerätt i familjerättsliga processer som rör barnet personligen. Barnet har dock talerätt men inte processbehörighet i andra familjerättsliga mål som t.ex. faderskapsmål och mål angående underhåll.¹⁰

⁵ Prop. 1994/95:224 s. 14

⁶ Dahlstrand Lotta, Barns deltagande i familjerättsliga processer, Uppsala 2004 s. 113,

⁷ Prop. 1994/95:224 s. 14

⁸ SOU 1987:7 s. 58

⁹ Dahlstrand Lotta, s. 113

¹⁰ Dahlstrand Lotta, s. 114,

2.3 Processbehörighet

Det förhållandet att en person har talerätt medför inte alltid att denne själv får föra sin talan i en rättegång. För detta krävs att personen är processbehörig.¹¹ Processbehörighet innebär att för egen räkning kunna väcka talan och vidta andra processhandlingar, det vill säga själv eller genom befullmäktigat ombud vara verksam i processen.¹²

Processbehörigheten hänger samman med den rättsliga handlingsförmågan. Eftersom barn i princip inte har någon rättslig handlingsförmåga i svensk rätt, saknar barn också behörighet att själva föra sin talan i en rättegång, de saknar processbehörighet.¹³ Om en person saknar sådan behörighet måste dennes talan föras av en ställföreträdare. Detta framgår av RB 11:1, 2st, som stadgar att om parten ej råder över det, varom tvistas, eller rör tvisten rättshandling, som han ej äger ingå, föres talan av den som är partens ställföreträdare.

När det gäller barn är det normala att föräldrarna i egenskap av vårdnadshavare är barnets förmyndare och därmed barnets ställföreträdare, enligt FB 10:2.¹⁴ Föräldern som ställföreträdare representerar barnet i processen och för barnets talan. Vad föräldern företar sig i processen är bindande för barnet. Barnet kan inte heller binda föräldrarnas processföring genom några särskilda instruktioner.¹⁵

¹¹ Dahlstrand Lotta, s. 114,

¹² Ekelöf Per-Olof, Boman Robert, Rättegång II, Smedjebacken 1996 s. 80

¹³ Dahlstrand Lotta, s. 114,

¹⁴ Dahlstrand Lotta, s. 114f,

¹⁵ Ekelöf Per-Olof, Boman Robert, s. 101

3 Barnkonventionen

FN:s konvention om barnets rättigheter, eller Barnkonventionen, som den ofta kallas, antogs av FN:s generalförsamling den 20:e november 1989 och trädde ikraft den 2 september 1990 sedan hade ratificerats av 20 stater. Sverige ratificerade FN:s konvention om barnets rättigheter, Barnkonventionen, efter ett beslut i riksdagen den 21 juni 1990. I regeringens proposition 1989/90:107 till riksdagen om godkännande av konventionen konstaterades att tillträde till konventionen inte ledde till några ändringar i gällande svensk lagstiftning.¹⁶

Genom ratifikationen har Sverige iklätt sig en internationell folkrättslig förpliktelse att följa konventionens bestämmelser. Sverige har inte inkorporerat, d.v.s. i författningstext föreskrivit att traktatstexten gäller i Sverige.¹⁷ Barnkonventionen är därför inte direkt tillämplig i Sverige och domstolarna är därför inte bundna av konventionens regler så som av svensk lag. Konventionsbestämmelserna används dock vid tolkningen av svensk lag, så att tolkningen står i överensstämmelse med Sveriges internationella åtaganden.

Barnkonventionen innehåller 13 inledande paragrafer och 54 artiklar. Barnkonventionen är indelad i tre delar, en som behandlar materiella frågor, en som behandlar övervakningsfrågor och en som innehåller slutbestämmelser.¹⁸ Barnkonventionen innehåller också olika slag av rättigheter; dels de rättigheter som traditionellt kan hänföras till kategorin medborgerliga och politiska rättigheter, dels ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Dessa rättigheter är desamma som kommer till uttryck i andra konventioner inom området för mänskliga rättigheter, men med ett särskilt barnperspektiv. De olika rättigheterna är lika viktiga och barnkonventionen skall ses som en helhet. Rättigheterna har delvis olika karaktär. Vissa rättigheter är absoluta och skall förverkligas omgående av alla stater oavsett utvecklingsnivå t.ex. medborgerliga och politiska rättigheter, medan förverkligandet av de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna är beroende av den enskilda statens resurser.

Barnkonventionen är inriktad på individen, det enskilda barnet, och de materiella artiklarna handlar om barnets rätt att få sina grundläggande rättigheter och behov tillgodosedda.¹⁹

Barnkonventionens inledning, preamble, speglar de principer om mänskliga rättigheter som har formulerats i FN:s konventioner och deklARATIONER. I preamblen betonas att familjen är den grundläggande enheten i samhället och den naturliga miljön för alla dess medlemmar.

¹⁶ Ds 2002:13 s. 29

¹⁷ Eklund Hans, Utdrag ur Barn och rätt – Barn som aktörer, Uppsala 2004, s.30

¹⁸ Ds 2002:13 s. 29

¹⁹ Prop. 1997/98:182 s. 9

Familjen är särskilt viktig för barnets utveckling och välfärd. Barnets behov av och rätt till båda sina föräldrar och föräldrarnas ansvar för barnet är också en röd tråd i Barnkonventionens sakartiklar.²⁰

Konventionen sätter barnets behov framför föräldrarnas. Staterna skall säkerställa att ett barn inte, mot sin vilja, skiljs från sina föräldrar, om ett åtskiljande inte är nödvändigt för barnets bästa. Ett beslut om att skilja ett barn och dess föräldrar kan emellertid vara nödvändigt t.ex. vid övergrepp mot eller vanvård av barnet från föräldrarnas sida eller då föräldrarna lever åtskilda och ett beslut måste fattas angående barnets vistelseort, enligt artikel 9.

Kommittén för barnets rättigheter har vid utformningen av de första riktlinjerna för ländernas rapportering gjort en analys av konventionen. Avsikten var inte att gradera artiklarna och peka ut några av dem som särskilt viktiga. De olika sakartiklarna skall ses som en del av en helhet där alla artiklarna är lika viktiga. Arbetet handlade i stället om att tolka artiklarnas karaktär och inbördes relationer, för att ge staterna ett underlag för arbetet med att genomföra konventionen. I kommitténs första analys av Barnkonventionen utkristalliserades fyra grundläggande, allmänna principer som återfinns i artiklarna 2, 3, 6 och 12. Principerna i dessa speglas och konkretiseras i konventionens övriga sakartiklar. De fyra principerna är:²¹

– *Förbud mot diskriminering* (artikel 2). Grundtanken är att barn är jämställda och har lika värde. Rättigheterna i konventionen skall gälla alla enskilda barn och ungdomar som befinner sig inom ett lands jurisdiktion utan åtskillnad "av något slag". Barnet skall vidare skyddas mot alla former av diskriminering eller bestraffning på grund av barnets eller dess föräldrars ras, hudfärg, kön, språk, nationella, etniska eller sociala ursprung, egendom, handikapp, börd eller ställning i övrigt.

– *Principen om barnets bästa* är en annan av konventionens grundpelare (artikel 3). Vid alla åtgärder som rör barn "skall barnets bästa komma i främsta rummet". Principen om barnets bästa kan härledas ur två fundamentala tankar som båda satt spår i konventionen. Den ena utgår ifrån att barn är sårbara och behöver stöd och skydd och den andra betonar barnperspektivet i beslutsfattandet.

– *Rätten till liv* (artikel 6) är en grundläggande rättighet. Artikel 6 ger barn ett skydd mot att bli dödade och den skall läsas tillsammans med artikel 37 som stadgar ett direkt förbud mot dödsstraff. Artikel 6 går emellertid längre än rätten till liv, genom att i andra punkten betona barns rätt till överlevnad och rätten till utveckling i vid mening.

²⁰ SOU 1997:116 s. 48

²¹ SOU 1997:116 s. 50

– *Rätten att uttrycka sina åsikter* (artikel 12) i alla frågor som rör barnet självt är ett budskap om att barns åsikter skall respekteras. Det finns i artikeln också en utvecklingsaspekt, "barnets åsikter skall tillmätas betydelse i förhållande till barnets ålder och mognad". I artikel 12 finns således en betoning av barns och ungdomars deltagande i frågor som rör dem själva.

När det kommer till barns processuella ställning och betoningen för barn att komma till tals är främst artikel 3 och artikel 12 av intresse. Därför följer en redogörelse för dessa artiklar.

3.1 Barnkonventionens artikel 3 – Barnets bästa

I Barnkonventionens artikel 3 stadgas att:

- 1. Vid alla åtgärder som rör barn, vare sig de vidtas av offentliga eller privata sociala välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter eller lagstiftande organ, skall barnets bästa komma i främsta rummet.*
- 2. Konventionsstaterna åtar sig att tillförsäkra barnet sådant skydd och sådan omvårdnad som behövs för dess välfärd, med hänsyn tagen till de rättigheter och skyldigheter som tillkommer dess föräldrar, vårdnadshavare eller andra personer som har lagligt ansvar för barnet, och skall för detta ändamål vidta alla lämpliga lagstiftnings- och administrativa åtgärder.*
- 3. Konventionsstaterna skall säkerställa att institutioner, tjänster och inrättningar som ansvarar för vård eller skydd av barn uppfyller av behöriga myndigheter fastställda normer, särskilt vad gäller säkerhet, hälsa, personalens antal, och lämplighet samt behörig tillsyn.*

Artikeln 3 tar i första hand sikte på åtgärder vidtagna av det offentliga inom den rättsliga sfären. Att så är fallet är logiskt med tanke på att det är stater, inte enskilda, som är rättsligt bundna av Barnkonventionen.²²

Det framgår av formuleringen av artikel 3 att barnets bästa alltid skall beaktas i beslutsfattandet. Konventionen kräver inte att barnets bästa alltid skall vara utslagsgivande, men barnets bästa skall ligga med och väga tungt i vågskålen när beslut som rör barn skall fattas. I de fall andra intressen tillåts väga tyngre, krävs att beslutande myndigheter kan visa att en sammanvägning av relevanta intressen i det enskilda fallet har gjorts.

²² Schiratzki Johanna, *Barnrättens grunder*, Lund 2005, s. 27f

Beslutande myndigheter bör därför så långt som möjligt ha försäkrat sig om att barnets bästa har kommit med i avvägningen och redovisats i beslutsprocessen. Besluten måste med andra ord innefatta ett barnperspektiv.²³

Principen om barnets bästa kan härledas ur två grundläggande tankar som båda har satt sina spår i konventionen; att barn har fullt och lika människovärde och att barn är sårbara varelser som behöver särskilt skydd.²⁴

Begreppet barnets bästa återfinns även i andra internationella deklARATIONER och konventioner. Det unika med Barnkonventionen är att barnets bästa skall komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn.²⁵

Det finns inga direkta riktlinjer om hur definitionen av barnets bästa skall tolkas. FN-kommittén använder artikel 3 om barnets bästa på i huvudsak två sätt. För det första ses barnets bästa som en allmän princip som skall genomsyra lagstiftning, administrativa beslut och andra åtgärder som vidtas. För det andra använder kommittén principen om barnets bästa för att tolka och ge innehåll åt konventionens sakartiklar. Kommittén hänvisar i sina analyser ytterst sällan bara till en sakartikel, utan ser istället konventionen som en helhet med barnets bästa som den övergripande principen. Olika sakartiklar används i dessa resonemang som bas där kopplingen till barnets bästa ger artikeln ett tydligare innehåll och ytterligare en dimension. FN-kommittén har upprepade gånger betonat att barnets bästa tillsammans med konventionens andra grundläggande principer skall användas i alla sådana situationer där konventionens sakartiklar inte ger tillräcklig vägledning. Barnets bästa är inget statiskt begrepp. Det varierar över tid och från ett samhälle med dess kulturella och sociala värderingar till ett annat. Det varierar också från ett barn till ett annat utifrån varje barns individuella situation. Men trots att barnets bästa inte är en gång för alla givet så innehåller Barnkonventionen en rad grundläggande rättigheter för barn och dessa skall vara universella. En viktig aspekt av konventionen är att den ger en universell definition av vilka rättigheter som bör gälla för barn över hela världen. Dess definition av barnets rättigheter skall gälla i alla samhällen oavsett kultur, religion eller andra särdrag²⁶

²³ Prop. 1997/98:182 s. 13

²⁴ Prop. 1997/98:182 s. 13

²⁵ Prop. 1997/98:182 s. 13

²⁶ SOU 1997:116 s. 122

3.2 Barnkonventionen artikel 12 – Barns rätt att komma till tals

I Barnkonventionens artikel 12 stadgas att:

1. Konventionsstaterna skall tillförsäkra det barn som är i stånd att bilda egna åsikter rätten att fritt uttrycka dessa i alla frågor som rör barnet, varvid barnets åsikter skall tillmätas betydelse i förhållande till barnets ålder och mognad.

2. För detta ändamål skall barnet särskilt beredas möjlighet att höras, antingen direkt eller genom företrädare eller ett lämpligt organ och på ett sätt som är förenligt med den nationella lagstiftningens procedurregler, i alla domstols- och administrativa förfaranden som rör barnet.

Rätten att fritt uttrycka sina åsikter och att bli hörd är en av Barnkonventionens grundläggande principer. Artikel 12 är uppdelad i två punkter. I första punkten föreskrivs att barn har rätt att fritt uttrycka sina åsikter i alla frågor som berör dem. Enligt den andra punkten skall barnet beredas möjlighet att höras, att komma till tals i alla frågor som berör barnet på ett mer personligt plan.²⁷

Artikeln sätter ingen nedre åldersgräns för när barnet har rätt att delta och fritt uttrycka sina åsikter. Rätten skall tillförsäkras det barn som är i stånd att bilda egna åsikter även om barnet ännu inte har uppnått den mognad att det kan kommunicera sina åsikter. FN-kommittén har betonat att även mycket små barn har åsikter och det ansvar som läggs på myndigheterna är att utveckla metoder för att också dessa barn hörs.²⁸

Artikel 12 föreskriver inte bara att barnet skall ha rätt att uttrycka sina åsikter utan också att dessa skall tillmätas betydelse. Barnets åsikter skall tillmätas betydelse i förhållande till ålder och mognad. Rätten att bilda åsikter, att uttrycka dessa och bli hörd tillfaller alla barn utan diskriminering. Ett barns språk eller funktionshinder får inte hindra barnet att få sin rätt erkänd. Ett tungt ansvar faller på staten att genom stöd, utbildning eller andra åtgärder se till att varje barn i realiteten har möjlighet att göra sin röst hörd.²⁹

Konventionen ger inte myndigheterna möjlighet att avgöra huruvida barnet skall höras eller inte, att bli hörd och uttrycka sina åsikter är barnets absoluta rättighet. Däremot lämnas det öppet på vilket sätt barnet hörs. Artikel 12.2 föreskriver att barnet skall höras, antingen direkt eller indirekt, på ett sätt

²⁷ SOU 1997:116 s. 166f

²⁸ SOU 1997:116 s. 166f

²⁹ SOU 1997:116 s. 167

som är förenligt med den nationella lagstiftningens procedurregler.³⁰ FN-kommittén har påtalat att i alla typer av domstolsförhandlingar som berör ett barn skall barnet ges tillfälle att komma till tals.³¹

FN-kommittén har betonat att artikel 12, liksom de övriga artiklarna som formulerar konventionens grundläggande principer, skall integreras i landets lagstiftning. För att lagstiftningen skall spegla innehållet i båda punkterna i artikel 12 krävs regler som både ger barnet rätt till inflytande och som garanterar barnet rätt att bli hörd i alla domstols- och administrativa förfaranden. FN-kommittén framhåller att det inte räcker med lagstiftning. För att barnet i realiteten skall kunna utöva sin rätt att uttrycka åsikter krävs att vuxna respekterar denna rätt.³²

Enligt barnkommitténs uppfattning finns det i stort sett en tillfredsställande ordning i svensk lagstiftning för att barn skall kunna komma till tals i familjerättsmål och socialmål. Enligt barnkommittén är det en fördel att svensk rätt är utformad så att barn i någon större utsträckning inte behöver höras i domstol, utan får redovisa sin åsikt genom en vårdnadsutredning.³³

³⁰ SOU 1997:116 s. 176

³¹ SOU 1997:116 s. 176

³² SOU 1997:116 s. 177

³³ SOU 1997:116 s. 202

4 Utövandekonventionen

Europarådet har utarbetat en konvention rörande barns rättigheter, den europeiska konventionen om utövandet av barns rättigheter, utövandekonventionen. Utövandekonventionen öppnades för undertecknande den 25 januari 1996. Sverige undertecknade konventionen samma dag, men har ännu inte ratificerat den.³⁴

Syftet med konventionen är att förbättra barns ställning i familjerättsprocesser. Konventionen är avsedd att vara ett komplement till Barnkonventionen och skall hjälpa länderna att genomföra Barnkonventionen på ett riktigt sätt.³⁵ De artiklar i konventionen som presenteras nedan är de som anses ha relevans för fortsatt diskussion i uppsatsen.

Enligt artikel 3 skall ett barn, som enligt inhemsk lag har tillräcklig mognad, inför en judiciell myndighet i förfaranden på det familjerättsliga området som berör barnet, tillförsäkras och ha rätt att begära följande rättigheter: Rätt att få all relevant information, rätt att tillfrågas om och redovisa sin inställning och ha rätt att informeras om de möjliga följderna av ett tillmötesgående av dess vilja och de möjliga följderna av varje avgörande.³⁶

Barnet skall vidare enligt artikel 4 ha rätt att personligen eller genom andra personer eller organ begära att en särskild företrädare förordnas i familjerättsliga förfaranden inför en judiciell myndighet som berör barnet, om inhemsk lag hindrar de föräldraansvariga att företräda barnet till följd av en intressekonflikt med barnet. Även denna rättighet får begränsas till barn som enligt inhemsk lag anses ha tillräcklig mognad.³⁷

Staterna uppmanas i artikel 5 att överväga att tillerkänna barn processuella rättigheter, såsom vissa eller samtliga partsrättigheter i samband med förfaranden inför en judiciell myndighet som berör barnet. Barnet får då en rätt att ansöka om biträde av en lämplig person efter eget val för att hjälpa dem att redovisa sin inställning. Barnet får vidare rätt att utse ett eget ombud och rätt att utöva vissa eller samtliga partsrättigheter i sådana förfaranden.³⁸

För svensk del innebär artikeln att barnet får talerätt och processbehörighet i familjerättsliga processer. Konventionen medför dock ingen absolut skyldighet för konventionsstaterna att införa partsbehörighet för barn, utan ett införande baseras på frivillighet.³⁹ Det framgår inte närmare, varken av konventionstexten, eller den förklarande rapporten hur man tänkt sig att

³⁴ Ds 2002:13 s. 25

³⁵ Ds 2002:13 s. 25

³⁶ Ds 2002:13 s. 33

³⁷ Ds 2002:13 s. 33

³⁸ Ds 2002:13 s. 33

³⁹ Dahlstrand Lotta, s. 117

dessa rättigheter skall utformas. Däremot ålägger konventionen konventionsstaterna att som minimum ge barnet rätt till information och bistånd av en vuxen i processen.⁴⁰

Den särskilda företrädarens roll specificeras i artikel 10. Denna skall i ett förfarande inför en judiciell myndighet, om det inte är uppenbart strider mot barnets bästa, ge barnet relevant information, diskutera följderna av olika beslut med barnet och klargöra och redovisa barnets inställning. När det gäller den särskilda företrädarens roll, att klargöra yngre barns inställning, uttrycks i den förklarande rapporten till utövandekonventionen att detta nödvändigtvis inte innebär att föra samtal med barnet och fråga barnet om dess åsikter. Är barnet litet kan det istället vara en bättre lösning att företrädaren själv, eller med medicinsk expertis, observerar barnet.⁴¹

4.1 Ds 2002:13

Departementsskrivelsen 2002:13 var en utredning som tillsattes för att utreda hur Utövandekonventionen bäst kunde införlivas i svensk rätt. Skrivelsen börjar med att påpeka att det föreligger en mycket stor överensstämmelse mellan Utövandekonventionens artiklar och bestämmelser och gällande svensk rätt. Det finns t.ex. redan i dag bestämmelser i föräldrabalken om att i mål där utredning inhämtas, enligt FB 6:19, skall barnet tillfrågas om sin inställning.

Vidare har barn rätt till god man enligt reglerna i 11 kap. föräldrabalken när intressekonflikt uppkommit mellan barnet och föräldrarna.⁴² Det konstateras även i skrivelsen att Sverige har nått långt i arbetet med att finna olika vägar för att föräldrarna skall komma överens och nå samförståndslösningar i frågor om vårdnad, boende och umgänge i stället för att genomgå en uppslitande domstolsprocess. I Sverige finns också en barnombudsman och andra organisationer som främjar barns rättigheter, t.ex. Riksförbundet Barnens Rätt I Samhället (BRIS).⁴³

Bestämmelser som helt saknas i svensk rätt och som i konventionen har en framträdande plats, gäller barns rätt att erhålla all relevant information och bli informerade om följderna av sina önskemål och följderna av en judiciell myndighets dom eller beslut, enligt artikel 3 i konventionen. Följaktligen saknas också bestämmelser om den judiciella myndighetens skyldighet att kontrollera att barnet verkligen har blivit informerat, enligt artikel 6 i konventionen.⁴⁴

Enligt artikel 3 i konventionen skall ett barn som bedöms ha tillräcklig mognad i förfaranden som berör barnet tillförsäkras rätten att erhålla all

⁴⁰ Dahlstrand Lotta, s. 117

⁴¹ Dahlstrand Lotta, s. 118

⁴² Ds 2002:13 s. 60

⁴³ Ds 2002:13 s. 60

⁴⁴ Ds 2002:13 s. 60

relevant information. Det innebär rätten att tillfrågas om och redovisa sin inställning, samt rätten att bli informerad om de möjliga följderna av ett tillmötesgående av barnets inställning och de möjliga följderna av varje avgörande.⁴⁵

För att Sverige skall kunna tillträda konventionen måste det finnas bestämmelser i den svenska lagen som garanterar att alla barn, som kan anses ha tillräcklig mognad, i förfaranden hos socialnämnd och domstol som rör vårdnad, boende och umgänge blir informerade och får möjlighet att redovisa sin inställning.⁴⁶

I gällande svensk rätt finns det idag en bestämmelse som gör det möjligt för domstolen att ta reda på barnets inställning, vilket är bestämmelsen FB 6:19, 5st, om att barnet får höras inför rätten. För att höra barnet krävs emellertid att särskilda skäl talar för det och att det är uppenbart att barnet inte kan ta skada av att höras. Denna bestämmelse gör att det enligt skrivelsen kan sägas att barn redan idag har möjlighet att komma till tals i mål och ärenden om vårdnad, boende och umgänge och att Sverige därför uppfyller Europarådskonventionens krav på denna punkt.⁴⁷

Enligt skrivelsen kan det dock göras gällande att bestämmelserna i praktiken innebär att det är den enskilde domaren och inte barnet självt, som avgör i vilka mål och ärenden barnet skall få komma till tals. Enligt skrivelsen säkerställer gällande rätt endast att de barn, som förekommer i mål och ärenden där domstolen finner att barnets inställning kan ha betydelse, får redovisa sin inställning. Det är enligt skrivelsen endast i de målen som någon vuxen tillfrågar barnet om hans eller hennes inställning. I andra mål och ärenden krävs ett aktivt agerande från barnets sida om han eller hon vill utöva sin rätt att komma till tals. Enligt utredarens bedömning i skrivelsen, kan det vara svårt för ett barn att göra detta i den typen av mål och ärenden. För att barnet skall ha en faktisk möjlighet att utöva sin rätt att komma till tals även i mål och ärenden där barnet inte blir tillfrågat om sin inställning anses det i skrivelsen att det bör införas en ny bestämmelse om barns rätt att komma till tals. Genom att införa en sådan bestämmelse anses det att Sverige på ett bättre sätt uppfyller Europarådskonventionens bestämmelse om barns rätt att begära att bli tillfrågade om och få redovisa sin inställning.⁴⁸

Artikel 4 ger barnet rätt att begära att en särskild företrädare skall förordnas i fall där föräldrarna är förhindrade att företräda barnet på grund av en intressekonflikt med barnet. Reglerna om talerätt i mål om vårdnad, boende och umgänge bygger som nämnts på uppfattningen att vårdnaden är en rättighet och en skyldighet för föräldrarna. Därför är det normalt bara föräldrarna som är parter och har talerätt i dessa mål. Enligt svensk rätt kan därför en intressekonflikt mellan föräldrarna och barnet normalt inte uppstå i

⁴⁵ Ds 2002:13 s. 71

⁴⁶ Ds 2002:13 s. 71

⁴⁷ Ds 2002:13 s. 72ff

⁴⁸ Ds 2002:13 s. 74

mål och ärenden enligt 6 kap. FB.⁴⁹ Barn har dock i ärenden enligt FB 6:9, 2st, som reglerar de fall där barnet har en vårdnadshavare och denna dör, i praxis ansetts ha rätt att genom behörig ställföreträdare föra talan som part.⁵⁰

En ställföreträdare för barnet i den aktuella situationen har i praxis förordnats med stöd av FB 11:2, 3st. Enligt FB 11:2, 3st, skall överförmyndaren förordna god man för den som har vårdnadshavare eller förmyndare i angelägenheter där den enskilde har ett intresse som strider mot en sådan företrädares intresse. Barnet har alltså rätt att i ärenden där barnet kan vara part begära att en företrädare skall förordnas.

Mot denna bakgrund är det inte nödvändigt att i enlighet med artikel 4 vidta några lagstiftningsåtgärder för att Sverige skall kunna ratificera Utövandekonventionen.⁵¹

I artikel 5 i Utövandekonventionen uppmanas staterna att överväga att tillerkänna barnet partsbehörighet. Utredaren i skrivelsen tycker att det saknas anledning att i svensk rätt införa en talerätt för barn.⁵² En talerätt för barn oavsett om den var inskränkt som lades fram i utredningen om barnets rätt,⁵³ eller om den gjorde generell, skulle enligt utredaren i skrivelsen, knappast innebära att barnets åsikter beaktas i större utsträckning än vad föräldrarna är beredda att acceptera. Utredaren gjorde bedömningen att för de äldre barnen kunde det innebära ytterligare påfrestning, eftersom barnet skulle ges samma möjligheter som dess föräldrar att påverka avgörandet i processer om vårdnad, boende och umgänge, medan den praktiska tillämpningen av talerätten blir begränsad.⁵⁴

Utredaren ansåg vidare att det ändamål som skall tillgodoses med regler om barns representation i mål och ärenden om vårdnad, boende och umgänge måste beaktas. Det väsentliga är att barnets vilja verkligen kommer fram och blir beaktad i passande utsträckning. Detta kan också innebära att barnet säger eller visar att det inte vill ta ställning i konflikten. Väsentligt är, enligt utredaren, också att barnet får sådan information i saken som är av betydelse för barnet innan viktiga beslut om t.ex. barnets boende och umgänge fattas. Regler om hur barnets vilja skall komma fram och bli beaktad bör utformas så att ändamålet förverkligas i möjligaste mån.⁵⁵ En talerätt för barnet skulle enligt utredarens mening inte i praktisk tillämpning på något avgörande sätt tillgodose det angivna ändamålet, eftersom avgörandet slutligen som regel blir beroende av föräldrarnas vilja. Utredarens slutsats blir därför att varken en sådan begränsad talerätt som tidigare har föreslagits⁵⁶ eller en generell talerätt för barn i mål och ärenden om vårdnad, boende och umgänge skall införas i svensk rätt.⁵⁷

⁴⁹ Ds 2002:13 s. 83

⁵⁰ NJA 1983 s. 170

⁵¹ Ds 2002:13 s. 84

⁵² Ds 2002:13 s. 84

⁵³ SOU 1987:7 s. 91

⁵⁴ Ds 2002:13 s. 86f

⁵⁵ Ds 2002:13 s. 87

⁵⁶ SOU 1987:7 s. 91

⁵⁷ Ds 2002:13 s. 87

5 Svensk rätt

I nuläget har barn inte talerätt och är inte heller processbehöriga i mål om vårdnad, boende och umgänge. För närvarande finns det inte heller några regler som ger barn rätt till information eller till ett eget ombud i sådana mål.⁵⁸ I Sverige har under de senaste 25 åren diskussionen om barns deltagande i familjerättsliga processer rört frågan om barn skall ha talerätt och processbehörighet, i synnerhet i mål om vårdnad och umgänge. Bland annat har utredningen om barnens rätt i två betänkanden, år 1979 och 1987, föreslagit att barn skall ha talerätt mål och ärenden om vårdnad, boende och umgänge.⁵⁹ I propositionen 1994/95:224 diskuterades de principiella för och nackdelarna med att införa talerätt för barn. I propositionen kom regeringen fram till att det är viktigare att beakta barnets vilja och att en talerätt för barn inte var i enlighet med barnets bästa, då barnet kan ta stor skada av att involveras i en konflikt och en process mot sina föräldrar.⁶⁰ Inget av förslagen om talerätt har realiserats men frågan om talerätt återkommer med jämna mellanrum i debatten.⁶¹ Av intresse är att redovisa argumenten som har förts för ett införande av talerätt för barn och även redogöra för varför regeringen inte godkänt förslaget om talerätt för barn. Redogörelsen är viktig för att kunna föra en diskussion om domstolarnas beaktande av barnets vilja och utreda om en talerätt för barnet bättre överrensstämmer med reglerna om barnets bästa och reglerna om barnets rätt att komma till tals.

5.1 Barnets bästa

Ett barns grundläggande rättigheter anges i FB 6:1. Enligt denna bestämmelse har barn rätt till omvårdnad, trygghet och en god fostran. Vidare sägs att barn skall behandlas med aktning för sin person och egenart och att barn inte får utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande handling.⁶² Rätten till omvårdnad omfattar såväl den fysiska som den psykiska omsorgen. I den fysiska omsorgen ligger att barnet får sina materiella behov tillfredsställda, t.ex. att barnet får bostad och uppehälle. Med psykisk omsorg menas att barnet får omtanke, trygghet och förståelse, att gränser sätts för barnets handlande samt att det får fostran. I barnets rätt till trygghet ligger bl.a. att få leva i ett stabilt förhållande och att ha någon att lita på. Till en god vård och fostran hör att barnet får känna att det behövs och att det får pröva sin förmåga och utveckla sina inneboende resurser för att efter hand frigöra sig från sitt beroende av föräldrarna. Föräldrarna skall ta hänsyn till och visa respekt för de individuella

⁵⁸ Dahlstrand Lotta, s. 119

⁵⁹ SOU 1979:63 och SOU 1987:7

⁶⁰ Se Prop. 1994/95:224

⁶¹ Se bl.a. Ryrstedt Eva, Mattsson Titti, *Barn och föräldrar - kan vi acceptera dem som motparter?* SvJT 2007 s. 389

⁶² Sjösten Mats, s. 37

egenskaper och särdrag som ett barn har. Barn har med stigande ålder rätt till ett allt starkare integritetsskydd.⁶³

Uppräkningen i FB 6:1 av de rättigheter barn har gentemot sina föräldrar kan ge en vägledning om vad de skall iaktta vid sin uppfostran av barnet. Vidare kan uppräkningslistan få betydelse vid tvister om vårdnaden om ett barn på så sätt att domstolen bör välja den lösning som kan antas bäst främja att de angivna rättigheterna blir tillgodosedda. Bestämmelsen om barnets rättigheter kan uppfattas även som allmängiltiga normer och därmed indirekt påverka även andra än vårdnadshavare som har hand om barn eller bestämmelser i frågor som rör barn.⁶⁴

Barnets bästa är den viktigaste utgångspunkten när det gäller den materiella bedömningen vid vårdnadstvister. Alla beslut om vårdnad, boende och umgänge skall fattas med utgångspunkt i barnets bästa.⁶⁵ I FB 6:2a stadgas att:

”Barnets bästa skall vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge.

Vid bedömningen av vad som är bäst för barnet skall det fästas avseende särskilt vid

- risken för att barnet eller någon annan i familjen utsätts för övergrepp eller att barnet olovligt förs bort eller hålls kvar eller annars far illa, och*
- barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna.*

Hänsyn skall tas till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad.”

Tolkningen av barnets bästa varierar beroende på vilket rättsområde som är aktuellt.⁶⁶ Den svenska barnkommittén har föreslagit att barnets bästa skall tolkas med utgångspunkt i dels ett objektiva perspektiv, d.v.s. det man vet om barn genom forskning och erfarenhet och dels genom ett subjektivt perspektiv, d.v.s. att höra barnet självt och föra in dess synpunkter i beslutsfattandet.⁶⁷ Det finns alltså i huvudsak två sätt att avgöra vad som är barnets bästa. Det ena är att beslutsfattare på olika nivåer gör bedömningar som grundas på vetenskap och beprövad erfarenhet. Det handlar då om att skaffa sig kunskap om barn eller inhämta sådan kunskap från experter. Det andra sättet är att det berörda barnet tillåts ge uttryck för sin uppfattning om vad som är dess bästa. Detta förutsätter dock att barnet vistas i en trygg miljö där det inte påverkas alltför mycket av någon enskild vuxen. Det bästa underlaget för att bedöma vad som är barnets bästa får man genom att kombinera dessa båda perspektiv.⁶⁸ Hänsyn skall också tas till allt som rör

⁶³ Sjösten Mats, s. 37f

⁶⁴ Sjösten Mats, s. 39 och Prop. 1981/82:168 s.22

⁶⁵ Schiratzki Johanna, 2005 s. 107

⁶⁶ Schiratzki Johanna, 2005 s. 30

⁶⁷ Schiratzki Johanna, 2005 s. 30

⁶⁸ SOU 1997:116 s. 134

barnets fysiska och psykiska välbefinnande och utveckling. Så långt det är möjligt bör långsiktiga som kortsiktiga effekter för barnet beaktas.⁶⁹

Hur man skall tolka det subjektiva perspektivet har även varit en tolkningsfråga. I propositionen 1997/98:7 Vårdnad, boende och umgänge förordade regeringen att det subjektiva barnets bästa, barnets vilja, skulle tolkas som en fristående omständighet och inte kombineras in i en helhetstolkning.⁷⁰ Propositionen slog fast att frågor rörande vårdnad, boende och umgänge alltid skall avgöras efter vad som är bäst för barnet. Dock kunde det uppstå situationer där det är svårt att avgöra vad som kan anses vara bäst för barnet och därför bör barnets vilja vara en fristående omständighet som blir avgörande för domstolens ställningstagande.⁷¹

När domstolen skall beakta barnets bästa betyder det att en helhetsbedömning skall göras och att den bästa möjliga lösningen skall eftersträvas i varje enskilt fall.⁷² Prövningen av barnets bästa byggs på en bedömning av en rad faktorer och baseras på en prognos av de framtida förhållandena.⁷³ Aspekter av barnets bästa som särskilt skall beaktas är risken för att barnet far illa, föräldrarnas lämplighet, föräldrarnas överrenskommelser, barnets vilja, barnets umgänge och kontakt med den förälder som barnet inte bor med, enligt FB 6:2a och FB 6:7.

Domstol och socialnämnd skall besluta efter vad som är bäst för barnet och detta anges i flera bestämmelser i FB 6 kapitlet. Om någon av föräldrarna vill ha ändring i vårdnaden, skall vårdnaden anförtros åt en av föräldrarna ensam eller båda gemensamt efter vad som är bäst för barnet enligt FB 6:5, 1st. Domstolen kan besluta om eller neka att upplösa gemensam vårdnad även mot en förälders vilja om gemensam vårdnad är bäst för barnet. Barnets bästa är även bestämmande bl.a. vid domstolens beslut i frågor om boende och umgänge och vid socialnämndens godkännande av avtal om vårdnad, boende och umgänge, enligt FB 6:6 2st, FB 6:14a och FB 6:15a.⁷⁴

Genom bestämmelsen i FB 6:2a om barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna understryks att båda föräldrarna har betydelse för barnets välbefinnande och utveckling. I de allra flesta fall är det bäst för barnet att ha en nära och god kontakt med båda sina föräldrar. Barnets rätt till båda sina föräldrar får inte innebära att barnet måste leva eller umgås med en förälder under alla förhållanden. Ett barn måste ha en absolut rätt att inte själv bli utsatt för våld, övergrepp eller annan kränkande behandling. Det innebär också en risk för barnets psykiska hälsa att tvingas se eller höra våld i hemmet. Barn kan också uppleva stark oro för att drabbas av liknande

⁶⁹ Prop. 2005/06:99 s. 40

⁷⁰ Prop. 1997/98:7 s. 105

⁷¹ Prop. 1997/98:7 s. 105

⁷² Schiratzki Johanna, s. 35

⁷³ Schiratzki Johanna, s. 107

⁷⁴ Prop. 2005/06:99 s. 39

övergrepp. Även lindringare våld kan uppfattas som allvarligt.⁷⁵ När uppgifter om våld förs fram i ett mål om vårdnad, boende eller umgänge måste uppgifterna alltid prövas och en riskbedömning göras. I de fall där domstolen kommer fram till att det finns en risk för att barnet far illa, bör detta väga tungt i den helhetsbedömning av samtliga omständigheter som skall göras. Om en förälder utsätter barnet eller någon annan i familjen för våld, trakasserier eller andra kränkningar, är det i de allra flesta fall bäst för barnet att den föräldern inte får del i vårdnaden. Prövningen kan också mynna ut i att något umgänge inte alls bör äga rum. I andra fall kan bedömningen göras att ett umgänge visserligen är bäst för barnet, men att det bör ske i särskilda former, t.ex. närvaro av en kontaktperson. Det måste dock som alltid bli beroende av en individuell prövning, där det avgörande är vad som är bäst för barnet.⁷⁶

Det är inte bara domstolen, utan även den som utreder frågor om vårdnad, boende och umgänge som skall pröva ett påstående om övergrepp och göra en riskbedömning. Socialnämndens utredning ger ett viktigt underlag för domstolens beslut och måste därför ta upp alla sådana omständigheter som är väsentliga för domstolen att ha kännedom om. Genom sin kontakt med och kännedom om barnet måste utredaren skaffa sig en bild av hur barnet upplever sin situation och hur eventuella övergrepp i familjen har påverkat och kommer att påverka barnet framöver, liksom risken för att framtida övergrepp kan komma att ske. Genom utredningen kan det också komma fram omständigheter som tyder på att ett påstående om övergrepp saknar grund.⁷⁷

5.2 Domstolsprocessen

Mål och ärenden rörande vårdnad, boende och umgänge är indispositiva. Detta innebär att domstolen skall se till att frågor blir tillbörligt utredda och att domstolen i varje enskilt fall skall göra en prövning av vad som är bäst för barnet. Utredningsskyldigheten gäller såväl när föräldrarna tvistar om dessa frågor, som när de är överens. Domstolen skall se till att frågor om vårdnad, boende och umgänge blir tillbörligt utredda. Innan domstolen avgör ett mål skall socialnämnden ges tillfälle att lämna upplysningar. Har nämnden tillgång till upplysningar som kan vara av betydelse för frågans bedömning är nämnden skyldig att lämna sådana upplysningar. Om det behövs ytterligare utredning kan domstolen uppdra åt socialnämnden eller annat organ att utse någon att utföra sådan utredning, varvid domstolen kan fastställa riktlinjer och tider för utredningens bedrivande, enligt FB 6:19.⁷⁸

⁷⁵ Prop. 2005/06:99 s. 42

⁷⁶ Prop. 2005/06:99 s. 42

⁷⁷ Prop. 2005/06:99 s. 42

⁷⁸ SOU 2005:43 s. 550

Den som verkställer en vårdnadsutredning skall, om det inte är olämpligt, söka klarlägga barnets inställning och redovisa den för domstolen, enligt FB 6:19, 4st. I förarbetena sägs att för att upplysningar skall kunna lämnas måste utredaren sammanträffa med barnet för att få kunskap om barnets inställning. En vårdnadsutredning där utredaren aldrig träffat ett barn som är stort nog att uttrycka en egen vilja kan, enligt förarbetena, inte anses vara ett fullgott underlag för en domstol i en vårdnadstvist. Utredaren måste uppträda med varsamhet och med stor respekt för den lojalitetskonflikt som barnet befinner sig i. I förarbetena betonas vidare att det är viktigt att barnet inte pressas till att uttrycka en åsikt eller till att ta ställning för eller emot någon av föräldrarna. Av yttrandet till domstolen bör, enligt förarbetena, framgå sådana observationer som utredaren kunnat göra och som kan ge en bild av barnets inställning. Eventuella uttalade ståndpunkter från barnets sida bör noteras, varvid utredaren bör ange vilken betydelse som enligt hans eller hennes mening bör tillmätas sådana uttalanden. Det är utredarens uppgift att på ett sätt som är lämpligt, med hänsyn till barnets ålder och mognad, bedöma om barnet bör tillfrågas om sina synpunkter. Har det enligt utredarens bedömning, inte varit lämpligt att tillfråga barnet, bör detta och skälen därtill anges.⁷⁹

I Socialstyrelsens allmänna råd anges att utredaren alltid bör träffa barnet både enskilt och tillsammans med respektive förälder. Syftet bör vara att lära känna barnet, bedöma barnets utveckling och mognad, bedöma hur barnet mår och bedöma samspelet med och anknytningen till föräldrarna. Vidare anges att utredaren bör ge barnet tillfälle att berätta eller på annat sätt åskådliggöra hur det ser på sin situation. Utredaren bör anpassa samtalens innehåll och längd till barnets ålder och mognad. I utredningsrapporten bör utredaren kortfattat beskriva bl.a. barnets fysiska och psykiska hälsa samt omsorgsbehov, t.ex. hur barnet reagerat på den ändrade familjesituationen i samband med separationen och hur väl barnet funnit sig tillrätta. Utredaren bör också sammanfatta redovisa uppgifterna om barnet från föräldrarna respektive referenspersoner, register och barnet självt. Utredaren bör dessutom ge sin egen bild av barnet och ange vad den grundar sig på. Om utredaren inte har haft någon kontakt eller något samtal med barnet, bör anledningen till det redovisas. Om det inte varit lämpligt att klarlägga barnets inställning, bör det liksom skälen för detta anges. Utredaren bör vidare redovisa sin bedömning av bl.a. innebörden och vikten av barnets egen inställning. Efter avslutad utredning och när domstolen meddelat dom bör socialnämnden erbjuda föräldrarna tid för ett uppföljningssamtal. I samband med detta bör utredaren även erbjuda barnet ett uppföljningssamtal.⁸⁰

⁷⁹ Prop. 1994/95:224 s. 33 och 54-55

⁸⁰ SOU 2005:43 s. 551f, SOSFS 2003:14 s. 8-11

5.3 Hörande av barnet inför domstolen

Vid avgörande av tvister om vårdnad, boende och umgänge skall hänsyn tas till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad enligt, FB 6:2a, 3st. Två principiellt skilda perspektiv kan läggas på barnets vilja. Det ena perspektivet är att det kan hävdas att barnet bör få vara med och påverka utgången av en vårdnadstvist om sig själv. I det andra perspektivet hävdas att barnet bör hållas utanför föräldrarnas konflikt. Det framgår av föräldrabalken att hänsyn skall tas till barnets vilja och detta är avsett för att markera, att barnets vilja är en särskild betydelsefull omständighet, vid den prövning som skall göras i målet. Barnets skall dock aldrig behöva välja förälder, än mindre utsättas för påtryckningar att göra det.⁸¹

Barn själva saknar talerätt i de flesta mål om vårdnad och umgänge. Reglerna är istället utformade som så att barnet kommer till tals i sådana mål.⁸² I enlighet med Barnkonventionens bestämmelser om barns rätt att komma till tals infördes 1996 i föräldrabalken uttryckliga bestämmelser om barns rätt att komma till tals i mål och ärenden om vårdnad och umgänge i FB 6:2a, 3st. Vid bedömningen av barnets bästa skall domstolen ta hänsyn till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad.

Som ett led i domstolens skyldighet att se till att frågor om vårdnad, boende och umgänge blir tillräckligt utredda får barnet höras inför domstolen om särskilda skäl talar för det och det dessutom är uppenbart att barnet inte kan ta skada av att höras, enligt FB 6:19, 5st.⁸³

Barnets synpunkter och önskemål i tvistiga mål om vårdnad, boende och umgänge skall normalt komma fram genom den i målet verkställda vårdnadsutredningen. Detta förfarande är i allmänhet det lämpligaste och skonsammaste för barnet. Det finns dock undantagssituationer där det kan vara rimligt och lämpligt att barnet hörs inför domstolen. Sådana situationer kan föreligga om barnet självt har begärt att få framträda inför domstolen och lägga fram sina synpunkter. Om barnet begär att få höras, måste domstolen före förhandlingen på lämpligt sätt förvissa sig om att detta motsvarar barnets verkliga vilja. Barnets önskemål om att få höras bör dock inte ha någon avgörande betydelse eftersom det i vissa fall kan vara svårt att fastställa om barnets begäran bygger på en verklig vilja eller beror på påtryckningar från annat håll.⁸⁴

Exempel på särskilda skäl som kan tala för att barnet hörs, trots att barnet självt inte har begärt det, har i motiveringen varit att barnet under vårdnadsutredningen har gett uttryck för en bestämd uppfattning i vårdnadsfrågan. Barnet behöver för den skull inte ha framställt någon direkt begäran att höras inför domstolen. I denna situation krävs att det framstår

⁸¹ Schiratzki Johanna, Mamma och pappa inför rätta, s. 90

⁸² Prop. 1994/95:224 s. 16

⁸³ Prop. 2005/06:99 s. 36

⁸⁴ Sjösten Mats, s. 193

som uppenbart att barnet inte tar skada av ett förhör.⁸⁵ Det är domstolens skyldighet att i det enskilda fallet ta ställning till om det är lämpligt att barnet hörs. En förutsättning är under alla förhållanden att barnet går med på att framträda inför domstolen. Barnets ålder och mognad måste också vägas in i bedömningen.⁸⁶

Lagrådet ansåg att domstolen bör tillämpa regeln med stor återhållsamhet även då det är klart att ett förhör inte har någon direkt skadlig verkan för barnet. Enligt lagrådet bör en uppgift från föräldern eller dennes ombud, att barnet självt vill uttala sin mening vid huvudförhandling i målet, utan vidare leda till att barnet hörs. Barnet kan istället under avspända förhållanden ge uppgifter åt en vårdnadsutredare, vilket kan ge en lika god bild av barnets inställning och det är då lämpligare att domstolen inskränker sig till att höra utredaren om de närmare omständigheterna när uppgifterna lämnades.⁸⁷

När ett barn hörs inför domstolen är det av största vikt att förhandlingen går till på ett sådant sätt att barnet inte utsätts för någon press. Barnet skall inte under några omständigheter behöva ta ställning i en vårdnadskonflikt mellan föräldrarna eller i övrigt i ett vårdnadsfall. Något förhör i egentlig mening, såsom t.ex. med vittnen, kan det inte bli fråga om. Domstolen skall verka för att barnet hörs i en avspänd atmosfär. Det ligger ett stort ansvar på rättens ordförande för hur själva förhöret genomförs. Det kan, i de fall båda föräldrarna biträds av ombud, vara lämpligt att föräldrarna lämnar förhandlingen medan barnet hörs. Föräldrarna kan, efter det att barnet har lämnat förhandlingen, informeras om vad barnet har berättat för domstolen.⁸⁸

5.4 Domstolens beaktande av barnets vilja, utvärdering av 2002 års vårdnadskommitté

Den 27:e juni 2002 beslutade regeringen att tillsätta en kommitté med uppdrag att utvärdera 1998 års vårdnadsreform. Kommittén hade i uppgift att undersöka hur de nya reglerna om vårdnad, boende och umgänge tillämpas av domstolar och socialnämnder och hur socialnämnderna klarat av sina nya arbetsuppgifter. En annan uppgift som kommittén hade var att utvärdera 1996 års reform om barns rätt att komma till tals och undersöka hur domstolar och socialnämnder tillämpar bestämmelserna, med de ändringar som gjordes år 1998.⁸⁹

⁸⁵ Ryrstedt Eva, Juridisk Tidskrift, Nr. 2 2005-06 s. 318

⁸⁶ Prop. 1981/82:168 s. 78

⁸⁷ Prop. 1981/82:168 s. 88

⁸⁸ Sjösten Mats, s. 194

⁸⁹ SOU 2005:43 s. 25

I granskningen av 1996 års reform om barns rätt att komma till tals gick kommittén igenom 249 domar från tingsrätterna och domarna berörde 376 barn. Kommittén hämtade även in hovrättens dom eller beslut i de fall domen från tingsrätten överklagats. Tingrättens dom överklagades i 135 fall och rörde sammanlagt 200 barn.⁹⁰

Kommittén hade endast tillgång till domstolarnas domar i målen. Akten i målen gick kommittén inte igenom. Kommittén uppmärksammade att domarnas utformning och innehåll varierade, vilket hade betydelse när de tolkade granskningsresultatet. Socialnämndens hela vårdnads-, boende- och umgängesutredning ingick i ett fåtal fall som bilaga till domen, i några domar citerades delar av utredningen och i andra domar nämndes endast att en utredning genomförts. Detta inverkar på vissa resultat av kommitténs granskning. Kommittén betonade att detta särskilt gäller frågan om barnen kommit till tals i processen. Kommittén menade på att även om barnet kommit till tals genom socialnämndens utredning eller på annat sätt, kan det hända att domstolen av olika skäl valt att inte redovisa det i domen. Även frågan om huruvida den som utfört vårdnads-, boende- eller umgängesutredningen lämnat någon rekommendation påverkas av vilka uppgifter domstolen valt att redovisa i domen. Det är vidare ofta oklart om rekommendationen lämnats i den skriftliga utredningen eller enbart vid vittnesförhör inför rätten, enligt kommitténs undersökning.⁹¹ Av kommitténs undersökning framgick vidare att domstolens motivering till besluten i domen, de egentliga domskälen, förekom det stora variationer, dels mellan olika domar, dels mellan olika beslut inom en och samma dom. Ett exempel på det sista, som kommittén påpekade, var att beslutet i vårdnadsfrågan ofta motiverades medan beslutet i umgängesfrågan inte alltid motiverades. Vid genomgången av domarna var det nödvändigt att till viss del schablonisera de kriterier som domstolarna motiverade sina beslut med. Med detta avses att domstolen inte alltid explicit använt sig av just det uttryck som anges i de uppställda kriterierna, men att innebörden varit densamma.⁹²

I alla frågor som rör vårdnad, boende och umgänge är barnet huvudperson. 2002 års vårdnadskommitté ansåg därför att det är självklart att stor vikt läggs vid barnets egen inställning om hur det vill ha det. Samtidigt är det viktigt att barnet inte pressas att ta ställning. Barnet skall ges möjlighet att få komma till tals och uttrycka en inställning om det vill. Kommittén ansåg att om barnet uttryckt en inställning om hur det vill ha det måste det väga tungt vid bedömningen av vad som är det bästa för barnet.⁹³

2002 års vårdnadskommittés undersökningar av vårdnadsutredningar och domar visade att barnets inställning som regel redovisades i vårdnadsutredningen i vart fall från det att barnet var 6-7 år gammalt. I åldersgruppen 7-17 år redovisades samtliga barns inställning. När det gällde

⁹⁰ SOU 2005:43 s. 90f

⁹¹ SOU 2005:43 s. 91f

⁹² SOU 2005:43 s. 92

⁹³ SOU 2005:43 s. 210

barn som var 6 år gamla redovisades fyra av sju barns inställning. Bland de barn som var 5 år gamla redovisades två av tolv barns inställning. Barnen hade ofta synpunkter på var de ville bo och i hur stor utsträckning de ville träffa den förälder de inte bodde tillsammans med.⁹⁴

Däremot redovisade domstolarna många gånger inte barnets inställning i domen. Vårnadskommitténs granskning av domar visade att i åldersgruppen 6-17 år redovisades barnets inställning i domen i endast drygt hälften av fallen. Ju äldre barnet var desto oftare togs dess inställning upp i tingsrättsdomen. Var barnet över 12 år gammalt redovisades dess inställning i drygt tre fjärdedelar av fallen. När barnet var 9-11 år gammalt redovisades dess inställning i ungefär hälften av fallen, medan barnets inställning redovisades i endast drygt en tredjedel av fallen om barnet var 6-8 år gammalt. När barnet var 3-5 år redovisades dess inställning i tre fall.⁹⁵

Vårnadskommitténs utredning visade vidare att tingsrätten tog upp barnets vilja som kriterium vid sin bedömning i målet i knappt en tredjedel av granskade fall. Det skiljde sig mellan äldre och yngre barn. Tingsrätten tog upp barnets inställning i sin bedömning i 65 procent av fallen då barnet var över 12 år gammalt. När barnet var 9-11 år gammalt skedde detta i 43 procent av fallen och när barnet var 6-8 år gammalt i 23 procent av fallen. I åldersgruppen 3-5 år togs ett barns inställning upp. I de fall där tingsrätten tog upp barnets inställning i sin bedömning följdes barnets inställning i knappt två tredjedelar av fallen, vilket motsvarade 61 barn. I fyra av dessa fall ansåg tingsrätten att barnet var påverkat, men dess inställning följdes ändå. Barnets inställning följdes inte i drygt en tredjedel av fallen. Beträffande 17 barn ansåg tingsrätten att barnets inställning var ett utslag av en lojalitetskonflikt, d.v.s. att barnet var påverkat och bortsåg därför från barnets vilja. Beträffande 13 barn ansåg tingsrätten att barnets inställning var vacklande eller inte riktigt tydligt och beträffande sex barn hänvisade tingsrätten till barnets låga ålder och mognad. Ju äldre barnet var, desto vanligare var det att inställningarna följdes. När barnets var 9-11 år och över 12 år följde tingsrätten dess vilja i drygt två tredjedelar av fallen. Var barnet 6-8 år följdes dess vilja i 41 procent av fallen. I ett fall var barnet 3-5 år gammalt då dess vilja togs upp av tingsrätten som ett kriterium vid bedömningen och dess vilja följdes då.⁹⁶

När det gäller domarna från hovrätterna, enligt vårnadskommitténs undersökning, redovisades barnets inställning i knappt en fjärdedel av domarna och hovrätten tog upp barnets inställning som ett kriterium vid sin bedömning i knappt en femtedel av fallen. I de fallen barnets inställning togs upp som ett kriterium vid bedömningen följdes inställningen i knappt hälften av fallen. Samtliga dessa barn var över 9 år gamla.⁹⁷

⁹⁴ SOU 2005:43 s. 210

⁹⁵ SOU 2005:43 s. 210

⁹⁶ SOU 2005:43 s. 210f

⁹⁷ SOU 2005:43 s. 211

Kommittén påpekade att i vissa fall kunde frånvaron av uppgifter om barnets inställning i domarna bero på att domstolen inte hade att pröva just det som barnet haft synpunkter på. Domstolen kanske endast hade att ta ställning till vårdnadsfrågan medan barnet haft synpunkter på boende eller umgängesfrågan.⁹⁸

Kommittén påpekade att barnet är huvudperson i vårdnadstvister och det är självklart att det som barnet uttryckt alltid måste övervägas, Kommittén ansåg att det är viktigt att tolkningen av barnets inställning blir nyanserad och hänsyn tas till sådana faktorer som barnets ålder och mognad, hur barnet kan ha påverkats av konflikten mellan föräldrarna och om barnet känner sig otryggt hos den ena föräldern. Kommittén påpekade att det möjligen fanns en tendens hos domstolarna att ställa alltför höga krav på att barnet skall ha uttryckt en bestämd uppfattning för att dess inställning skall beaktas. Kommittén menade på att det kan bero på att det i lagtexten sägs att det är barnets ”vilja” som skall beaktas. Kommittén menade att ordet ”vilja” kan leda till tanken att barnet tydligt och klart måste ha uttryckt en bestämd uppfattning exempelvis om vilken av föräldrarna som barnet vill bo hos eller hur ofta det vill träffa den andra föräldern. Kommittén menade att detta inte överrensstämmer med tankarna i Barnkonventionen, eller hur kommittén anser att barnets inställning skall beaktas. Kommittén ansåg att det är en självklarhet att om barnet har en bestämd uppfattning, måste denna, beroende på ålder och mognad, beaktas. Kommittén påpekade dock att även om barnet inte ger uttryck för en bestämd uppfattning, måste ändå barnets synpunkter, om sådana lämnas, beaktas. Kommittén menade på att många gånger kan det vara så att barnet inte vill ta direkt ställning mellan föräldrarna men kan istället ge uttryck för i vilken skola det vill gå i, vilka fritidsaktiviteter det vill ägna sig åt osv. En indirekt följd till detta kan, enligt vårdnadskommittén kan vara att man beslutar vilken förälder barnet bör bo hos eller på vilket sätt ett umgänge bör vara utformat för att barnets önskemål skall kunna tillgodoses. Det var enligt kommitténs mening inte förenligt med barnets bästa att bortse från sådana mera allmänt uttryckliga funderingar från barnets sida.⁹⁹

Vårdnadskommitténs uppfattning var att domstolar och socialnämnder behövde bli bättre på att redovisa och beakta barnets inställning. De ansåg att barnet är expert på sin situation och måste därför få möjlighet att påverka hur dess framtida liv skall se ut. Kommittén ansåg dock vidare att barnets egen inställning inte får leda till att ett barn pressas att ta ställning för eller emot en förälder. Den som har i uppgift att tala med ett barn i en vårdnadsutredning eller i domstol måste vara lyhörd för de signaler som barnet ger, enligt kommittén. Det får, enligt kommitténs mening, aldrig krävas att barnet på något sätt bestämmer hur det skall bli framöver. Barnet skall få en möjlighet att uttrycka sina känslor inför vad olika alternativ kan innebära. Den som talar med barnet har ett stort ansvar för att informera barnet om vad olika alternativ kan föra med sig och vilka konsekvenser ett eventuellt ställningstagande från barnets sida kan få. Kommittén ansåg att

⁹⁸ SOU 2005:43 s. 211

⁹⁹ SOU 2005:43 a. 212

barnet skall ges möjlighet att komma till tals, men i de fall då barnet inte vill tala om sin situation med utredaren eller inte redovisa någon egentlig inställning måste detta respekteras.¹⁰⁰

Kommittén påpekade vidare att även om barnet i princip alltid skall få möjlighet att komma till tals, kan det finnas situationer där det kan vara olämpligt att föra ett samtal med barnet för att utreda dess inställning. Sådana fall kan vara om barnet mår psykiskt dåligt eller befinner sig i en stark lojalitetskonflikt mellan föräldrarna. Det kan också, enligt kommittén, vara mindre lämpligt om barnet redan utretts i ett annat sammanhang, t.ex. genom en nyligen genomförd vårdnadsutredning, barnavårdsutredning eller en barnpsykiatrisk utredning. Finns det en annan utredning som visar barnets inställning finns det inget egenvärde i att även samtalsledaren eller vårdnadsutredaren talar särskilt med barnet och försöker få barnet att uttrycka en inställning, enligt kommittén. Bedömningen av om samtal skall föras med barnet skall avgöras från fall till fall. Vid bedömningen av om samtal med barnet bör ske måste man utgå från den kännedom man har om det enskilda barnet och dess situation, enligt kommittén.¹⁰¹

Kommittén ansåg att det måste ställas stora krav på att den som talar med barnet gör det med lyhördhet och respekt för barnet och dess situation. Det är viktigt att samtalsledaren förhåller sig objektiv och inte tolkar in sin egen inställning i det barnet säger. Kommittén ansåg att det också är viktigt att samtalsledaren lyssnar på barnets signaler och sätter samman dem med barnets situation, ålder och mognad, d.v.s. tolkar det barnet säger på ett objektivt sätt.¹⁰²

Vårdnadskommittén påpekade att det ibland kan uppfattas så att barnet är påverkat av en förälder till att ha en viss inställning. Kommittén menade att för barnet behöver det dock inte ha någon egentlig betydelse om dess inställning grundar sig på förhållanden som har inträffat eller om det beror på att det blivit påverkat av en förälder. För barnet är inställningen i båda fallen lika verklig. Kommittén menade att en rädsla eller en ovilja som barnet kan hysa för en förälder är reell för barnet vare sig den är befogad eller obefogad. En annan sak, enligt kommittén, är att det är viktigt att gå till botten med orsaken till rädslan eller oviljan och att hjälpa barnet att komma över den, inte minst om den inte grundar sig i verkliga förhållanden. Kommittén menade att det även kan vara så att barnet inte uttrycker det som det egentligen tänker och känner rädsla för eller av hänsyn till någon av föräldrarna. Kommittén menade att barn är ofta lojala mot sina föräldrar och vill att det skall vara rättvist. Kommittén betonade därför att det är viktigt att sätta in det barnet säger i sitt sammanhang och väga in samtliga omständigheter vid bedömningen av hur barnets inställning skall tolkas och vilken vikt som skall läggas vid det barnet har sagt.¹⁰³

¹⁰⁰ SOU 2005:43 s. 212

¹⁰¹ SOU 2005:43 s. 213

¹⁰² SOU 2005:43 s. 213

¹⁰³ SOU 2005:43 s. 213

5.5 Utredningen av barnets rätt – Talerätt för barn

Utredningen om barnets rätt tillsattes efter bemyndigande av regeringen i februari 1977. Utredningens uppdrag var att undersöka om, och i så fall i vilken utsträckning, ett barn skall ha rätt att självt väcka talan eller föra talan i mål. En annan fråga utredningen skulle ta ställning till var om ett barn, i de fall ett barn skulle få rätt att föra talan, skulle få göra detta på egen hand eller om en ställföreträdare alltid skulle utses för att föra barnets talan.¹⁰⁴

Utredningen började med att slå fast att mål i frågor om vårdnad, boende och umgänge i allra högsta grad berör barnets intressen. Dock konstaterade att bilden är ganska splittrad när det gäller barns talerätt. Utredningen ansåg att det har en historisk förklaring. Sedan länge är hänsynen till barnets bästa det kriterium som skall avgöra utgången i en vårdnadstvist, dock menade utredningen att vårdnadsprocessen fortfarande ofta handlar om vem av föräldrarna som skall ha rätt till barnet. Föräldrarna är, enligt utredningen, så dominerande att det inte har varit naturligt att se barnet som en part med egna intressen. I de vårdnadsfall där barnet tillerkänts partsställning, finns det enligt utredningen, en praktisk och enkel förklaring; någon motpart som skulle kunna överklaga avgörandet skulle annars inte finnas.¹⁰⁵

Utredningen påpekade att det är uppenbart att en talerätt för barn på ett mer praktiskt plan skiljer sig från vuxnas talerätt. I varje fall kan inte de små barnen bilda sig en egen ståndpunkt, utan de måste ha en vuxen som ställföreträdare i processen. Utredningen menade att de små barnen varken kan uppträda själva eller ge direktiv till ett ombud. Detta faktum gör en talerätt för barn mer problematiskt än talerätt i allmänhet, enligt utredningen.¹⁰⁶

Ett annat problem, enligt utredningen, är risken för att en talerätt skulle kunna öka eller tillspetsa motsättningarna i en vårdnadsprocess. Meningen med en talerätt är bl.a. att den som är taleberättigad skall komma till tals och ta ställning i processen. En talerätt för barn i en vårdnadsprocess, kan enligt utredningen, innebära att barnet tvingas välja sida och ta ställning för den ene och mot den andre föräldern. Föräldrar med starka inbördes motsättningar kan försöka övertala barnet att ta ställning på ett visst sätt. Barnet kan därigenom riskera att bli en bricka i spelet mellan föräldrarna, enligt utredningen.¹⁰⁷

Utredningen påpekade dock att föräldrar kan dra sig för att starta en vårdnadsprocess, om de vet att barnet kan komma att uppträda som en part i

¹⁰⁴ SOU 1987:7 s. 3 och s. 55-56

¹⁰⁵ SOU 1987:7 s. 84

¹⁰⁶ SOU 1987:7 s. 84

¹⁰⁷ SOU 1987:7 s. 85

processen, antingen självt eller genom en annan ställföreträdare än föräldrarna. En talerätt skulle därför öka föräldrarnas benägenhet att försöka enas i vårdnadsfrågan.¹⁰⁸

Utredningen ansåg att de var principiellt svårt att motivera att barnet inte skulle ha talerätt i processer som rör såväl barnets som föräldrarnas intressen, när föräldrarna enligt nuvarande system har talerätt. Utredningen menade vidare att man genom att ge barnet talerätt, får en bättre garanti för att det får komma till tals i processen och framföra sina synpunkter när det så önskar. Härigenom får barnet en centralare ställning i processen än vad det har idag.¹⁰⁹

Utredningen påpekade att när både barn och föräldrar är parter i en process, där de kan ha motstridiga intressen, måste någon annan än föräldrarna företräda barnet, man behöver utse en ställföreträdare. För att utse en ställföreträdare, bör det avgörande kriteriet vara att det råder motstridiga intressen mellan föräldrarna och barnet. En bedömning av detta kriterium kan vara svårt, enligt utredningen. Föräldrarna kan t.ex. vara överrens om hur en vårdnadsfråga skall lösas, men detta kan strida mot barnets bästa och i dessa fall kan det anses att barnet och föräldrarna har motstridiga intressen. Om föräldrarna är överrens i frågor om vårdnad, boende och umgänge, bör, enligt utredningen, ingen ställföreträdare utses till barnet.¹¹⁰

5.5.1 Processbehörighet för äldre barn

Huvudregeln är att bara den som har rättslig handlingsförmåga själv får föra sin talan vid domstol eller med annat uttryck är processbehörig. Rättslig handlingsförmåga tillkommer endast den som är myndig, d.v.s. har fyllt 18 år och inte har blivit omyndigförklarad. Med andra ord saknar barn i princip rättslig handlingsförmåga och därmed processbehörighet. Om barnet själv inte får föra sin talan får den istället föras av en ställföreträdare.¹¹¹

En möjlighet för barnet att självt kunna föra sin talan i mål och ärenden där det är part är enligt utredningens mening av positivt värde när det gäller dess möjligheter att påverka sin situation. Utredningen föreslog därför att göra barn processbehöriga. Alternativet var att låta de äldre barnens talan i mål rörande vårdnad och umgänge föras av en ställföreträdare för barnet. I vissa fall måste ställföreträdaren, på grund av att det kan föreligga motstridande intressen mellan barnet och dess vårdnadshavare, vara någon annan än vårdnadshavaren. Det måste då utses en särskild ställföreträdare för barnet i det mål eller ärende där barnet för talan.¹¹²

Enligt utredningens mening fanns det inga skäl mot att de äldre barnen gavs en processbehörighet med generell giltighet i alla mål och ärenden om

¹⁰⁸ SOU 1987:7 s. 85

¹⁰⁹ SOU 1987:7 s. 85

¹¹⁰ SOU 1987:7 s. 86

¹¹¹ SOU 1987:7 s. 87

¹¹² SOU 1987:7 s. 87

barnets personliga angelägenheter. I praktiken innebär detta att det processbehöriga barnet skulle få samma ställning som övriga parter i målet, d.v.s. i flertalet fall samma ställning som föräldrarna. Ett sådant barn skulle få ta emot en stämning i målet och det skulle föreläggas eller beredas tillfälle att yttra sig över utredningen i målet. Barnet skulle själv få avgöra om en eller ett beslut skall överklagas. Var föräldrarna ense skulle det processbehöriga barnet kunna instämma i vad föräldrarna överrenskommit genom att skriva på den gemensamma ansökan.¹¹³

5.5.2 Åldersgräns för barns processbehörighet

Det var enligt utredningen inte tänkbart att vem som helst skulle få vara processbehörig. För att själv få utföra sin talan måste barnet ha uppnått en viss mognad. Det var inte realistiskt att ge små barn processbehörighet. Utredningen ansåg att visserligen kan ofta ganska små barn uttrycka sina åsikter om hur en fråga, som berör dem, skall lösas, men man kan inte utgå ifrån att de därmed förmår att bedöma sin situation på ett tillförlitligt och rimligt sätt.¹¹⁴

Utredningens ambition var att ett barn skulle få utöva inflytande över sin situation i all möjlig utsträckning. Problemet var att man inte kan gå alltför långt ner i åldrarna utan att rätten till inflytande förlorar sin mening eller t.o.m. blir skadligt för barnet. Att pressa ett barn till ställning kom enligt utredningen inte på fråga. En annan svårighet var att det fanns stora individuella skillnader mellan barn i fråga om mognad och därmed förmåga att bedöma vad som är dess bästa. En åldersgräns behövde därför väljas med försiktighet. Annars fanns det en risk för att alltför många av dem som befann sig ovanför gränsen inte kunde på ett meningsfullt sätt förvalta den rätt att själva föra sin talan som de har utrustats med. Utredningens förslag var att införa en processbehörighet i personliga angelägenheter från och med att barnet fyllt 15 år.¹¹⁵

5.5.3 Biträde åt det processbehöriga barnet

Utredningen påpekade att situationen då man skall fylla sin partsroll utan bistånd av en insiktsfull och erfaren person, är i många fall en övermäktig uppgift även för en vuxen. Därför är behovet också stort för ett barn som genomsnittligt sett är underlägsen de vuxna i fråga om erfarenheter och insikter, samtidigt som konsekvenserna av ett ställningstagande kan vara svåra för ett barn. Utredningen ansåg att ett offentligt biträde var ett ändamålsenligt sätt att tillgodose det processbehöriga barnets behov av biträde när det var part i ett mål som rör dess personliga angelägenheter.¹¹⁶

¹¹³ SOU 1987:7 s. 87

¹¹⁴ SOU 1987:7 s. 88

¹¹⁵ SOU 1987:7 s. 88

¹¹⁶ SOU 1987:7 s. 89

Utredningen påpekade att deras förslag inte ledde till det förhållandet att om barnet tilldelas ett offentligt biträde, skulle detta inte inkräkta på barnets befogenhet att självt föra sin talan. Biträdets befogenheter skulle begränsa sig till att bistå barnet i olika hänseenden vid talans utförande och skulle inte innefatta någon rätt att handla på barnets vägnar. För att biträdet skulle få göra detta, skulle krävas att barnet lämnar en fullmakt åt biträdet, enligt utredningen.¹¹⁷

5.6 Biträde åt det icke processbehöriga barnet

För de barn som inte är processbehöriga, enligt utredningens förslag, de barn som är under tolv år, behövs någon som i barnets ställe kan föra dess talan. Utredningen påpekade att normalt är det vårdnadshavaren, föräldrarna, som fyller denna uppgift. Utredningen påpekade att i många fall är det inte rimligt eller möjligt att vårdnadshavaren får fungera som barnets ställföreträdare, alltså behövs det någon annan som i egenskap av ställföreträdare kan föra det icke processbehöriga barnets talan i målet eller ärendet.¹¹⁸

Ställföreträdaren som kan utses bör enligt utredningens förslag vara ett offentligt biträde som alltid skall utses till det icke processbehöriga barnet. Att utse ett offentligt biträde till barnet menade utredningen skulle stärka de mindre barnens rättställning genom att samhället skulle utrusta dem med en kompetent ställföreträdare.¹¹⁹

Det offentliga biträdet skall enligt utredningen vara kostnadsfritt för barnet. Att barnet görs till en part i vårdnads-, umgänges-, och verkställighetsmålen skall inte leda till att barnet belastas med kostnader för rättegången.¹²⁰

5.7 Regeringens övervägande för införandet av en talerätt för barn

Barnets bästa är det centrala i vårdnadstvister och i andra mål och ärenden som rör relationen mellan barn och föräldrar eller på något annat sätt angår barnets person. Handläggningen av sådana mål och ärenden bör därför vara inriktad på att utröna hur barnets behov bäst blir tillgodosedda. Utgångspunkten för bedömningen bör vara att det som föräldrarna är överens om angående barnet som regel är till barnets bästa.¹²¹

¹¹⁷ SOU 1987:7 s. 90

¹¹⁸ SOU 1987:7 s. 90

¹¹⁹ SOU 1987:7 s. 91

¹²⁰ SOU 1987:7 s. 121

¹²¹ Prop. 1994/95:224 s. 27

För att domstolen skall få en uppfattning om vad som är bäst för barnet är det viktigt att barnets egna uppfattningar och egna önskemål kommer fram och blir beaktade i processen. En allmän utgångspunkt bör vara att hänsyn skall tas till barnets vilja alltefter vilken ålder och mognad som barnet uppnått.¹²² Vad som är barnets verkliga vilja kan dock vara svårt att veta. Barn kan på olika sätt påverkas till att ha en viss inställning och barnets inställning kan förändras från dag till dag. Det är därför viktigt att det som barnet ger uttryck för bedöms med sakkunskap och med hänsyn till omständigheter i det enskilda fallet.¹²³

En viktig fråga i detta sammanhang är om barn bör ha talerätt i de mål och ärenden som berör dem. Några allmänna reflektioner kan göras inledningsvis. En vårdnads- eller umgängestvist innebär en stark känslomässig påfrestning för de inblandade. Även andra mål och ärenden som berör ett barn kan vara känsliga. I många sammanhang har det framhållits att ett barn aldrig får pressas till att uttrycka en åsikt eller till att ta ställning för någon av föräldrarna mot den andra. Regeringen delade detta synsätt i propositionen.¹²⁴

Propositionen påpekar att det är viktigt att beakta att det i handläggningen av vårdnads- och umgänges mål och i andra mål och ärenden som angår ett barns person måste finnas utrymme för flexibilitet. En formell talerätt för barn är inte nödvändigtvis det bästa sättet att tillgodose barnets intressen eller det bästa sättet att se till att barnets vilja verkligen kommer fram och blir beaktad. Regeringen menade att det inte ens är säkert att en formell talerätt är önskvärd och att en egen talerätt för barn inte är något självändamål.¹²⁵ Det väsentliga är att barnets vilja verkligen blir beaktad och att den blir beaktad på rätt sätt. Frågan om barns talerätt i olika mål och ärenden bör bedömas från den utgångspunkten.¹²⁶

5.7.1 Principiella skäl för och emot en talerätt för barn

Regeringen gjorde bedömningen att det inte bör införas någon talerätt för barn i mål och ärenden om vårdnad och umgänge. Regeringen ansåg att det är en självklarhet att frågor som rör ett barns person angår barnet rätt. Denna syn delades också av utredningen i SOU 1987:7.¹²⁷

Utredningen menade att det därför finns starka skäl för att barn skall tillerkännas en generell rätt att föra talan i sådana mål och ärenden och

¹²² Prop. 1994/95:224 s. 27

¹²³ Prop. 1994/95:224 s. 27

¹²⁴ Prop. 1994/94:224 s. 28

¹²⁵ Prop. 1994/95:224 s. 28

¹²⁶ Prop. 1994/95:224 s. 28

¹²⁷ SOU 1987:7 s. 86

däriigenom bli formellt likställt med sina föräldrar i processen. Detta stämmer väl överens med den allmänna principen i den svenska rättsordningen att var och en som har ett av rättsordningen skyddat intresse också skall ha talerätt rörande det intresset.¹²⁸

En majoritet av de remissinstanser som yttrade sig över utredningens förslag instämde i bedömningen och tillstyrkte förslaget om en generell talerätt för barn. Flera remissinstanser ansåg dock att den av utredningen föreslagna åldersgränsen för processbehörighet borde vara 15 år istället för det föreslagna 12 år.¹²⁹

Enligt utredningens förslag skall talerätten för barn vara inskränkt på det sättet att den inte skall innefatta en initiativrätt för barnet. Barnets talerätt skulle alltså inte få det innehåll som vanligen läggs in i begreppet talerätt. Regeringen instämde i att det inte behövde vara självklart att en talerätt måste innefatta alla tre momenten, initiativrätt, argumentationsrätt och klagorätt.¹³⁰ Det fanns dock enligt regeringen andra omständigheter som visade på, att den av utredningen om barns rätt föreslagna talerätt, inte kan jämföras med vad som vanligen menas med talerätt.¹³¹

Enligt regeringen är eller blir föräldrarna i de flesta fall överrens om hur vårdnads- och umgängesfrågorna skall lösas vid en separation. Även i dessa mål skall, enligt utredningens förslag, barnet vara part i målet. Dock skall inte någon ställföreträdare utses för det icke processbehöriga barnet. Barnet skall enligt utredningen företrädas av sina föräldrar i egenskap av barnets legala ställföreträdare. Föräldrarna blir då både ställföreträdare och motparter i dessa mål. Regeringen ifrågasatte om detta är lämpligt.¹³²

Enligt utredningens förslag skall barnet inte behöva ta parti för någon av föräldrarna i processen. Regeringen hade samma uppfattning om detta. Dock ansåg regeringen att det är principiellt främmande att en part på det sättet inte skall behöva ta ställning till själva tvistefrågan i målet, vilket också framställs i yttranden över regeringens förslag.¹³³ Regeringen ansåg att det är viktigt att beakta vilket ändamål som skall tillgodoses med regler om barns representation i mål och ärenden om vårdnad och umgänge. Det väsentliga är att barnets vilja verkligen kommer fram och blir beaktat i tillbörlig utsträckning. Regeringen ansåg istället att reglerna därför bör utformas så att detta ändamål förverkligas i möjligaste mån.¹³⁴

Juridiska fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet uttalade sig om regeringens argumentation angående barns talerätt. Styrelsen menade att de skäl som anförts mot en talerätt för barnen i själva verket var ett uttryck för

¹²⁸ Prop. 1994/95:224 s. 28

¹²⁹ Prop. 1994/95:224 s. 29

¹³⁰ Prop. 1994/95:224 s. 29

¹³¹ Prop. 1994/95:224 s. 29

¹³² Prop. 1994/95:224 s. 29

¹³³ Prop. 1994/94:224 s. 29

¹³⁴ Prop. 1994/94:224 s. 29

en ovilja eller oförmåga att särhålla barnets intresse från det allmännas och var ett okritiskt förhållningssätt till officialprövning, som det enda och bästa sättet att utreda och presentera barnets vilja. Fakultetsstyrelsen framhöll vidare att de skäl som bär upp idéerna om ett kontradiktoriskt förfarande talar för att de reella intressemotsättningar som gör sig gällande i en konflikt också avspeglas i partsställningen.¹³⁵

Enligt regeringens mening överbetonade fakultetsstyrelsen den formella partsställningens betydelse i vårdnads och umgängesmålen, särskilt som det i många fall inte finns någon reell intressemotsättning. En regel om talerätt för barn i vårdnads- och umgängestvister framstår mer som en regel med principiella motiv än som en regel ägnad att i praktisk tillämpning tillgodose ändamålet att barnets vilja skall komma fram och bli beaktat på rätt sätt.¹³⁶

5.7.2 De små barnen

Små barn kan inte bilda sig någon egen uppfattning utan måste, om de har talerätt, ha en vuxen ställföreträdare i processen. En ställföreträdare för ett lite barn kan inte få några uppgifter direkt från barnet utan är hänvisad till information från andra. De som kan lämna sådan information som ställföreträdaren kan behöva är föräldrarna och socialnämnden. Rätten idag har redan tillgång till eller kan få sådan information med mindre långtgående reformer.¹³⁷

Socialnämndens uppgift är att lämna upplysningar till domstolen eller att utse någon att verkställa utredning. Hur en talerätt för barnet, enligt utredningen, i dessa fall skall kunna påpeka rättens ställningstaganden och leda till en utgång mer i barnets intresse är därför svårt att se.¹³⁸

Juridiska fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet ansåg att en talerätt för barnet, representerat av ett rättshjälpsbiträde, regelmässigt skulle vara av betydelse för utredningen, förutsatt att biträdet verkligen ges möjlighet att själv initiera utredning som styrs av barnets behov eller önskemål. Detta är en synpunkt som har mindre med frågan om barnets talerätt att göra och mer med frågan om barnet bör ha ett eget biträde i vårdnads- och umgängesmålen. Även andra remissinstanser menade att barnet bör ha ett eget biträde i dessa mål.¹³⁹

Utredningen om barnets rätt har för sin del inte särskilt framhållit denna aspekt och i ärendet finns inte heller i övrigt något underlag till stöd för att barnen skulle ha ett tydligt behov av ett eget biträde. Både domstolen och

¹³⁵ Prop. 1994/95:224 s. 29f

¹³⁶ Prop. 1994/95:224 s. 30

¹³⁷ Prop. 1994/95:224 s. 30

¹³⁸ Prop. 1994/95:224 s. 30

¹³⁹ Prop. 1994/95:224 s. 30

socialnämnden har ett ansvar för att den utredning som skall göras styrs av barnets behov.¹⁴⁰

5.7.3 De äldre barnen

De äldre barnens situation är en annan. De kan ofta själva bilda sig en uppfattning om tvisten och även ta ställning i den. Redan idag förekommer det i vårdnads- och umgängesprocesser där det råder starka motsättningar mellan föräldrarna att dessa på olika sätt försöker påverka barnet. Det kan ske genom att den ena föräldern försvårar för den andre att träffa barnet. Barnet riskerar därigenom att få en sämre kontakt med någon av föräldrarna eller med båda föräldrarna. Om barnet på så sätt dras in i konflikten mellan föräldrarna, kan det vara omöjligt för barnet att få ett naturligt förhållande till båda föräldrarna efter det att målet är slutligt avgjort.¹⁴¹

En formell talerätt för barnet för barnet kan innebära att föräldrar i större utsträckning försöker påverka barnet att ta ställning på ett visst sätt. Däremot kan en talerätt få betydande negativa konsekvenser för barnet och för dess förhållande till föräldrarna.¹⁴²

Juridiska fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet menade att skälen som regeringen presenterade inte var övertygande. Det finns, enligt styrelsen, inget skäl presenterat som tyder på att risken för försämrade relationer mellan barn och föräldrar och för påverkan på barnen skulle vara större med en talerätsregel. Riskerna sammanhänger enligt fakultetsstyrelsen i själva verket med att barnet ges reellt inflytande på målens gång.¹⁴³

Risken för försämrade relationer och obehörig påverkan bör enligt regeringens mening inte undervärderas. Många remissinstanser betonade också denna risk. Till dessa hörde bl.a. Barnombudsmannen. En formell talerätt kan i många fall medföra att barnet konfronteras med tvisten på ett onödigt närgånget sätt och pressas att välja sida.¹⁴⁴

5.7.4 Kostnader

Ett genomförande av utredningens förslag förutsätter att det utses ett biträde enligt rättshjälpslagen för barn i ett stort antal mål. Biträdeshjälpen skulle enligt utredningen vara helt kostnadsfri för barnet. Det allmännas rättshjälpskostnader skulle däremot öka väsentligt.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Prop. 1994/95:224 s. 30

¹⁴¹ Prop. 1994/95:224 s. 30f

¹⁴² Prop. 1994/95:224 s. 31

¹⁴³ Prop. 1994/95:224 s. 31

¹⁴⁴ Prop. 1994/94:224 s. 31

¹⁴⁵ Prop. 1994/95:224 s. 31

Ett allvarligt problem med de tvistiga vårdnads- och umgängesmålen är att de ofta drar ut på tiden, vilket utöver känslomässiga påfrestningar leder till kostnader både för enskilda och för det allmänna. Om barnet får talerätt kan handläggningen av målen komma att kompliceras ytterligare av det skälet att fler personer skall delta i processen.¹⁴⁶

Utredningen räknar med att införandet av talerätt för barn i ett längre perspektiv kan komma att leda till en minskad processbenägenhet hos föräldrarna och därigenom till en minskning av antalet tvistiga mål. Liksom regeringen betvivlar flera remissinstanser att detta är riktigt. Det kan inte heller antas att kostnader som nu läggs ned i form av utredningsarbete hos socialnämnder och andra kommer att minska om barnet får ett rättshjälpsbiträde. Sammantaget kan det alltså enligt regeringens bedömning antas att ett genomförande av utredningens förslag leda till betydande kostnader för det allmänna.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Prop. 1994/95:224 s. 31

¹⁴⁷ Prop. 1994/95:224 s. 31

6 Praxis

Av HD:s rättspraxis kan utläsas att det äldre barnets vilja i kombination med andra faktorer kan tillmätas stor betydelse. Det förekommer rättsfall där HD beslutat att gå emot det som sägs i förarbetena och tagit hänsyn till barnets vilja när barnet varit föremål för påtryckningar att välja den ena föräldern. I följande två fall tog barnen mycket tydlig ställning för en av föräldrarna.

6.1.1 Barnets vilja har följts

I NJA 1992 s. 93 tillmätte HD en trettonårig pojkes vilja betydelse för utgången av en vårdnadstvist. Pojken hade som en följd av ett egenmäktigt bortförande av fadern bott tio år i Tunisien. Han uttryckte tydligt att han ville att fadern skulle få vårdnaden om honom. Han hade varit föremål för mycket starka påtryckningar från fadern och endast haft sporadiskt kontakt med modern sedan han först bort. HD gjorde barnets vilja särskilt gällande vid byte av hemland. HD:s majoritet anförtrodde pappan vårdnaden.

I NJA 1995 s. 398 tog HD hänsyn till en trettonårig flickas bestämda vilja vid valet av vårdnadshavare. HD konstaterade att flickan hade en mognad som var normal för åldern och att hon både vid förhör i hovrätten och vid åtskilliga andra tillfällen klart och otvetydigt förklarat att hon inte ville leva med sin mamma utan att hon ville att pappan skulle ha vårdnaden om henne. HD ansåg att pappans lämplighet som vårdnadshavare av olika skäl kunde ifrågasättas, men förhållandena var inte sådana att en lösning i enlighet med flickans bestämda vilja kunde antas medföra bestående fara för hennes utveckling. Vårdnaden för flickan anförtroddes därför pappan.

I RH 1992:78 gällde vårdnaden om en elvaårig pojke, som bott hos sin pappa de senaste tre åren. Det fanns inga direkta anmärkningar mot pojken hemmiljö hos pappan, men i vårdnadsutredningen konstaterades att pojken visat symptom på att inte må bra. Den i målet hörda lågstadieläraren vittnade om att pojken var sen i utvecklingen och att han gått än mer tillbaka i skolarbetet under den senaste tiden. Till läraren hade pojken vid upprepade tillfällen uttryckt sig på ett sätt som otvetydigt gav uppfattningen att han ville bo hos sin mamma. Vid en sammanvägning av omständigheterna fann hovrätten att det var mest förenligt med pojken bästa att mamman anförtroddes vårdnaden om honom.

I RH 1998:2 gällde vårdnaden en elvaårig pojke. Enligt hovrätten hade pojken nått en sådan ålder att det inte gick att bortse från hans önskemål om var han skulle bo. Även om hans vilja, enligt hovrätten, inte kunde tillmätas helt avgörande betydelse var den dock av vikt vid den helhetsbedömning som hovrätten hade att göra. Den i målet hörda vårdnadsutredaren beskrev pojken som ett barn med mycket stor social kompetens och som ovanligt mogen för sin ålder. Hovrätten fann att det var bäst för pojken att

vårdnaden, i enlighet med hans uttryckliga önskan, flyttades över från mamman till pappan.

I RH 2007: 42 gällde frågan upplösning av gemensam vårdnad. Barnet som var 13 år vid tidpunkten, uttalade i socialnämndens vårdnadsutredning att det var krångligt och invecklat att fundera kring vårdnaden, att det bästa vore om föräldrarna kom överens samt att det känns lite osäkert med en vårdnadshavare. Hovrätten lade tyngd till barnets vilja och besluta att inte upplösa den gemensamma vårdnaden.

6.1.2 Barnets vilja har inte följts

I NJA 1981 s. 753 beslutade HD om umgänge mellan en pappa och hans tolvåriga dotter, trots att flickan motsatt sig umgänge med honom. Flickan hade inte träffat sin pappa på mer än elva år. Mamman bestred umgänge och åberopade bl.a. att ett umgänge skulle innebära risk för flickans psykiska hälsa och strida mot flickans vilja. Flickan själv motsatte sig allt umgänge med pappan. HD ansåg att flickans inställning i väsentlig mån verkade ha sin grund i påverkan från mammans sida och att det var möjligt att flickan, om hon träffade pappan, skulle ändra inställning i umgängesfrågan. Med hänsyn till att det i regel antas vara till ett barns bästa att barnet umgås med båda föräldrarna, borde därför flickans nuvarande inställning, enligt HD, inte vara ett avgörande hinder för umgängesrätt i den begränsade omfattning som pappan yrkat.

I NJA 1988 s. 448 gällde målet bl.a. vårdnaden om en snart trettonårig pojke, med en utveckling motsvarande åldern. HD slog fast att pojakens egna synpunkter i och för sig borde tillmätas stor vikt i vårdnadsfrågan. Dock fann HD att pojakens yttranden var motstridiga och det var svårt att få en klar bild av hans inställning. HD ansåg därför att pojken inte kunde anses ha uttryckt en sådan bestämd uppfattning att den kunde tilläggas avgörande betydelse i målet.

I RH 1986:148 gällde vårdnaden om en snart tolvårig flicka. Flickan hade stått under mammans vårdnad sedan femårsåldern, men först i flera år bott hos farmodern i Egypten och sedan tre år tillbaka hos pappan i Sverige. I målet fanns ett barnpsykiatriskt utlåtande som visade att var uppenbart att pappan manipulerade flickan att vända sig mot mamman. Flickan hade upprepade gånger, både till dem som genomfört den barnpsykiatriska undersökningen och till hovrätten, uttryckt som sin vilja att bo kvar hos pappan. Hovrätten ansåg emellertid att pappan indirekt lade ett betydande ansvar på flickan både för hans och hennes fortsatta inbördes förhållande och för hans eget välbefinnande. Att låta mamman förbli vårdnadshavare och därmed också överta flickans fostran, ansåg hovrätten möta en komplikation däri att flickan tydligen själv inte önskade detta utan ville vara kvar hos pappan. Emellertid hade pappans hållning i målet gett ett starkt

intryck av att han utnyttjade flickans tillgivenhet för och lojalitet mot honom, vilket undergrävde trovärdigheten i hennes egna viljeyttringar. Därför lade hovrätten mindre vikt vid vad hon hade sagt än vad hennes ålder annars skulle ha motiverat. Hovrätten fann det därmed bäst för flickan att vårdnaden skulle kvarbli hos mamman.

7 Analys

I den här delen ämnar jag att analysera de olika moment som presenterats i utredningsdelen. Analysen avser att besvara frågeställningen som presenterats i början av uppsatsen. Frågeställningen besvaras genom en analys av svensk rätt och en analys av de internationella konventioner som varit aktuella i denna uppsats. Analysen kommer att avslutas med en slutsats, där jag slutligen sammanfattar materialet som analyserats och summerar mina egna uppfattningar om barnets bästa och barnets vilja.

7.1 Vilken hänsyn tar domstolen till barnets vilja?

Det finns många regler om på vilket sätt domstolen skall ta hänsyn till barnets vilja, både i svensk lagstiftning och i internationella konventioner. En av dessa internationella konventioner är Barnkonventionen. Konventionen ratificerades av Sverige den 21 juni 1990. Trots att Barnkonventionen inte är direkt tillämplig i svensk rätt, används konventionsbestämmelserna vid tolkning av svensk lag. Barnkonventionen har efter dess ratifikation kommit att genomsyra svensk lagstiftning och en större fokus har lagts på barnet. Barnperspektivet har satts främst vid alla frågor rörande vårdnad, boende och umgänge där barn är inblandade.

De två viktigaste grundprinciperna rörande barns processuella ställning får anses vara artikel 3 och artikel 12.

Artikel 3 behandlar principen om barnets bästa. Barnets bästa skall komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn. Definitionen av vad som är barnets bästa görs inte, utan det är en generell princip som får tolkas och definieras efter varje enskilt fall. En tanke är att principen om barnets bästa kan speglas mot de andra fyra grundprinciperna. På detta sätt kan de beslutande organen få en större vägledning om hur principen bör tolkas.

Många gånger kan det vara lämpligt att tolka principen om barnets bästa mot artikel 12, där barnet har en rättighet att fritt uttrycka sina åsikter och får rätten att bli hörd. På så sätt kan barnets bästa få en starkare framtoning och oftast borde det som barnet uttrycker och presenterar t.ex. vid en vårdnadstvist vara förenligt med det som är bäst för barnet.

Problematiken i artikel 3 är att principen om barnets bästa kan härledas ur två grundläggande tankar som båda har satt sina spår i konventionen. Dessa är att barn har fullt och lika människovärde och att barn är sårbara varelser som behöver särskilt skydd. Detta leder egentligen till att tolkningen av barnets bästa försvåras. Å ena sidan kan tolkningen innebära att barnet skall vara delaktigt i beslut som berör barnet och å andra sidan skall barnet

skyddas ifrån att involveras i olika processer och tvister där frågan berör barnet. I båda fallen stämmer tolkningen väl överens med principen om barnets bästa. Detta på grund av att det inte finns några direkta riktlinjer om hur principen av barnets bästa skall tolkas. Utgången kan bli som sådan att i ett fall är det korrekt att involvera barnet, eftersom det klarar av att finna sig i en tvist mellan t.ex. dess föräldrar. I andra fall kan det vara direkt olämpligt eftersom barnet inte klarar av den press som kan uppstå. Det är i slutändan ändå de vuxna som med sin kunskap och erfarenhet får avgöra vilket som är mest förenligt med barnets bästa.

Denna argumentation väcker dock nya frågor. Hur skall man göra avvägningen mellan beprövad erfarenhet och barnet självt? I detta fall gör man en avvägning mellan det objektiva perspektivet, d.v.s. det man vet om barn genom forskning, mot det subjektiva perspektivet, d.v.s. det barnet självt lägger fram och föra in det i beslutsfattandet.

Hans Eklund har kommenterat problemet genom att påpeka att det inte är säkert vilket av det objektiva perspektivet eller det subjektiva perspektivet som skall ha företräde eller att det subjektiva perspektivet skall kunna ersätta det objektiva. Eklund slog vidare fast att det ofta är mycket svårt att objektivt slå fast vad som är det bästa för barnet och att barnets vilja, det subjektiva perspektivet, bör som fristående omständighet bli avgörande för domstolens ställningstagande just i situationer där det är mycket svårt att avgöra vad som är bäst för barnet.¹⁴⁸

Artikel 3 i Barnkonventionen definierar inte hur barnets bästa skall avgöras, utan att det skall sättas i främsta rummet. Hans Eklund har i min mening en poäng med det han presenterar. Dock anser jag att det objektiva och subjektiva perspektivet bör tillmätas lika stor betydelse. På detta sätt blir barnets bästa bättre tillgodosett.

Som tidigare nämnts är en viktig del av principen om barnets bästa, möjligheten för barnets att komma till tals. Denna rättighet kommer till uttryck i artikel 12 i FN:s barnkonvention. Enligt artikel 12 skall barn som är i stånd att bilda egna åsikter, ha rätten att uttrycka dessa i alla frågor som rör barnet. Barnets åsikter skall tillmätas betydelse i förhållande till dess ålder och mognad. I andra stycket i artikel 12 hänvisas direkt till mål där barn kan vara inblandade. Där stadgas att barnet skall beredas möjlighet att höras. Barnkonventionen definierar inte hur barnet skall höras. Återigen uppstår problematiken om hur avvägningen av barnets bästa skall avgöras i detta fall. Man ställs då mellan avvägningen om barnet skall aktivt få delta i processen genom att det hörs direkt av domstolen, mot skyddsintresset, att det kan bli en alltför stor påfrestning för barnet att behöva ta ställning och redogöra för sin åsikt inför domstolen.

I den svenska rätten har man kommit fram till en lösning som ligger någonstans mitt emellan de två perspektiven. Domstolen kan nämligen

¹⁴⁸ Eklund Hans, 2004, s. 36

besluta om en vårdnadsutredning. När man gör en vårdnadsutredning talar man med barnet i en miljö där barnet känner sig tryggt och befinner sig i en miljö där det inte känner sig pressat. Barnet får då sitta med en utredare och utredaren ställer frågor till barnet. När utredaren har slutfört sitt samtal med barnet görs det en sammanställning som han eller hon presenterar för domstolen. I sammanställningen får utredaren ta med sina egna kommentarer om det barnet presenterat och komma med en slutsats. Här kan det upplevas som att det uppstår en viss filtrering av det som presenterats. Oavsett om filtreringen sker medvetet eller omedvetet finns den alltid där.¹⁴⁹

Sedan ligger en svårighet att avgöra vad domstolarna verkligen lägger sin tonvikt på. När de läser igenom utredningen kan det mycket väl vara så att de inte beaktar vad barnet personligen har sagt, utan tar större hänsyn till utredaren sammanfattning och personliga slutsats. Detta kan dels bero på att det som barnet har sagt har spridits ut bland kommentarer och upplysningar som vårdnadsutredaren gjort i vårdnadsutredningen, samt att domstolen fallit in i ett mönster där domstolen till fullo förlitar sig på utredarens kunskap och kompetens och istället tar hänsyn till dennes slutsats.

Ett sådant påstående från min sida grundar sig i det faktum att en vårdnadskommitté som tillsattes år 2002 redovisade i propositionen 2005/06:99 att barnets vilja i många fall inte redovisas i domstolarnas domar och att barnets vilja, när den väl redovisas, inte heller alltid följs. Enligt kommitténs utredning finns det en tendens hos domstolarna att ställa allt för stora krav på att barnet skall ha uttryckt en bestämd uppfattning för att dess inställning skall beaktas.

Frågan är då om det stämmer bättre med artikel 12 att barn hörs personligen av domstolen. Något som talar för att höra barn personligen är att de därigenom behandlas med respekt och tillerkänns sina rättigheter samtidigt som ett direkt hörande kan ge ett bättre underlag för avgörandet. Underlaget blir bättre eftersom risken för missuppfattningar blir mindre eftersom barnet direkt framställer vad det känner i frågan samt att rätten kan ställa frågor till barnet om något skulle vara oklart. Det som kan tala mot att höra barnet personligen är att barnet kan känna press och obehag inför ett hörande. Det finns även en risk att barn kanske berättar mer om hur det upplever situationen under lugnare former.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Se även Eklund Hans, 2004, s. 41

¹⁵⁰ Se även Eklund Hans, 2004, s. 41

7.2 Är domstolens beaktande av barnets vilja förenligt med principen om barnets bästa?

Mellan artikel 3 och artikel 12 i FN:s barnkonvention kan det enligt min uppfattning skapas en cirkulär konflikt mellan artiklarna där ett problem i den ena artikeln leder till ett problem i den andra. En förklaring skall göras närmare. Som bekant skall, enligt artikel 3, principen om barnets bästa vara den centrala utgångspunkten där barnets bästa skall sättas i främsta rummet. I begreppet barnets bästa bör barnets vilja räknas in, där barnets vilja reglerar i artikel 12. Att barnet får komma till tals och uttrycka sin åsikt är väl förenligt med barnets bästa och det finns inget effektivare sätt att redogöra för barnets åsikter än att barnet själv får framföra dem i olika sammanhang.

Dock kan det vara så att det inte alltid är till barnets bästa för barnet att komma till tals och verkligen uttrycka sina åsikter inför t.ex. en domstol. Detta kan t.ex. vara en grund om barnet känner sig tvingat till att uttala om vem av föräldrarna som skall ha vårdnaden om barnet eller t.ex. vem hos föräldrarna barnet skall bo hos. Barnet kan då känna sig osäkert och pressat till att ställning mellan föräldrarna. Detta kan absolut inte ses som förenligt med principen om barnets bästa. Situationen förvärras om barnets utsätts för påtryckningar från föräldrarna och barnet tvingas till att ta ställning för den ena föräldern framför den andra. Att barnet utsätts för påtryckningar kan inte heller anses vara förenligt med barnets bästa och domstolen kan i dessa fall bortse från de åsikter barnet presenterar.

Samtidigt är det enligt min mening högst förenligt med barnets bästa att barnet får komma till tals och att uttrycka en åsikt inför domstolen. Även om barnets åsikter kan komma fram i domstolen genom en vårdnadsutredning, kan som tidigare diskuterats, ifrågasättas att barnets vilja verkligen blir beaktat. Man kan då fråga sig om barnets bästa verkligen blivit uppfyllt. Svaret får enligt min mening bli nekande. Förvisso är det domstolen som avgör vad som är att anse som barnets bästa i det enskilda fallet, men samtidigt kan barnets vilja i det fallet bortses ifrån.

Artikel 12 ger barnet rätten att uttala sig och uttrycka sina åsikter. Artikel 12 stadgar dock inget tvång till detta. Om barnet inte gör något uttalande skall domstolen göra en bedömning av vad som är bäst för barnet baserat på andra omständigheter som har presenterats i målet. Barnet kan då anses ha blivit åsidosatt av domstolen och något beaktande av barnets åsikter kan inte göras. Synsättet blir då att barnets bästa har blivit beaktat, samtidigt som det inte har blivit beaktat fullt ut. Hur man skall ställa sig till denna problematik, finns det ingen riktig vägledning om i Barnkonventionens artiklar, men det råder en viss problematik, där avvägandet får göras från

fall till fall. Alternativt är att man försöker höra barnet, antingen i domstol eller genom en vårdnadsutredning, där man är tillbaka på ruta ett, där man kan utsätta barnet i en situation där barnet känner sig pressat att uttrycka en vilja.

Hur uppfylls då kraven från FN:s barnkonvention i svensk rätt? Som tidigare nämnts gjordes i proposition 1989/90:107 ett konstaterande att svensk rätt efter ratificerandet av FN:s barnkonvention inte ledde till några ändringar i gällande lagstiftning. Dock gjordes ändringar där principen om barnets bästa gavs en mer framträdande betoning, så att den bättre stämde överens med ordalydelsen i Barnkonventionen. Den svenska rätten är kraftigt genomsyrad av FN:s barnkonvention där barnets bästa är den främsta principen gällande mål där barn är inblandade.

Barnets grundläggande rättigheter anges i FB 6:1. Enligt denna bestämmelse har barn rätt till omvårdnad, trygghet och god fostran. Vidare sägs att barn skall behandlas med aktning för sin person och egenart och att barn inte får utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande handling. Rätten till omvårdnad omfattar såväl den fysiska som den psykiska omsorgen. I den fysiska omsorgen ligger att barnet får sina materiella behov tillfredställda t.ex. att barnet får en bostad och uppehälle. Med psykisk omsorg menas att barnet får omtanke, trygghet och förståelse, att gränser sätts för barnets handlande samt att det får fostran. I barnets rätt till trygghet ligger bl.a. att få leva i ett stabilt förhållande och ha någon att lita på. Till en god vård och fostran hör att barnet får känna att det behövs och att det får pröva sin förmåga och utveckla sina inneboende resurser för att efter hand frigöra sig från sitt beroende av föräldrarna. Ett barn skall behandlas med aktning för sin person och egenart. Föräldrarna skall ta hänsyn till och visa respekt för de individuella egenskaper och särdrag som ett barn har.

Uppräkningen i FB 6:1 kan tillsammans med principen om barnets bästa, som regleras i FB 6:2a, ges betydelse vid tvister i frågor rörande vårdnad, boende och umgänge. Domstolen skall välja den lösning som bäst kan antas främja att de angivna rättigheterna blir tillgodosedda. Dessa omständigheter skall beaktas in i den helhetsbedömning som domstolen skall göra och försöka komma fram till den bästa lösningen för barnet i varje enskilt fall. Helhetsbedömningen baseras på en rad olika faktorer, t.ex. risken att barnet far illa, föräldrarnas lämplighet, föräldrarnas överenskommelser, barnets vilja, barnet umgänge och kontakt med den förälder som barnet inte bor med. Domstolen bör också så långt det är möjligt beakta kortsiktiga som långsiktiga effekter av de beslut de gör och hur dessa påverkar barnet.

Att domstolen gör en helhetsbedömning är en bra metod där domstolen måste beakta de olika argumenten och faktorerna. Domstolen måste utifrån detta göra en riskbedömning av varje faktor för att se till att de är så förenliga med barnets bästa som möjligt. Problemet med helhetsbedömningen och riskbedömningen är att avgöra vilka faktorer som väger tyngst. Objektivt kan sägas att varje argument skall väga lika tungt.

Rent subjektivt kan konstateras att så kan inte vara fallet då något argument måste väga tyngre än det andra, med hänsyn till barnets bästa.

I propositionen 1997/98:7 förordade regeringen att det subjektiva barnets bästa, barnets vilja skulle tolkas som en fristående omständighet och inte kombineras in i en helhetsbedömning. Propositionen slog fast att frågor rörande vårdnad, boende och umgänge alltid skulle avgöras efter vad som var bäst för barnet. Dock kunde det uppstå situationer där det var svårt att avgöra vad som kan anses vara bäst för barnet och därför bör barnets vilja enligt propositionen, bli avgörande för domstolens ställningstagande.

Detta synsätt anser jag vara felaktigt. Propositionen har egentligen redan påpekat en till felaktighet och problematik med helhetsbedömningen som domstolarna gör. I många fall visar nog helhetsbedömningen att alla faktorer är i enlighet med barnets bästa och då behövs någon faktor som väger tyngre och fäller det sista avgörandet. Propositionen föreslog att det skulle vara barnets vilja. Risken här blir att domstolen redan kan ha bestämt sig i frågan innan den beaktat barnets vilja. På så sätt åsidosätts barnet i frågor som rör barnet i allra högsta grad. Likadant finns risken att om barnets vilja skall vara den avgörande faktorn, kommer domstolen att ställa höga krav på tydligheten av barnets vilja. Gränsen för hur bestämd barnets vilja skall vara kan komma att höjas. Att det redan råder sådana omständigheter presenterades av 2002 års vårdnadskommitté, där de påpekade att domstolarna idag har för höga krav på barnets vilja och att barnets vilja skall anses vara alltför bestämd för att domstolarna skall beakta den.

Jag skulle vilja att det utformades annorlunda. Barnets vilja borde vara den centrala utgångspunkten tillsammans med barnets bästa. Utifrån dessa två principer skulle sedan en helhetsbedömning göras av domstolen för att konstatera om det finns någon faktor som inte är förenligt med barnets vilja och barnets bästa. På så sätt får barnet en centralare del i processen. Sedan om barnets vilja skall komma fram genom ett direkt hörande i domstolen eller genom en vårdnadsutredning, är upp till domstolen att avgöra i varje enskilt fall. Barnets vilja kan då inte åsidosättas och respekten för barnets person uppfylls i allra högsta grad.

7.3 Är en talerätt för barn lämplig att införa?

På vilket sätt kan man då i den svenska rätten bäst beakta att kraven i FN:s barnkonvention artiklarna 3 och 12 uppfylls? För att hänvisa till Barnkonventionens artikel 12 ställs det inga krav på att barnet skall vara part i eller själva ha rätt att föra sin talan i alla frågor som rör barnet. Dock får sådana frågor betydelse på hur väl Barnkonventionens artikel 12 uppfylls.¹⁵¹

¹⁵¹ Se även Eklund Hans, 2004, s. 43

Den grundläggande regeln om vilka som kan vara part i tvistemål ges i RB 11:1, 1st. Där stadgas att envar kan vara part i en rättegång. Alla fysiska personer, även barn har partsbehörighet. Det innebär att de kan vara part i en rättegång. En annan sak är om barn själva får föra sin talan och på så sätt bli processbehöriga. I RB 11:1, 2st anges att om parten ej råder över det, varom tvistas, eller tvisten rör rättshandling, som han själv inte äger tillgå, föres talan av den som är partens ställföreträdare. Barn själva saknar talerätt i de flesta mål om vårdnad, boende och umgänge. I ärenden enligt FB 6:9, 2st som reglerar fall där den ene vårdnadshavaren dör, har barnet ansetts ha rätt att genom behörig ställföreträdare föra sin talan som part i målet.¹⁵² Eftersom barnet i regel saknar talerätt i mål och ärenden om vårdnad, boende och umgänge finns det inte några regler om processbehörighet i föräldrabalken. Reglerna i den svenska rätten är istället baserade på att barnet har en rätt att komma till tals i ärenden och mål rörande vårdnad, boende och umgänge. Vid bedömningen av barnets bästa skall domstolen ta hänsyn till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad.

7.3.1 Utövandekonventionens betydelse

Europarådet utarbetade en konvention rörande barns rättigheter, den s.k. utövandekonventionen. Utövandekonventionen öppnades för undertecknande den 25 januari 1996. Sverige undertecknade konventionen samma dag, men har ännu ej ratificerat den. Syftet med konventionen är att förbättra barns ställning i familjerättsprocesser. Konventionen är avsedd att vara ett komplement till FN:s barnkonvention och skall hjälpa länderna att genomföra Barnkonventionen på ett riktigt sätt.

Enligt artikel 3 i utövandekonventionen skall ett barn ha rätt att få all relevant information, rätt att tillfrågas om och redovisa sin inställning och ha rätt att informeras om de möjliga följderna av ett tillmötesgående av dess vilja.

Enligt artikel 4 skall barnet ha rätt till en särskild företrädare som företräder barnet under domstolsprocessen.

Enligt artikel 5 skall konventionsstaterna överväga att tillerkänna barn processuella rättigheter, såsom vissa eller samtliga partsrättigheter i samband med förfaranden inför en judiciell myndighet som berör barnet. För svensk del skulle artikeln innebära att barnet får talerätt och processbehörighet i familjerättsliga processer. Konventionen medför dock ingen absolut skyldighet att införa partsrättigheter för barn, utan det är frivilligt för staterna att införa sådana rättigheter. Det framgår igenstans hur man har tänkt sig att dessa rättigheter skall utformas.

¹⁵² Se NJA 1983 s. 170

Om utövandekonventionen skulle ratificeras i Sverige är frågan vilken betydelse den får för barns processuella rättigheter. Som framgår av artikel 5 i konventionen skall konventionsstaterna endast överväga att införa processuella rättigheter för barn, det råder inget tvång. Dessutom finns det inga riktlinjer på hur införandet skall gå till. Enligt min mening blir det inga större skillnader om Sverige ratificerar utövandekonventionen. Reglerna kan efter ratificeringen se likadana ut som de gjorde innan. Den enda skillnaden blir att barnet får rätt till en ställföreträdare och får rätten att få information som är relevant för barnet att skapa sig en uppfattning.

I departementsskrivelsen Ds 2002:13 gjordes en utredning angående vilken påverkan utövandekonventionen skulle ha på den svenska rätten om den ratificerades. Enligt utredaren blev slutsatsen att möjligheten att barnet skulle få processuella rättigheter inte skulle ha någon större inverkan i praktiken. Bestämmelserna, enligt utredaren, skulle leda till att den enskilde domaren, inte barnet självt, skulle bestämma i vilka mål och ärenden barnet skulle få komma till tals.

Av det uttalandet sker det inte någon större förändring av de processuella regler som finns i gällande rätt. Grundprincipen blir densamma att barnet endast skall ha rätt att få framföra sin vilja när domstolen beslutar om detta. Alltså är det återigen skyddsperspektivet som blir den främsta principen. Domstolen är helt enkelt rädd för att barnet kan ta skada av ett förhör, vilket måste prövas från fall till fall, men det är uppenbart att den generella synen är att man inte skall blanda in barnet i processen.

7.3.2 Utredningen om talerätt för barn

I utredningen om barnets rätt – talerätt för barn m.m., utreddes i vilka fall och i vilken utsträckning som barn bör ha rätt att föra talan i frågor som rör deras personliga förhållanden i bl.a. mål om vårdnad, boende och umgänge.¹⁵³ Enligt utredningen är bilden ganska splittrad när det gäller barns talerätt. Även om det ganska länge har varit hänsynen till barnets bästa som skall avgöra utgången i en vårdnadstvist, menade utredningen att vårdnadsprocessen fortfarande ofta handlar om vem av föräldrarna som skall ha rätt till barnet. Föräldrarätten har, enligt utredningen, varit så dominerande, att det inte har varit naturligt att se barnet som en part med egna intressen. I de vårdnadsfall där barnet har erkänts partställning finns en praktisk och enkel förklaring, det skulle annars inte finnas någon motpart som skulle kunna överklaga avgörandet.

Utredningen presenterade både fördelar och nackdelar med att ge barnet en talerätt. Fördelarna skulle vara att föräldrarna skulle dra sig för att starta en vårdnadsprocess om de visste att barnet kan komma att uppträda som part i

¹⁵³ Se SOU 1987:7

processen. Barnet skulle dessutom ha en garanti för att det får komma till tals i processen och framföra sina synpunkter när de så önskar. Detta kunde innebära att barnet inte gör något ställningstagande över huvudtaget.

Nackdelen, enligt utredningen, var att det skulle kunna tillspetsa motsättningarna i en vårdnadsprocess och barnet hade kunnat bli tvungen att välja sida och ta ställning för den ene mot den andre föräldern.

Att barnet skulle garanteras möjligheten att få komma till tals, skulle ske genom att barnet hade en ställföreträdare som företrädde barnet i processen. Företrädaren skulle inte kosta barnet något, utan det skulle enligt utredningen falla på det allmänna att stå för kostnaderna.

Regeringen ansåg i sitt uttalande om utredningen att det är principiellt främmande att en part på det sättet inte skall behöva ta ställning till själva tvistefrågan i målet, vilket också framställs i yttranden över regeringens förslag. Regeringen ansåg att det är viktigt att beakta vilket ändamål som skall tillgodoses med regler om barns representation i mål och ärenden om vårdnad och umgänge. Det väsentliga är att barnets vilja verkligen kommer fram och blir beaktat i tillbörlig utsträckning. Regeringen ansåg istället att reglerna därför bör utformas så att detta ändamål förverkligas i möjligaste mån.¹⁵⁴

Dessutom motiverade regeringen att om det allmänna skulle täcka upp för de kostnader som företrädaren för barnet skulle leda till, skulle det leda till stora kostnader för det allmänna. Regeringen menade att en ställföreträdare inte skulle leda till att barnets vilja fick ett större beaktande än i dagsläget, vilket motiverar att de kostnader som ställföreträdaren skulle leda till inte kunde anses vara rimliga.

Enligt min mening har utredningen rätt om att barnperspektivet har hamnat vid sidan av föräldraperspektivet. En talerätt för barnet skulle vända på situationen och garantera att barnperspektivet verkligen sattes främst i frågor rörande vårdnad, boende och umgänge. En talerätt hade även gett barnet en garanti att få framföra sin vilja och sina synpunkter. Skulle det leda till att barnet skulle bli tvingad till att välja sida, är det självklart att se som en nackdel. Dock behöver inte så bli fallet. Barnet får genom sin ställföreträdare information om processen och i denna information skulle få upplysningen att det inte behöver välja sida, utan att det bara kan presentera sin syn på situationen.

Regeringens uttalande om att det väsentliga är att barnets vilja kommer fram och bli beaktat i tillbörlig utsträckning finner jag motsägelsefullt. Detta med bakgrund till 2002 års vårdnadskommittés undersökningar. Undersökningarna visade på att domstolarna är dåliga på att beakta barnets vilja i både de fall då barnet uttalat sig i domstolen och i

¹⁵⁴Se Prop. 1994/95:224 s. 29

vårdnadsutredningen. Därför skulle en ändring av gällande lagstiftning vara ett bättre alternativ.

När det kommer till kostnaderna på det allmänna anser jag att även om en ökning av kostnaderna skulle ske, är det rimligt med det man uppnår. Barnet tillförsäkras rätten att få presentera sin vilja och får en ställföreträdare som representerar barnet direkt framför domstolen. Detta gör att barnets vilja förstärks, vilket inte kan avses ifrån p.g.a. ekonomiska skäl.

8 Slutsats

Som framgått att både utredningsdelen och av analysen råder det en stor svårighet att utforma lagar och regler så att barnets vilja och åsikter kan komma att beaktas direkt i domstolen. Med detta menar jag att domstolen inte kan höra barnet direkt utan att riskera att barnet tar skada av förhöret. Innan barnet hörs skall en prövning göras vilken effekt och vilken skada ett förhör med barnet kan leda till. Många gånger anser domstolen att det är lämpligare att göra en vårdnadsutredning för att få fram barnets vilja. Barnet kan då i en lugn och i en trygg miljö redogöra för sina åsikter och presentera dem för utredaren. Problemet med en vårdnadsutredning är att utredaren också kan komma fram till egna slutsatser som han eller hon presenterar för domstolen. Här sker då en medveten eller omedveten filtrering av det barnet har sagt under vårdnadsutredningen.

Den bästa lösningen är egentligen att barnet får presentera sina åsikter direkt i domstolen och höras av domare. Risker för missförstånd blir mindre och domare och företrädare för föräldrarna har möjlighet att direkt ställa frågor till barnet. Detta leder till att barnet får en tydligare roll i vårdnadstvisten och känner sig inte då åsidosatt.

Dock skall här en avvägning göras. Barnets bästa skall vara den grundläggande principen i alla frågor som rör barn. I begreppet barnets bästa kan barnets vilja räknas in. Frågan hur barnets vilja skall beaktas så att den bäst överensstämmer med barnets bästa är en svår avvägning att göra. Å ena sidan kan det sägas att barnet skall respekteras för den individ den rätt och dess åsikter skall tas i beaktande. Å andra sidan råder det meningar om att barnet är en sårbar individ som bör skyddas och inte utsättas för press att t.ex. tvingas att välja mellan sina föräldrar. Båda dessa synsätt är förenliga med principen om barnets bästa.

Enligt min mening skall barnet ha en aktiv roll i en process där frågor rörande barnet tas upp. Respekten för barnet skall i min mening väga tyngre än skyddsperspektivet för barnet. Domstolen och lagstiftarna anser dock att skyddsperspektivet skall vara det tyngre perspektivet, i och med att det alltid skall göras en prövning om barnet kan ta skada av att höras. Jag tror att det finns en möjlighet att barnet kan ta skada av att inte vara del i processen. Barnet kan genom att inte vara delaktig i processen känna sig åsidosatt. Det kan också känna att det inte får vara med och påverka i en situation som berör barnet i allra högsta grad. Vårdnadsutredningen är en skonsam metod för att höra barnet, men i slutändan blir det de vuxna som tar ställning till vad som är väsentligt i vårdnadsutredningen. Barnet blir då åsidosatt, trots att det har fått en möjlighet att bli hört. Detta kan egentligen inte fullt ut vara förenligt med barnets bästa.

Jag anser att lagstiftaren inte skall vara rädd att införa en talerätt för barn, för att på så sätt stärka dess roll i familjerättsliga processer. Förstärkandet av

en sådan position stämmer mycket bättre överens med begreppet barnets bästa och ger barnets vilja en viktigare betydelse. Detta leder till att lagstiftningen verkligen anpassas till och uppfyller ett barnperspektiv.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1989/90:107	Om godkännande av FN konventionen om barns rättigheter
Prop. 1994/95:224	Barns rätt att komma till tals
Prop. 1997/98:7	Vårdnad, boende och umgänge
Prop. 1997/98:182	Strategi för att förverkliga FN:s konvention om barns rätt i Sverige
Prop. 2005/06:99	Nya vårdnadsregler

Statens offentliga utredningar

SOU 1987:7	Barnets rätt 3. Om barn i vårdnadstvister - talerätt för barn, m.m.
SOU 1997:116	Barnets bästa i främsta rummet
SOU 2005:43	Barnets bästa, föräldrars ansvar

Socialstyrelsens författningssamling

SOSFS 2003:14

Departementsserien

Ds 2002:13	Utöandet av barns rättigheter i Familjerättsprocesser
------------	---

Doktrin

Dahlstrand, Lotta	<i>Barns deltagande i familjerättsliga processer</i> , Universitetsstryckeriet Uppsala Universitet, Uppsala, 2004
-------------------	---

- Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert *Rättegång, Andra häftet, 8: e upplagan, Norstedts Juridik, Smedjebacken, 1996*
- Eklund, Hans *FN: s Barnkonventionen och barns processuella ställning, utdrag ur Barn och rätt, barn som aktörer, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2004*
- Ryrstedt, Eva & Mattson, Titti *Barn och föräldrar - kan vi acceptera dem som motparter? Svensk Juristtidning, s. 389-397, 2007*
- Ryrstedt, Eva, *Barnets rätt att komma till tals i frågor om vårdnad, boende eller umgänge, Juridisk Tidskrift, Nr. 2 2005-06*
- Schiratzki, Johanna *Barnrättens grunder, 2: a upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2005*
- Schiratzki, Johanna *Mamma och pappa inför rätta, Iustus förlag AB, Uppsala, 2008*
- Sjösten, Mats *Vårdnad, boende och umgänge, 2:a upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2003*

Rättsfallsförteckning

NJA 1981 s. 753

NJA 1983 s. 170

NJA 1988 s. 448

NJA 1992 s. 93

NJA 1995 s. 398

RH 1986:148

RH 1992:78

RH 1998:2

RH 2007: 42