JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Chatarina Jonasson

Beslutanderätt vid gemensam vårdnad – fördelning av föräldraansvar och tvistlösning i ett komparativt perspektiv

Examensarbete
30 högskolepoäng

Eva Ryrstedt

Familjerätt

Vårterminen 2009

Innehåll

SUMMARY 1

SAMMANFATTNING 2

FÖRKORTNINGAR 3

1 INLEDNING 4

1.1 Syfte och frågeställningar 4

1.2 Metod och material 5

1.3 Avgränsningar och disposition 5

1.4 Terminologi 6

2 HISTORISKT PERSPEKTIV PÅ FÖRÄLDRA- OCH BARNRÄTTEN 7

2.1 Inledning 7

2.2 Förändring i synen på föräldraskap och barn 7

2.3 Lagstiftningsarbete kring gemensam vårdnad och beslutanderätt 9

2.3.1 Gemensam vårdnad och vikten av konsensus i frågor som rör barnet 9

2.3.2 Barnets bästa, föräldrars ansvar och behovet av tvistlösningar 10

3 TEORETISKA PERSPEKTIV PÅ RÄTTEN 12

3.1 Inledning 12

3.2 Normativa perspektiv 12

3.3 Harmoni- och konfliktperspektiv 13

4 INTERNATIONELLA KONVENTIONER 15

4.1 Inledning 15

4.2 Barnkonventionen 15

4.3 Europarådskonventionen 16

4.4 Europarådsrekommendationen om föräldraansvar 17

5 SVENSK GÄLLANDE RÄTT 18

5.1 Inledning 18

5.2 Föräldrars rättigheter och skyldigheter – vårdnadshavare och förmyndarskap 18

5.3 Gemensam vårdnad efter separation och äktenskapsskillnad 20

5.3.1 Samarbetssamtal och medling 21
5.3.2 Avtal om vårdnadsansvar 22
5.3.3 Domstols avgörande om vårdnadsansvar 22

5.4 Gemensam vårdnads innebörd och utövande 24

5.4.1 Vårdnadsansvar för föräldrar 25
5.4.2 Beslutanderätt vid gemensam vårdnad 25
5.4.3 Barnets med- och självbestämmanderätt 27
5.4.4 Boende och umgänge 28
5.4.5 Gemensam vårdnad och barnets bästa 30

5.5 Tvistlösning i svensk rätt 31

6 SOU 2007:52 - LAGFÖRSLAG OM BESLUTANDERÄTT VID GEMENSAM VÅRDNAD 34

6.1 Inledning 34

6.2 Lagstiftarens överväganden 34

6.2.1 Tvistlösningsmodeller 35
6.2.2 Utredningens förslag till tvistlösningsmodell 37
6.2.3 Självständig beslutanderätt 38

6.3 Konsekvenser till följd av föreslagen tvistlösningsmetod 39

6.3.1 Tillämpningsområden 40
6.3.2 Beslutanderätt genom dom eller avtal 42
6.3.3 Kritik mot förslaget 44

7 ENGELSK RÄTT 45

7.1 Inledning 45

7.2 The Children Act 45

7.3 Barnets bästa 46

7.4 Vårdnadsansvar (*parental responsibility*) 47

7.4.1 Beslutanderätt och konsensuskrav 49
7.4.2 Boende och umgänge 52
7.4.3 Barnets med- och självbestämmanderätt 53

7.5 Tvistlösningar 54

8 ANALYS 55

8.1 Inledning 55

8.2 Gemensam vårdnad och strikt krav på konsensus 55

8.2.1 Den rättsliga utvecklingen mot gemensam vårdnad och gemensamt föräldraansvar 56
8.2.2 Harmoni- och konfliktmönster 57
8.2.3 Kravet på samförståndslösningar till barnets bästa 59
8.2.4 Samarbetssvårigheter mellan föräldrar – ett hot mot barnets bästa 60

8.3 Tvistlösningar – kompetensfördelning av föräldraansvar 62

8.4 Självständig beslutanderätt vid gemensam vårdnad till barnets bästa 63

8.5 Avslutande diskussion 65

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING 68

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING 72

Summary

Joint legal custody generally entails that decisions concerning the child have to be made by both parents together and the basic precondition is that they must agree on all matters concerning the child. The present legislation might however lead to status quo between the parents and their inability to cooperate could inflict on the rights of the child. A commission was appointed by the Swedish Government to analyze the disadvantages that might arise for the child in these cases. The commission's analysis resulted in a proposal for a new legislation. In order to solve the problems that might arise with joint legal custody, the commission suggests that one of the parents should have the right and obligation to make certain decisions concerning the child. This right and obligation is supposed to be restricted to certain areas and should only be applied in exceptional cases. The purpose of the proposal is to ease a joint parental responsibility and provide for the child's welfare. The aim of this essay is to analyze the Swedish legislation and proposal concerning joint legal custody, parental responsibility and the consequences of the current demand that parents have to make all decisions regarding the child together.

From a historic point of view the legislator has applied a harmonic perspective on relationships within the family though a conflict perspective would be more suitable on families in law proceedings. In earlier legislation the parents had to agree to joint legal custody and the legislation has developed from sole legal custody to joint legal custody with the harmonic perspective as a base for compromise solutions and a strict demand of joint decisions. The right and obligation for parents to make decisions concerning the child has not undergone any significant change. Since 1998 it is however possible for the court to establish joint legal custody with only one parent's consent. Hence it is possible to force parents into a compromised solution and the risk of creating status quo therefore increases. The modern family situation and the parental responsibility are in need of change. Even though the legislator under the most recent amendments has taken small steps towards applying a conflict perspective in family law proceedings, and furthermore starts to accept the underlying conflict between the separate interests of the parents and the child, the concern is still whether this proposal is enough to solve the problems that might occur in family law proceedings. In order to identify advantages and disadvantages with the Swedish legislation and proposal, the Swedish legislation is compared with the English legislation. In the end discussion it is argued that the English system can be used as a role model for a Swedish proposal since both the systems are based upon joint parental responsibility. England has accepted and applied a conflict perspective in family law proceedings and serves as an example for a possible way to preserve a joint parental responsibility without joint decisions. It can furthermore be used as a model to show that a more extensive authorization for the court to settle disputes between parents does not have to jeopardize a good relationship between parents and child.

Sammanfattning

I princip alla beslut som rör barnets angelägenheter vid gemensam vårdnad ska fattas gemensamt av föräldrarna. Konsensuskravets omfattning kan dock ge upphov till en statisk relation mellan föräldrarna där barnets intresse inte tillgodoses på grund av föräldrarnas oenighet. En utredning har tillsatts för att undersöka vilka nackdelar som kan uppkomma för barnet när föräldrarna inte når konsensus i vissa frågor. Utredningen har resulterat i SOU 2007:52 om beslutanderätt vid gemensam vårdnad, som presenterat ett förslag till tvistlösning i form av en självständig beslutanderätt. Den självständiga beslutanderätten ska tillerkännas ena föräldern och ska endast tillämpas på ett fåtal områden vid gemensam vårdnad. Uppsatsens syfte är att belysa problematiken av beslutanderättens utformning vid gemensam vårdnad i gällande rätt och att analysera den form av tvistlösningsmetod som lagstiftaren lagt fram till förslag.

Lagstiftaren har i ett historiskt perspektiv utgått från att harmoni råder i familjerättsliga relationer och föräldrarna anses ha ett gemensamt intresse trots separationen. Utvecklingen har gått från ensam vårdnad till gemensam vårdnad som norm och det är med utgångspunkt i ett harmoniperspektiv som samförståndslösningar och strikt konsensuskrav vid gemensam vårdnad har utvecklats. Beslutanderätten har dock genomgått få förändringar trots att det sedan år 1998 är möjligt att utdöma gemensam vårdnad mot ena föräldern vilja. Därmed påtvingas ena föräldern en samförståndslösning och risken ökar för en status quo situation, som kan inverka negativt på barnets rätt. Dagens reglering medför andra krav på kompetensfördelningen av föräldraansvaret mellan föräldrar och under senare lagstiftningsarbete tycks lagstiftaren börja acceptera att det finns en konflikt mellan parterna vid en separation. I ett konfliktperspektiv har lagstiftaren accepterat att föräldrarna har skilda intressen och att barnet är en egen intressent. Det kan dock ifrågasättas om det svenska lagförslaget till tvistlösning är tillräckligt för att lösa de problem som kan uppstå i splittrade familjer. För att belysa för- och nackdelar med den svenska rätten och den föreslagna tvistlösningsmetoden görs en komparation med England. Den engelska regleringen utgår från ett gemensamt vårdnadsansvar (parental responsibility) liksom den svenska rätten men länderna befinner sig längst ut i vardera änden när det gäller omfattningen av konsensuskravet. Medan Sverige har ett strikt konsensuskrav, har England en självständig beslutanderätt för vardera vårdnadshavare som innehar parental responsibility. Även möjligheten till tvistlösningar skiljer sig åt, då det i Sverige endast är möjligt att erhålla tvistlösning i frågor om boende och umgänge medan England har ett omfattande tvistlösningssystem. Den engelska rätten har accepterat och applicerat ett konfliktartat perspektiv på rätten trots att gemensamt vårdnadsansvar är norm. England kan därmed utgöra en förebild för ett mer extensivt svenskt tvistlösningssystem som fullt ut applicerar ett konfliktperspektiv på splittrade familjer utan att äventyra den gemensamma vårdnaden som grund.

Förkortningar

All ER	All England Law Reports
Barnkonventionen	Förenta Nationernas konvention den 20 november 1989 om barnets rättigheter
BrB	Brottsbalk (1962:700)
CA	Court of Appeal (England)
Dir.	Direktiv
Ds	Departementsserien
FB	Föräldrabalk (1949:381)
FN	Förenta Nationerna
F.L.R	Family Law Reports (England)
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
JO	Justitieombudsmannen
JT	Juridisk tidskrift
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning I
NJA II	Nytt juridiskt arkiv, avdelning II
Prop.	Regeringens proposition
RH	Rättsfall från hovrätterna
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
SoL	Socialtjänstlag (2001:453)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning

1 Inledning

Föräldrar med gemensam vårdnad ska som huvudregel besluta gemensamt i frågor som rör barnet inom ramen för vårdnadsansvaret. Kravet på konsensus och bristen på tillgång till tvistlösning har skapat ett läge som kan leda till praktiska problem för vårdnadshavarna och barnet. Vårdnadsregleringen emanerar från början av 1900-talet och lagstiftaren har anlagt ett harmoniskt perspektiv på den familjerättsliga regleringen men synen på föräldrar och barn har genomgått omfattande förändringar och ställer därmed andra krav på fördelningen av föräldraansvaret. För att lösa problemen som uppstår i situationer då vårdnadshavarna vid gemensam vårdnad inte kan nå konsensus, har lagstiftaren lagt fram en utredning som föreslår en tvistlösningsmodell i form av en självständig beslutanderätt för den ena föräldern. Syftet är att underlätta det gemensamma vårdnadsansvaret utan att urholka principen om gemensamt beslutsfattande. Det kan dock ifrågasättas om förslaget i tillräcklig omfattning tillgodoser behovet av tvistlösningar i splittrade familjer där ett konfliktperspektiv ofta gör sig gällande.

1.1 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att utreda problematiken kring föräldrars beslutanderätt och konsensuskravet vid gemensam vårdnad i gällande rätt samt att analysera fördelningen av föräldraansvaret och möjligheten till tvistlösningar med utgångspunkt i SOU 2007:52 om beslutanderätt vid gemensam vårdnad.[1] I detta syfte kommer även de viktigaste internationella instrumenten på barn- och föräldrarättens område att behandlas. Jag kommer även att göra en komparation med engelsk rätt eftersom England liksom Sverige haft en utveckling mot ett gemensamt föräldraansvar med gemensam vårdnad som norm men har en annorlunda omfattning av konsensuskravet och en mer omfattande tvistlösningsmetod. Genom att jämföra den svenska problematiken med den engelska rätten avser jag att i analysen beskriva för- och nackdelar med det svenska systemet och med utgångspunkt i barnets bästa, granska den förslagna revideringen samt föra ett de lege ferenda resonemang kring fördelningen av föräldraansvar och tvistlösningar för den svenska rätten. Följande frågeställningar ska besvaras för att utreda gällande rätt och omfattningen av föräldraansvaret: Hur ser den rättsliga regleringen kring beslutanderätt och gemensam vårdnad ut idag och hur har den historiska utvecklingen på området påverkat dagens syn på fördelning av föräldraansvar och tvistlösning? Vilka för- och nackdelar kan uppkomma med självständig beslutanderätt vid gemensam vårdnad? Hur ser den engelska rätten på fördelning av vårdnadsansvar och gemensam vårdnad? Kan man där finna lagtekniska förebilder för utformningen av en svensk tvistlösningsmodell vid gemensamt vårdnadsansvar?

[1] SOU 2007:52 Beslutanderätt vid gemensam vårdnad mm.

1.2 Metod och material

För att utreda det svenska rättsläget har jag valt att utgå från den klassiska rättsdogmatiska metoden. I den rättsdogmatiska analysen ligger lagtext, offentligt tryck, doktrin och praxis till grund för utredningen. Jag har som komplement till den traditionella rättskälleläran använt mig av material från Justitieombudsmannen, då praxis inom området är begränsat eftersom en svensk domstol i familjerättsliga processer för närvarande inte kan döma i sakfrågor utan endast i frågor som rör vårdnad, boende och umgänge. Den rättsdogmatiska metoden används med inslag av normativ metod enligt teorin om normativa grundmönster. Teorin används med fördel för att anlägga ett mer nyanserat sätt att visa påverkan på rätten och ge en översikt på rättsområdet. Metoden används i följande framställning för att beskriva rättsutvecklingen kring föräldraansvar och gemensam vårdnad samt för att närmare förklara utformningen av dagens lagstiftning. Med hjälp av metoden avser jag också att beskriva normativa grundmönster, som *harmoni* med gemensam vårdnad, strikt konsensuskrav och familjens gemensamma intresse som kännetecken samt *konflikt* som kännetecknas av barnets och föräldrarnas separata intresse samt behovet av tvistlösning. Avsikten är att på så sätt synliggöra och analysera problematiken kring synen på föräldrars rättigheter och skyldigheter, kompetensfördelningen av föräldraansvaret samt tillvaratagandet av barnets bästa vid gemensam vårdnad. Jag kommer dessutom att använda mig av en komparativ metod för att belysa skillnader och likheter mellan svensk och engelsk rätt samt för att visa eventuella för- och nackdelar med det svenska lagförslaget. I den komparativa delen av uppsatsen utgår jag ifrån lagtext, doktrin och praxis.

1.3 Avgränsningar och disposition

Uppsatsen kommer endast att beröra frågor kring vårdnad, boende och umgänge enligt FB 6 kap. och endast de fall då föräldrarna har vårdnaden om barnet. Vårdnad, boende och umgänge som begrepp kommer att behandlas ihop utan inbördes ordning för att skapa en mer generell diskussion i analysen. Fokus ligger på beslutanderätten för vårdnadshavare vid gemensam vårdnad och uppsatsen utgår från föreslagen revidering i form av SOU 2007:52 om beslutande rätt vid gemensam vårdnad mm. De delar av förslaget som inte berör beslutanderätten tas inte upp i denna uppsats och likaså berörs inte samarbetsproblem som beror på våld och övergrepp inom familjen.

Arbetet inleds med en historisk redogörelse för föräldra- och barnrättens allmänna utveckling samt tar mer ingående upp hur föräldraansvaret fördelats samt hur gemensam vårdnad och samförståndslösningar utvecklats i lagstiftningen. Följande kapitel beskriver teoretiska perspektiv som kan appliceras på rätten och som är viktiga utgångspunkter för den avslutande analysen. Därefter ges en kort beskrivning av de viktigaste internationella instrumenten som inverkar på regleringen kring beslutanderätt och föräldraansvar. Kapitel fem är en deskriptiv redogörelse av gällande rätt och

beskriver föräldrars rättigheter och skyldigheter gentemot barnet i egenskap av vårdnadshavare och redogör även för den gemensamma vårdnadens innebörd och utövande. Följande två kapitel beskriver den föreslagna lagändringen om beslutanderätt vid gemensam vårdnad och förslagets konsekvenser samt den engelska gällande rätten avseende föräldraansvar och beslutanderätt. I det avslutande kapitlet analyseras den deskriptiva delen av uppsatsen utifrån den rättdogmatiska metoden, den komparativa metoden samt metoden enligt teorin om normativa grundmönster och mina egna slutsatser presenteras. I analysen diskuteras även den svenska rättens överensstämmelse med internationella konventioner liksom komparationen med England.

1.4 Terminologi

När vårdnadsbegreppet används i uppsatsen sammanfaller den juridiska vårdnaden med den faktiska vårdnaden om barnet, om inget annat anges. Med vårdnad åsyftas gemensam vårdnad när det inte uttryckligen anges att ensam vårdnad avses och med vårdnadshavare avser jag en förälder som helt eller delvis har rätt att utöva vårdnadsansvaret. Föräldraansvar används i framställningen som benämning på de rättigheter och skyldigheter föräldrar har enligt lag samt det moraliska ansvar som samhället applicerar på föräldrar. Bestämmanderätt och beslutanderätt används som synonyma begrepp för att beteckna den rätt vårdnadshavare har att fatta beslut i frågor som rör barnet. Det ska även noteras att den engelska rättens parental responsibility inte är en direkt överensstämmelse med det svenska vårdnadsbegreppet utan motsvaras närmast av vårdnadsansvar/föräldraansvar. Eftersom parental responsibility kan erhållas av fler personer än barnets föräldrar används både vårdnadsansvar och föräldraansvar som begrepp. Uppsatsens fokus ligger dock på kompetensfördelningen av vårdnadsansvaret mellan föräldrarna.[2]

[2] Ryrstedt, 2002, Konsensus – förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar? s. 49.

2 Historiskt perspektiv på föräldra- och barnrätten

2.1 Inledning

Synen på barn och föräldrar har under det förra århundradet genomgått stora förändringar i samband med omvälvande samhällsreformer. Den familjerättsliga lagstiftningen har tidigare byggt på en gemenskap med familjen men allteftersom det individualistiska synsättet fick genomslag har barnets roll utvecklats till en egen individ med rättigheter oberoende föräldrarnas. Den rättsliga utvecklingen har som en följd av förändringarna, gått från en lagstiftning med föräldrarna i fokus, ensam vårdnad och en beslutanderätt för ena vårdnadshavaren, till att inriktas på samförståndslösningar och betonande av föräldrars ansvar samt konsensus som krav för beslutsfattande vid gemensam vårdnad, med barnet i fokus.

2.2 Förändring i synen på föräldraskap och barn

Synen på föräldrar och barn och deras rättigheter genomgick en förändring i början av 1900-talet, i samband med införandet av en ny civilrättslig lagstiftning kring äktenskap och barn.[3] Den tidiga familjerättsliga lagstiftningen främjade äktenskapet och betonade familjeenheten[4] och regleringen om fördelning och placering av vårdnadsansvaret för barnet är därför på flera vis produkter av utvecklingen av förhållandet mellan föräldrarna och deras val av samlevnadsform.[5] Redan 1915 års lag om äktenskap innehöll en reglering kring vårdnad och umgänge. Makarna förutsattes sammanjämka sina meningsskiljaktigheter kring barnet annars sågs en äktenskapsskillnad som enda alternativet[6] och då tilldelades ena föräldern vårdnaden och beslutanderätten.[7] Den make som inte bar skulden till äktenskapsskillnaden erhöll vårdnaden om barnet när båda föräldrarna i övrigt var lika lämpade. Om makarna var ense skulle domstolen besluta i enlighet med deras begäran, om det inte stred mot barnets bästa.[8] Eftersom föräldrarna ansågs vara de som hade bäst insyn i vårdnadsfrågan kunde man utgå från att den ordningen de enats om, var synonymt med barnets bästa.[9]

---

[3] Lag 12 november 1915 om äktenskaps ingående och upplösning, Lag 11 juni 1920 om införande av nya giftermålsbalken, Lag 14 juni 1917 (nr 376) om barn utom äktenskap och Lag 11 juni 1920 (nr 407) om barn i äktenskap.
[4] Schiratzki, 2007, Barnrättens grunder, s.16.
[5] Jacobsson, 1978, s. 71 ff.
[6] Singer, 2000, s. 443.
[7] Lag 12 november 1915 om äktenskapets ingående och upplösning 6 kap. 23 § första stycket.
[8] Lag 12 november 1915 om äktenskaps ingående och upplösning 6 kap. 23 §. Jfr även Lag 11 juni 1920 om barn i äktenskap 9 §.
[9] Sjösten, 2003, s. 25 och Lagberedningen III, s.74 f.

Den förälder som inte hade vårdnaden, hade rätt till umgänge med barnet och umgänget var utformat som en absolut rättighet för föräldern. Utgångspunkten i lagstiftningen var alltså barnets bästa men lagen betonade starkt föräldraansvaret.[10] Begreppet vårdnad infördes för att visa att föräldrarna var skyldiga att ge barnet omsorg och fostran men vårdnaden var även en rättighet för föräldrarna och regleringen var klart inriktad på föräldrarnas förpliktelser gentemot barnet.[11] Bestämmanderätten för föräldrar bygger på 7 § i 1920 års lag om barn i äktenskap. Då infördes gemensam vårdnad mellan gifta föräldrar[12] och båda föräldrarnas delaktighet krävdes för beslut inom den gemensamma vårdnaden. Bestämmelsen var tänkt att reglera de fall då ena föräldern inom äktenskapet var förhindrad att delta i ett beslut på grund av t.ex. sjukdom och beslutet inte kunde skjutas upp.[13] Fadern var dock ensam förmyndare för barn inom äktenskapet.[14] Enligt 1924 års förmyndarskapslag ansågs samförmyndarskap olämpligt och modern uteslöts från förmyndarskapet eftersom det fanns risk för att föräldrarna inte kom överens.[15] Modern var dock förmyndare för oäkta barn.[16]

I samband med utvidgad industrialisering och urbanisering fördes familjens ansvar allt mer över på staten och familjen kom i allt större utsträckning att bygga på frivilliga relationer. Familjepolitiken integrerades i den generella välfärdspolitiken och familjen som försörjningsenhet tappade allt mer betydelse.[17] Föräldraperspektivet var dock fortfarande starkt när den nuvarande FB trädde ikraft år 1949 och lagen innebar bl.a. att båda föräldrarna blev förmyndare för barnet.[18] Sedan 1950-talet har det på familjerättens område tillkommit ett flertal ändringar som syftat till att stärka barnets rättsliga ställning och under 1970-talet när nya samlevnadsformer blev allt vanligare vände lagstiftningen bort fokus från föräldrarna för att istället sträva efter att tillgodose barnets intresse och rättigheter i relationen till föräldrarna.[19] År 1974 blev fadern likställd med modern vid domstolsprövning av vårdnadsansvaret, modern hade sedan tidigare automatiskt vårdnaden om barnet.[20] I samband med 1977 års vårdnadsreform behölls den tidigare regleringen med gemensam vårdnad för gifta föräldrar, med den ändringen, att vårdnaden som huvudregel skulle vara gemensam även efter äktenskapsskillnad under förutsättning att föräldrarna var ense om att utövandet av vårdnadsansvaret skulle ske

---

[10] Lag 11 juni 1920 om barn i äktenskap 9, 12 §§ och Lag 12 november 1915 om äktenskapets ingående och upplösning 6 kap. 23 § tredje stycket.
[11] NJA II 1921 s. 235 ff.
[12] Lag 11 juni 1920 om barn i äktenskap 2 §.
[13] Schiratzki, Föräldraansvar – om särlevande föräldrars ansvar för sina barn, JT årgång 18, 2006-07 nr 2 s. 352.
[14] Lag 27 juni 1924 om förmyndarskap 2 kap 1 §. Vid äktenskapsskillnad erhöll den förälder som tilldelades vårdnaden även förmyndarskapet jfr 2 kap 1 § andra stycket.
[15] Schiratzki, 2007, Barnrättens grunder, s. 83 och Lag 27 juni 1924 om förmyndarskap.
[16] Lag 27 juni 1924 om förmyndarskap 2 kap. 2 § och jfr Lag 14 juni 1917 om barn utom äktenskapet 2 §.
[17] Björnberg, 2000, s. 41ff.
[18] Schiratzki, 2007, Barnrättens grunder, s. 16.
[19] Prop. 1975/76:170 s. 157.
[20] Prop. 1975/76:170, s. 83.

gemensamt. Även föräldrar som inte var gifta gavs möjlighet att ha gemensam vårdnad, om föräldrarna var ense om en sådan ordning.[21] Det diskuterades även huruvida vårdnadsbegreppet borde bytas ut mot termen vårdnadsansvar för att föräldrars ansvar för barnet skulle komma klarare till uttryck i regleringen. Termen antogs dock inte eftersom det sågs som olämpligt att förälder som inte hade del i den rättsliga vårdnaden även förlorande sitt föräldraansvar.[22] Senare tids vårdnadsutveckling har syftat till att utöka möjligheterna för föräldrar att få gemensam vårdnad och under 1980-talet kunde gemensam vårdnad erhållas även utan domstolsbeslut och gemensam vårdnad blev presumtion efter en äktenskapsskillnad.[23]

2.3 Lagstiftningsarbete kring gemensam vårdnad och beslutanderätt

Frågan om hur ansvarsfördelningen ska ske mellan föräldrarna vid gemensam vårdnad har varit under diskussion i lagstiftningsarbetet sedan 1970-talet. Utvecklingen har gått mot en barnrätt med gemensam vårdnad som norm och ett starkt barnperspektiv. En utvidgad beslutanderätt för ena föräldern har konsekvent avvisats liksom förslag på en tydligare fördelning av vårdnadsansvaret. Betoningen har istället legat på samförståndslösningar och barnets behov av båda föräldrarna, vilket anses säkerställas genom ett gemensamt rättsligt vårdnadsansvar.

2.3.1 Gemensam vårdnad och vikten av konsensus i frågor som rör barnet

Gemensam vårdnad blev en möjlig vårdnadsform för alla föräldrar under 1970-talet. Konsensus mellan föräldrarna var ett krav för gemensam vårdnad, oavsett vilken situation som föräldrarna befann sig i och domstolen skulle förordna vårdnaden i enlighet med föräldrarnas överenskommelse, om det inte uppenbart stred mot barnets bästa. En gemensam vårdnad ansågs vara en viktig del i främjandet av en god relation mellan barnen och båda föräldrarna. Ett delat rättsligt ansvar skulle främja ett harmoniskt förhållande mellan föräldrarna och föräldrarna ansågs på grund av bådas medgivande till vårdnadsformen vara inställda på att samarbeta kring vårdnadens utövande.[24] Bestämmanderätten för föräldrar var en naturlig del av vårdnaden och förälders rätt och skyldighet att bestämma i barnets angelägenheter ansågs i förarbetena värt att betona ytterligare[25] men att närmare bestämma beslutanderättens innebörd i lag avvisades. Det framhölls dock att gemensam vårdnad medförde vissa praktiska problem om föräldrarna skulle behöva uppnå konsensus i alla frågor som gällde barnet. I de fall föräldrarna inte kunde samarbeta, skulle den gemensamma vårdnaden upplösas eftersom ett gemensamt beslutsfattande som regel ansågs kräva en

[21] Prop. 1975/76:170, s. 1f.
[22] SOU 1979:63, s. 13 och Prop. 1981/82:168, s. 17 ff.
[23] Lag 1983:47 om ändring i FB och Prop. 1981/82:168 s. 28 ff.
[24] Prop. 1975/76:170, s. 141 ff.
[25] Prop. 1975/76:170, s. 24 f.

god kontakt mellan föräldrarna. Att rätten skulle kunna besluta om gemensam vårdnad mot ena förälderns vilja diskuterades men bedömdes vara en alltför svår uppgift för den förälder som inte ansåg sig vilja fortsätta den nära kontakten som gemensam vårdnad bedömdes förutsätta.[26]

Beslutanderätten vid gemensam vårdnad diskuterades åter i SOU 1995:79. Diskussionen rörde huruvida det var lämpligt att ge domstol rätt att dela upp vårdnadshavarnas uppgifter mellan föräldrarna men förslaget tillbakavisades med hänvisning till att idén stred mot önskan om samarbete och konsensus i frågor som rörde barnet.[27] Även ensam beslutanderätt för boendeförälder diskuterades[28] men förslaget lades dock inte fram i propositionen eftersom behovet av en uttrycklig reglering inte ansågs vara så stort.[29] Genom 1998 års vårdnadsreform gavs domstolen möjlighet att döma till gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja och domstolen kunde alltså vägra lösa upp den gemensamma vårdnaden. Förändringen ansågs skapa behov av en modifiering av principen att föräldrarna ska kunna enas i frågor som rör barnet och lagstiftaren bedömde att det fanns ett behov av tvistlösning för vissa av de frågor som vårdnaden inrymde eftersom föräldrar inte kunde förväntas enas i alla frågor som rörde barnet. Domstol fick därför rätt att förordna om barnets boende och umgänget med barnet. Meningen med förändringarna var att bereda väg för en ökad användning av gemensam vårdnad och lagstiftaren fann inget behov av att klargöra innebörden i den gemensamma vårdnadens omfattning med undantag för ogifta föräldrar. För ogifta föräldrar ansågs det istället, att en utvidgning av beslutanderätten i framtiden eventuellt skulle vara behövlig.[30] Fördelningen av föräldraansvaret togs åter upp till diskussion i Ds 1999:57. I promemorian gjordes bedömningen att de nuvarande bestämmelserna kring bestämmanderätten vid gemensam vårdnad inte skulle ändras eftersom gemensam vårdnad i grunden bygger på att föräldrarna ska samarbeta för barnets bästa. Samarbetet mellan föräldrar ansågs varken anpassat eller avsett för en detaljreglering och skulle inte främjas av att en förälder gavs större inflytande på den andra förälderns bekostnad.[31]

2.3.2 Barnets bästa, föräldrars ansvar och behovet av tvistlösningar

Det tillsattes en kommitté år 2002 för att utreda 1998 års vårdnadsreform. Kommitténs uppgift var att överväga huruvida beslutanderätten som idag gäller vid gemensam vårdnad är lämpligt utformad mot bakgrund av att domstolen kan besluta om gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja.[32] Kommittén fick i ett tilläggsdirektiv i uppgift att se över hur en reglering kan utformas som kan underlätta hanteringen av konflikter och

[26] Prop. 1975/76:170, s. 24 ff, 92,142 ff.
[27] SOU 1995:79, s. 83.
[28] SOU 1995:79, s. 88 ff.
[29] Prop. 1997/98:7, s. 55.
[30] Prop. 1997/98:7, s. 50 ff.
[31] Ds 1999:57, s. 81.
[32] Dir. 2002:89.

problem vid beslutsfattande vid gemensam vårdnad och därmed förbättra förutsättningarna för gemensam vårdnad.[33] I betänkandet Barnets bästa, föräldrars ansvar[34] upptogs frågan om beslutanderätten. Det framhölls dock i betänkandet att den nuvarande regleringen om bestämmanderätten inte borde ändras utan vårdnadens utövande ansågs lämpligast ske i samförstånd mellan föräldrarna.[35] Lösningen som istället föreslogs var att gemensam vårdnad mot en förälders vilja skulle stramas upp och att domstolen endast skulle kunna döma till gemensam vårdnad, om det kan antas att föräldrarna kan samarbeta i frågor som rör barnet. Kommittén anförde vidare att om samarbetssvårigheter föreligger i frågor som rör barnet är det oftast bäst för barnet att den förälder som bäst tillgodoser barnets behov får ensam vårdnad och därmed beslutanderätten.[36] Kommittén presenterade dock en metod till tvistlösning bestående av en ny paragraf i FB. Paragrafen skulle ge rätten möjlighet att vid gemensam vårdnad förordna om att befogenheten enligt FB 6 kap 11-13 §§ skulle fördelas mellan föräldrarna. Kommittén ansåg emellertid att frågan krävde en djupare analys.[37]

Även i den följande propositionen avhandlades beslutanderätten[38] och slutsatsen av reformarbetet år 2006 var att frågan krävde ytterligare utredning. Det konstaterades dock att kravet på oenighet i vissa fall kan leda till nackdelar för barnet. Sedan reformen ska barnets bästa vara avgörande vid alla beslut om vårdnad, umgänge och boende.[39] Möjligheten för domstolen att döma till gemensam vårdnad mot en förälders vilja kvarstår men en förälders motstånd till vårdnadsformen ska tas på allvar och det infördes en uttrycklig bestämmelse om att det vid gemensam vårdnad ska fästas särskilt avseende vid föräldrarnas förmåga att samarbeta i frågor som rör barnet.[40] Utgångspunkten för de senaste reformerna kring vårdnad har alltså varit att så långt som möjligt främja ett gemensamt föräldraansvar med gemensamt beslutsfattande och frågan om en beslutanderätt för ena föräldern och andra tvistlösningsmetoder har konsekvent avvisats.

[33] Dir. 2005:35.
[34] SOU 2005:43.
[35] SOU 2005:43, s. 143.
[36] SOU 2005:43, s. 26 ff.
[37] SOU 2005:43, s. 143 ff.
[38] Prop. 2005/06:99.
[39] Prop. 2005/06:99, s. 51f, 85.
[40] Prop. 2005/06:99, s. 51, 87.

3 Teoretiska perspektiv på rätten

3.1 Inledning

För att ge en översikt och djupare förståelse av rättsutvecklingen vid gemensam vårdnad med strikt konsensus som krav och kompetensfördelningen av föräldraansvaret samt för att se hur den har påverkat dagens lagstiftning kan man betrakta rätten ur olika teoretiska perspektiv. Dessa perspektiv kommer sedan att vara viktiga utgångspunkter i analysen. Avsikten är att belysa den normativa strukturen kring gemensam vårdnad och föräldraansvaret genom en kartläggning av normativa grundmönster som kommer till uttryck i den rättsliga regleringen. Det historiska perspektivet i ovanstående kapitel syftar till att belysa utvecklingen av de rättsregler vi har idag och den föreslagna revideringen av beslutanderätten vad gäller föräldrars ansvar och gemensam vårdnad, eftersom ett sådant angreppssätt kan bidra till förståelsen av den gällande regleringens utformning.

3.2 Normativa perspektiv

Teorin om normativa grundmönster utvecklades av Anna Christensen. Christensen har med utgångspunkt i en analys av rättsystemets innehåll kartlagt olika normativa grundmönster. Den grundläggande tanken i teorin är att juridiken består av normativa fält, i vilka normativa grundmönster interagerar polärt och återspeglas i det sociala fält som juridiken rör sig.[41]

Mönstren är grundläggande mönster som kan urskiljas i den stora mängden juridiska normer och som går igen i olika sammanhang och har en viss historisk konstans. Teorin utgår från att man i samhället kan identifiera dessa normativa grundmönster och att normerna fångas upp i lagstiftningen och förstärks. Lagstiftningen ger dock inte uttryck endast för ett synsätt eller en norm utan man kan identifiera flera olika synsätt, där olika normativa grundmönster träder fram och förstärks i olika grad under olika perioder. Det är motsättningen mellan mönstren och inte harmoni som kännetecknar de normativa mönster som finns inom ett visst rättsområde. Dessa mönster bygger på moraliska sedvänjor och grundhållningar som bildats i samhället och fungerar som poler med en stark politisk laddning i ett normativt fält. Hur starkt ett mönster är beror på de bakomliggande förändringarna i samhället och det uppstår ständigt olika konflikter mellan mönstren eftersom de uppstår vid olika tidpunkter för att tillgodose olika slags behov.[42] Den normativa metoden förutsätter att det är samhällsutvecklingen

[41] Festskrift till Anna Christensen, Hydén Håkan, 2000, s. 124.
[42] Ryrstedt, 1998, Bodelning och bostad, s. 18.

som styr lagstiftningen och var i fältet den rättsliga regleringen hamnar beror alltså på polernas dragningskraft vid en angiven tidpunkt.[43]

3.3 Harmoni- och konfliktperspektiv

Eva Ryrstedt har på familjerättens område identifierat två normativa grundmönster som utgörs av gemenskap och individualism.[44] Gemenskapsmönstret kan sägas utgöra ett konservativt mönster som skyddar det bestående och närmast utgör ett hinder mot förändringar för att bibehålla status quo. Mönstret motverkar ett dynamiskt individualistiskt mönster som främjar förändring.[45] Ett harmoniskt perspektiv på rätten förutsätter att parternas gemensamma intressen dominerar och att rättighetsbegreppet är svagt utvecklat.[46] Relationen mellan barn och föräldrar kan inte beskrivas i ömsesidiga rättigheter och förpliktelser utan i plikter och särintressen som måste ges upp för gemenskapens bästa.

Harmoniperspektivet kan dock ersättas med ett konfliktperspektiv och ett partsförhållande som innehåller rättigheter och förpliktelser där individerna fortsätter att vara självständiga individer med legitima särintressen. Det finns således en latent konflikt mellan dessa intressen. Rättighetsbegreppet kan belysas genom att ställa två normativa strukturer mot varandra. Jämbördighet är dock en förutsättning för rättigheter och förpliktelser. Rättighets- och förpliktelserelationen kan uppstå genom att olika individer med skilda intressen finner det nödvändigt att samverka eller genom att en gammal status relation upplöses och ersätts med en avtalsrelation (t.ex. det moderna äktenskapet). Rättighets- och förpliktelserelationen kan vara både stabiliserande och upplösande. Det är möjligt att samverka i ett gemensamt projekt trots en existerande konflikt men det kan även innebära att en latent konflikt kommer upp till ytan. Rättighets- och förpliktelserelationen kan då bli ett hot mot det gemensamma intresset. Den rättsliga utvecklingen att hävda barnets intresse gentemot föräldrarna är ett exempel på hur en gammal sluten gemensamhetsstruktur utan några särintressen håller på att lösas upp och samtidigt uppgå i en omfattande samhällelig struktur. Utvecklingen har börjat frångå den harmoniska relationen som inte innefattar den erkända konflikten som ger upphov till rättigheter och förpliktelser[47] och särintressen uppstår. När föräldrar med gemensam vårdnad ska fatta ett beslut kring barnet framträder frågan om föräldrarnas egna intressen kontra barnets intresse. Eftersom separerade föräldrar troligen inte har gemensamma intressen kommer dessa också att gå isär. Det

[43] Festskrift till Anna Christensen, Hydén Håkan, 2000, s. 125.
[44] Ryrstedt, Bodelning och bostad, 1998, s. 384.
[45] Jfr. Anna Christensens mönster skydd för etablerad position och det marknadsfunktionella mönstret. Festskrift till Anna Christesen, Hydén, 2000, s. 125.
[46] Ryrstedt, 1998, Bodelning och bostad, s. 20.
[47] Christensen, 1988, s. 39 ff.

tidigare harmoniperspektivet i svensk familjerätt har därmed delvis ersatts med ett begynnande konfliktperspektiv.[48]

Med metod enligt teorin om normativa grundmönster synliggörs och analyseras alltså de värden som juridiken baseras på och uttrycker. Lagstiftningen och de normativa föreställningarna i samhället vid en angiven tidpunkt utgör dock inte något harmoniskt system utan den rättsliga regleringen utgör ofta en kompromiss mellan olika normativa grundmönster.[49] I detta arbete avses det normativa fältet för gemensam vårdnad. De två övergripande mönster som framträder inom detta fält är, *harmoni* och *konflikt*. *Harmonimönstret* kännetecknas av gemenskap och kravet på konsensus mellan föräldrar vid gemensam vårdnad samt ett gemensamt föräldraintresse. *Konfliktmönstret* kännetecknas istället av individen och en självständig beslutanderätt samt föräldrarnas och barnets separata intressen. Harmonimönstret står alltså för synen på familjen som enhet och konfliktmönstret utgörs av den normativa grundsatsen om individens personliga frihet. Denna mönsterbildning avspeglas i den rättsliga regleringen och i det normativa fältet för gemensam vårdnad och gemensamt föräldraansvar och diskuteras närmare i analysen.

[48] Ryrstedt, Kravet på konsensus – till barnets bästa? SvJT 2003, s. 340. Se. Ryrstedt och Mattsson, Barn och föräldrar – kan vi acceptera dem som motparter? SvJT 2007, s. 396 som menar att lagstiftaren i LVU mål erkänner konflikten mellan barn och föräldrar.
[49] Jfr Christensens teori om normativa grundmönster.

4 Internationella konventioner

4.1 Inledning

Vårdnadens innebörd och omfattning berörs av ett antal internationella dokument som Sverige ratificerat eller inkorporerat. De internationella konventioner som kan aktualiseras i samband med den nuvarande beslutanderättens utformning och lagförslagets tvistlösningsmodell är konventioner med intentioner att skapa förbättring kring föräldraansvar och samförståndslösningar. De tillerkänner dock främst föräldrarna rättigheter och ger allmänt uttryck för en gemenskap med familjen.[50]

4.2 Barnkonventionen

FN: s konvention om barnets rättigheter, eller Barnkonventionen, antogs av generalförsamlingen den 20 november år 1989. Antagandet innebar en förändring på barnrättens område då konventionen lyfte in barnet på den politiska dagordningen samt garanterade barnet medborgerliga friheter. Sverige ratificerade konventionen år 1990, vilket innebär att Sverige förbundit sig att efterfölja och förverkliga konventionen.[51] Konventionen riktar sig till det enskilda barnet och det är individens rättigheter som avses i artiklarna[52] men den understryker även föräldrarnas roll och ansvar samt behandlar det rättsliga förhållandet mellan barn och föräldrar.[53] Konventionsstaterna ska enligt artikel 3 åta sig att tillförsäkra barnet skydd och omvårdnad för dess välfärd, med hänsyn till de rättigheter och skyldigheter som tillkommer föräldrarna och vårdnadshavare som har lagligt ansvar för barnet.

Fyra principer är vägledande vid tolkningen av konventionen, vilket innebär att de övriga artiklarna ska läsas i ljuset av dessa huvudprinciper.[54] De fyra huvudprinciperna återfinns i artiklarna 2, 3, 6 och 12. Artikel 2 fastställer alla barns lika rättigheter, artikel 3 behandlar barnets bästa, artikel 6 behandlar rätten till liv och artikel 12 stadgar att barnet har rätt att delta i beslutsfattande som rör dem och få sin åsikt beaktad i alla frågor som rör dem, varvid barnets åsikter ska tillmätas betydelse i förhållande till mognad och ålder. I allt beslutsfattande som rör barnet ska hänsyn tas till barnets bästa.[55] Beslutsfattaren ska anlägga och tillämpa ett barnperspektiv som ett led i barnets bästa.[56] Men konventionsstaterna ska även respektera det ansvar samt de rättigheter och skyldigheter som tillkommer föräldrar och

[50] Schiratzki, Vårdnad och vårdnadsfrågor, 1997, s. 136 f.
[51] Prop. 1989/90:170, s.1 ff.
[52] Hammarberg, Konventioner om barns rättigheter, 2006, s. 7.
[53] Jfr Barnkonventionen art 5.
[54] Hammberg, Konventionen om barns rättigheter, 2006, s. 10.
[55] Barnkonventionen art 3.
[56] Schiratzki, Barnrättens grunder, 2007, s. 29.

vårdnadshavare för barnet, så att det överensstämmer med den fortlöpande utvecklingen av barnets förmåga.[57] Barnkonventionen definierar inte närmare innehållet i föräldrarnas ansvar eller rättigheter och skyldigheter.[58]

Konventionen tillskriver i artikel 18 båda föräldrarna ett gemensamt ansvar för barnets fostran och utveckling och artikeln ger föräldrarna eller vårdnadshavaren det främsta ansvaret för barnet. Detta uttryck är avsett att ge vägledning för föräldrarna och ska definiera situationer för föräldraansvar.[59] Enligt principen och i anda med artikel 12 ska barnet ses som ett subjekt och i takt med ålder och mognad ska allt mer hänsyn tas till barnets egna tankar och åsikter. Föräldrarna är de som skall bygga upp barnets förmåga att i stigande grad vara med och fatta beslut. Barnets rätt att bli fostrat av båda föräldrarna ska vara en vägledande princip även i situationer av separation från föräldrarna[60] och artikel 9 anger att barn inte ska separeras från sina föräldrar mot deras vilja, förutom i de fall då underställd rättslig myndighet finner det nödvändigt för barnets bästa. Sådant beslut kan vara nödvändigt i fall då föräldrarna lever åtskilda och beslut måste fattas om barnets vistelseort.[61] Ett barn kan separeras från en förälder genom en överflyttning av vårdnaden och motsvarar normalt den situation som uppstår vid en vårdnadstvist. Barnets rätt att upprätthålla ett personligt förhållande regelbundet med den förälder som barnet skiljts från ska respekteras, utom då det kan anses strida mot barnets bästa.[62] Den sista artikeln med betydelse för beslutanderätten vid gemensam vårdnad är artikel 24 som garanterar barn en rätt till bästa uppnåeliga hälso- och sjukvård. Staten ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att barn erhåller adekvat vård.

4.3 Europarådskonventionen

Europarådskonventionen[63] är inriktad på att främja samförståndslösningar mellan föräldrar men ska även tillförsäkra barnet rättigheter under rättsprocessen. Genom konventionen skapas de processuella förutsättningar som behövs för att införliva Barnkonventionen på ett korrekt sätt.[64] Sverige undertecknade konventionen år 1996 men den har ännu inte ratificerats. I promemorian Ds 2002:13 föreslås att Sverige ratificerar konventionen som då ska vara tillämplig på vårdnad, boende och umgänge i FB. Konventionen betonar föräldrarollens betydelse för att tillvarata och främja barnets rättigheter.[65] Då det föreligger en familjerättslig tvist ska konflikten enligt konventionen om möjligt lösas innan en rättslig myndighet inblandas och[66]

---

[57] Barnkonventionen art 5.
[58] SOU 1997:116, s. 228
[59] Barnkonventionen art 18 och SOU 1997:116, s. 228.
[60] SOU 1997:116, s. 228
[61] Barnkonventionen art 9.1.
[62] Barnkonventionen art 9.3.
[63] Europeisk konvention om utövandet av barns rättigheter.
[64] Ds 2002:13 s. 31.
[65] Preamblen till Europarådkonventionen.
[66] Europarådskonventionen, art 1.2. och art 1.3.

konventionen uppmuntrar parterna att lösa tvisten genom medling eller andra liknande förfaranden som syftar till att uppnå konsensus mellan parterna.[67]

4.4 Europarådsrekommendationen om föräldraansvar

År 1984 antog Europarådets ministerråd en rekommendation om föräldraansvar som syftar till att förbättra lagstiftning kring föräldrars ansvar.[68] Föräldraansvar definieras i rekommendationen som en samling skyldigheter och rättigheter som ska tillförsäkra barnet moralisk och materiell välfärd.[69] Förändringar till följd av rekommendationen avser att understödja barnets utveckling och skydda barnet samtidigt som föräldrarnas juridiska jämställdhet säkerställs.[70]

Gifta föräldrar ska gemensamt utöva föräldraansvaret enligt princip 5. Vid en separation mellan föräldrarna ska myndigheterna verka för att föräldraansvaret utövas gemensamt med föräldrarnas samtycke eller dela upp ansvaret mellan föräldrarna.[71] Beslutsfattade av myndighet som hänför sig till kompetensfördelningen mellan föräldrarna inom ramen för föräldraansvaret ska grunda sig på vad som är till barnets bästa.[72] För ogifta föräldrar ska föräldraansvaret för barnet tilldelas ena föräldern alternativt delas upp efter myndighetsbeslut eller utövas gemensamt enligt överenskommelse.[73] Vid ett gemensamt ansvar bör alltså enligt rekommendationen alla beslut som påverkar barnet fattas i samförstånd. Om det råder oenighet mellan föräldrarna i frågor som rör barnet bör den berörda myndigheten så långt det är motiverat av barnets intresse få föräldrarna att nå en överenskommelse.[74] Om den ena föräldern inte vanligtvis har en del i föräldraansvaret bör denne informeras om utövandet av föräldraansvaret i den utsträckning som denna förälder önskar det.[75] Den förälder som inte har barnet stadigvarande boende hos sig bör också ha möjlighet att upprätthålla ett personligt förhållande med barnet, förutom i de fall förhållandet allvarligt skulle skada barnets intresse.[76]

---

[67] Europarådkonventionen art 13.
[68] Recommendation No. R [84] 4 on Parental Responsibilities.
[69] Recommendation No. R [84] 4 on Parental Responsibilities, princip 1.
[70] Preamble till Recommendation No. R [84] 4 on Parental Responsibilities.
[71] Recommendation No. R [84] 4 on Parental Responsibilities, princip 6.
[72] Recommendation No. R [84] 4 on Parental Responsibilities, princip 2.
[73] Recommendation No. R [84] 4 on Parental Responsibilities, princip 7.
[74] Recommendation No. R [84] 4 on Parental Responsibilities, princip 10 p 1-2.
[75] Recommendation No. R [84] 4 on Parental Responsibilities, princip 11.
[76] Recommendation No. R [84] 4 on Parental Responsibilities, princip 8.

5 Svensk gällande rätt

5.1 Inledning

I FB finns regleringen kring vårdnad, boende och umgänge i 6 kap. Barn kan stå under båda föräldrarnas vårdnad, gemensam vårdnad eller under endast en förälders vårdnad, ensam vårdnad.[77] Den som har vårdnaden om ett barn har ett ansvar för barnets personliga förhållanden och ska tillse att barnets behov blir tillgodosedda dvs. ett vårdnadsansvar föreligger för föräldrarna.[78] Fokus i lagstiftningen ligger på föräldrarnas ansvar för sina barn och i det ansvaret innefattas att föräldrarna ska fatta beslut i barnets angelägenheter. Beslutanderätten för föräldrar återfinns i FB 6 kap. i 11 § tom 13 § som behandlar hur vårdnaden ska utövas. Den svenska lagstiftningen bygger till stor del på gemensam vårdnad och konsensuslösningar[79] och i vårdnadsansvaret inbegrips det att sätta barnets bästa främst.[80] För att gemensam vårdnad ska utdömas krävs det att föräldrarna kan samarbeta någorlunda konfliktfritt i frågor som rör barnet.[81] För de händelser där föräldrarna inte kan enas i frågor som rör barnets personliga förhållanden vid gemensam vårdnad tillhandahåller FB liten vägledning om hur vårdnaden ska utövas med undantag för boende och umgänge, som kan avgöras av rätten.[82]

5.2 Föräldrars rättigheter och skyldigheter – vårdnadshavare och förmyndarskap

Utredningen om Barnets rätt fastställde på 1970-talet de grundläggande behov ett barn har rätt att få tillgodosedda. Målet med utredningen var att regleringen kring vårdnad, boende och umgänge skulle främja ett tillgodoseende av barnets behov. Detta behov ansågs i första hand föräldrarna ansvara för.[83] FB inleder 6 kap. med ett stadgade om just barnets rätt till omvårdnad, trygghet och god fostran.[84] Den som innehar vårdnaden om ett barn ska tillse och ansvara för att barnets personliga behov blir tillgodosedda och företräder även barnet i personliga angelägenheter.[85] Rättsligt vårdnadsansvar ska utövas med hänsyn till det enskilda barnets behov och vårdnadsansvarets innebörd går därmed inte att fastställa

[77] FB 6 kap. och 9 kap. 1 §.
[78] FB 6 kap. 2 §.
[79] Jfr t.ex. Ryrstedt, Kravet på konsensus – till barnets bästa? SvJT 2003, s. 340 och FB 6 kap. 13 § första stycket.
[80] FB 6 kap. 2 a §.
[81] Prop. 2005/06:99 s. 49 ff. och FB 6 kap. 5 § andra stycket.
[82] Ryrstedt, Konsensus – förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar? 2002, s.13 ff.
[83] SOU 1979:63, s. 56 ff.
[84] FB 6 kap. 1 §.
[85] FB 6 kap. 1, 2 §§.

generellt.[86] Vårdnadsbegreppet innefattar rättigheter och skyldigheter ur vårdnadshavarens perspektiv men var gränsen går för vad som är rättigheter och vad som är skyldigheter kan ibland vara flytande och istället betonas vårdnadshavarens ansvar för barnet.[87] Den viktigaste rättigheten som följer av föräldraansvaret för föräldrar är att man kan väcka talan om vårdnad, boende och umgänge alternativt få ett avtal godkänt av socialnämnden.[88]

Föräldraansvaret är uppdelat i vårdnad och förmyndarskap.[89] Barn står under vårdnad av en eller båda föräldrarna fram till barnet fyller 18 år men vårdnaden kan i vissa fall övergå till en eller två särskilt förordnade vårdnadshavare.[90] Barnet har från födseln båda sina föräldrar som vårdnadshavare, om dessa är gifta med varandra. Gifter sig föräldrarna efter barnets födelse, har de gemensam vårdnad från den tidpunkten. För övriga fall anger lagen att en ogift moder är barnets vårdnadshavare.[91] I sådana fall kan gemensam vårdnad erhållas genom anmälan eller efter ansökan i domstol. Vårdnaden kan bli gemensam efter registrering hos skatteverket i samband med en faderskapsbekräftelse till socialnämnden[92] eller genom anmälan till skatteverket, under förutsättning att barnet är folkbokfört i Sverige.[93] I dessa fall sker ingen prövning av barnets bästa.[94] Har en av föräldrarna ensam vårdnad kan föräldrar som vill ha gemensam vårdnad även väcka talan i domstol. Domstolen ska besluta i enlighet med föräldrarnas önskan, om det inte är uppenbart att gemensam vårdnad är oförenligt med barnets bästa.[95]

Förmyndarskapet för ett barn följer vårdnadsansvaret och föräldrar som har gemensam vårdnad är båda förmyndare för barnen.[96] Förmyndarskapet och vårdnadsansvaret behöver dock inte sammanfalla.[97] Om särskilt utsedda vårdnadshavare finns för barnet innehar de oftast förmyndarskapet.[98] Förmyndaren ska förvalta den omyndiges tillgångar och företräda barnet i angelägenheter som rör egendomen.[99]

Om någon av föräldrarna vill åstadkomma en ändring i vårdnaden kan han eller hon väcka talan och rätten ska i sådana fall besluta om vårdnaden ska vara gemensam eller huruvida vårdnaden ska anförtros åt endast en av föräldrarna. Rätten ska vid bedömningen om vårdnaden ska vara gemensam fästa särskilt avseende vid föräldrarnas förmåga att samarbeta i frågor som

---

[86] Singer, 2000, s. 433.
[87] Schiratzki, 1997, Vårdnad och vårdnadstvister, s. 124.
[88] Schiratzki, Föräldraansvar – om särlevande föräldrars ansvar för sina barn JT, årgång 18 2006-07 nr 2 s. 358 ff.
[89] Ewerlöf, 2006, s. 37.
[90] FB 6 kap. 2 §.
[91] FB 6 kap. 3 §.
[92] FB 6 kap. 4 § andra stycket 1 p.
[93] FB 6 kap. 4 § andra stycket.
[94] Schiratzki, 2007, Barnrättens grunder, s. 91.
[95] FB 6 kap. 4 § första stycket.
[96] FB 10 kap. 2 §.
[97] FB 10 kap. 8 §.
[98] FB 6 kap. 3 §.
[99] FB 12 kap. 1 §.

rör barnet.[100] Även om inte någon av föräldrarna begär att den gemensamma vårdnaden ska upplösas får domstolen i samband med äktenskapsskillnad anförtro vårdnaden åt en av föräldrarna, om det är uppenbart att gemensam vårdnad är oförenlig med barnets bästa.[101] Det finns även möjlighet att ingå avtal om vårdnaden efter godkännande av socialnämnden. Avtalet kan tilldela ena föräldern vårdnaden eller förordna om gemensam vårdnad.[102] Om den ena vårdnadshavaren är förhindrad att utöva vårdnaden kan den gemensamma vårdnaden även upplösas.[103]

5.3 Gemensam vårdnad efter separation och äktenskapsskillnad

Den gemensamma vårdnaden kvarstår som huvudregel efter en äktenskapsskillnad. Detta förutsätter dock att ingen av föräldrarna önskar upplösa den gemensamma vårdnaden vid äktenskapsskillnaden genom dom.[104] Syftet med bestämmelsen är att främja goda relationer mellan föräldrar och barn och ett gemensamt rättligt ansvar anses bidra till detta.[105] Regleringen har utarbetats för att minska slitningarna mellan föräldrar och syftar till att främja en lösning där föräldrar gör upp i godo.[106] Gemensam vårdnad är även norm mellan separerade föräldrar och föräldrarna förutsätts kunna samarbeta i frågor som rör barnen.[107] Regleringen är den samma oavsett om föräldrarna sammanlever eller lever isär. Det är samhällets önskan att kontinuitet och harmoni i familjerättsliga tvister ska råda och följden har blivit lösningar som ska bibehålla dessa perspektiv. Det är i detta syfte som avtalsmässiga inslag har uppkommit för att försöka få föräldrarna att nå konsensus.[108] Efter en separation finns det tre alternativa vägar för föräldrarna att tillgå. Alla har som utgångspunkt att uppnå en samförståndslösning mellan föräldrarna. Föräldrarna kan genom avtal reglera frågor om vårdnad, boende och umgänge, alternativt nå en lösning genom medling och den sista utvägen innebär att rätten avgör tvisten.[109]

I mål om vårdnad, umgänge och boende bygger talerätten på uppfattningen att vårdnaden är en rättighet och skyldighet för föräldrarna. Därför är det endast de som har talerätt i den formen av mål.[110] Barnets bästa ska vara

---

[100] FB 6 kap. 5 § första och andra stycket.
[101] FB 6 kap. 3, 5 §§.
[102] FB 6 kap. 6 §.
[103] FB 6 kap. 13 § tredje stycket och 8 a §.
[104] FB 6 kap. 3 § andra stycket.
[105] Prop. 1981/82:168, s. 1.
[106] Saldeen, 2001, s. 82.
[107] Ryrstedt, Barnets rätt att komma till tals i frågor om vårdnad, boende eller umgänge, JT 2005-06 nr 2, s. 303.
[108] Ryrstedt, Tvistlösning mellan separerade föräldrar – för barnets bästa, SvJT 2007, s. 398 f.
[109] Ryrstedt, Barnets rätt att komma till tals i frågor om vårdnad, boende eller umgänge, JT 2005-06, Nr 2, s. 303 f.
[110] Sjösten, 2003, s. 18. Barn saknar dock talerätt i den formen av mål. Se Ds 2002:13 som lade fram förslag om att barn i särskilt infekterade vårdnadstvister skulle ha tillgång till eget biträde efter domstolens förordnande.

avgörande vid alla beslut om vårdnad, umgänge och boende.[111] Inga andra intressen så som rättvisa mellan föräldrarna eller förälders behov av kontakt får sättas i främsta rummet.[112] En allmän utgångspunkt för regleringen är alltså att samförståndslösningar antas vara bäst för barnet och det innefattas i begreppet barnets bästa att föräldrarna uppnår en samförståndslösning på ett så tidigt stadium som möjligt. En sådan lösning anses gynna barnet och ge bra grund till en god kontakt med båda föräldrarna.[113] Gemensam vårdnad ses som bäst för barnet eftersom båda föräldrarna då tar del i ansvaret för barnet och syftet med ett gemensamt vårdnadsansvar är alltså att främja en god kontakt mellan föräldrar och barn.[114]

5.3.1 Samarbetssamtal och medling

Föräldrar kan få hjälp att enas i frågor som rör vårdnad, umgänge och boende i form av samarbetssamtal som sker i socialtjänstens regi.[115] Samtalen utförs under sakkunnigs ledning och avsikten är att föräldrarna ska kunna resonera sig fram till en samförståndslösning efter en separation med barnets bästa som grund.[116] Metoden riktar sig endast mot frågor som rör barnet och är inte avsedd att behandla föräldrarnas inbördes relation.[117] Samtalen ska ha en behandlande och förebyggande funktion och därför kan rätten initiera samtal utan samtycke från föräldrarna. Om samtal inleds i ett tidigt skede under konflikten är det enklare att ena föräldrarna under avtalsmässiga förhållanden och förebygga framtida tvister.[118] Samtalen är inte obligatoriska och är inte förenade med någon sanktion utan kan ses som en uppmaning till lösning innan rättslig process.[119]

Domstolen kan även för att få föräldrarna att nå en samförståndslösning uppdra åt en medlare att försöka ena föräldrarna. Lösningen ska dock vara förenlig med barnets bästa.[120] Medlingen ska ses som ytterligare ett försök till att ena föräldrarna kring frågor som rör barnet och medlaren kan ofta gå längre i försöken att skapa konsensus än domstolen.[121] Rätten själv ska dessutom verka för att en samförståndslösning ska komma till stånd men endast om det är i barnets intresse. De överenskommelser som främst har sin grund i att dela barnet rättvist mellan föräldrarna ska inte anses förenliga med barnets bästa.[122]

---

[111] FB 6 kap. 2 a §.
[112] Prop. 2005/06:99, s. 38 ff.
[113] Prop. 2005/06:99, s. 50 ff.
[114] Ryrstedt, Gemensam vårdnad inte alltid det bästa för barn, JT, Nr 2 2000-01, s. 423.
[115] FB 6 kap. 18 § och SoL 5 kap. 3 §.
[116] Prop. 1990/91:8, s. 27 ff.
[117] Ryrstedt, Tvistlösning mellan separerade föräldrar – för barnets bästa, SvJT 2007, s. 400 ff.
[118] Prop. 1990/91:8, s. 29 ff.
[119] Saldeen, 2001, s. 86 ff.
[120] FB 6 kap. 18 a §.
[121] Prop. 2005/06:99, s. 62 f, 91.
[122] Prop. 2005/06:99, s. 62 f, 90 ff.

5.3.2 Avtal om vårdnadsansvar

Föräldrar som är överens kan träffa överenskommelser dvs. avtala om frågor kring vårdnad, boende och umgänge.[123] Lagstiftarens avsikt var främst att bana väg för samförståndslösningar och samarbetssamtal.[124] Socialnämnden i den kommun som barnet är folkbokfört i, prövar om föräldrarnas avtal ska godkännas. Avtalet måste vara skriftligt för att godkännas och socialnämnden ska vid sin prövning av avtalet tillse att frågor kring vårdnad, boende och umgänge blir tillbörligt utredda.[125] Socialnämnden ska endast godkänna avtalet om det är till barnets bästa[126] och vid gemensam vårdnad ska avtalet, inte vara uppenbart oförenligt med barnets bästa.[127] Socialnämnden ska dock inte godkänna avtalet om det föranleds av ett rättvisetänkande mellan föräldrarna.[128] Avsikten är att avtalet ska kunna verkställas som ett lagakraftvunnet domstolsavgörande[129] och det kan ingås oavsett om det sedan tidigare finns en dom eller avtal.[130]

5.3.3 Domstols avgörande om vårdnadsansvar

Om båda föräldrarna eller ena föräldern vill ha en ändring av vårdnadsförhållandet, kan rätten efter ansökan av ena eller båda vårdnadshavarna, besluta att vårdnaden ska vara gemensam eller anförtro vårdnaden åt en av föräldrarna. Rätten kan dock inte döma till gemensam vårdnad, om båda föräldrarna motsätter sig gemensam vårdnad. Av FB 6 kap. 5 § följer alltså att gemensam vårdnad kan utdömas mot ena förälderns vilja.[131] Gemensam vårdnad mot en förälderns vilja ska dock användas med försiktighet och skälen till den ena förälderns nekande ska tas under övervägande. Meningen är inte att gemensam vårdnad ska utdömas schablonmässigt mot den ena förälderns vilja.[132] Om föräldrarna inte kan komma överens blir det alltså slutligen domstolen som får avgöra tvisten. Rätten ska dock i första hand försöka ena föräldrarna och verka för att en samförståndslösning arbetas fram när det är möjligt, med hänsyn till målets beskaffenhet och övriga omständigheter.[133] Domstolen har alltså ett ansvar att inom frågor om vårdnad, boende och umgänge så långt det är lämpligt,

---

[123] FB 6 kap. 17 a § och SoL 5 kap. 3§.
[124] Prop. 1997/98:7, s. 102.
[125] FB 6 kap. 6 §, 14 a§ andra stycket och 15 a § andra stycket, 17 a § andra stycket.
[126] FB 6 kap. 2 a §.
[127] FB 6 kap. 6 § andra stycket.
[128] Prop. 1997/98:7, s. 86 f.
[129] FB 21 kap 1 § tredje stycket.
[130] Prop. 1997/98:7, s. 87.
[131] FB 6 kap. 5 §. Att utdöma gemensam vårdnad mot ena förälderns vilja blev möjligt 1998 (Prop.1997/98:7) för att främja kontakten mellan barn och förälder samt för att öka användningen av gemensam vårdnad. Kritik har framförts för att domstol inte samtidigt fick möjlighet att döma i sakfrågor mellan föräldrarna. Se t.ex. Ryrstedt, Gemensam vårdnad inte alltid det bästa för barn? JT Nr 2 2000/01, s. 423ff och Schiratzki, Vad betyder det att ha gemensam vårdnad? JT Nr 4 1998/99 s. 1049 ff. Singer har också kritiserat de begränsade möjligheterna till tvistlösning, Singer Anna, Samarbetsförmåga och gemensam vårdnad, JT Nr 3, 2008/09 s. 155.
[132] Prop. 2005/06:99, s. 50 f.
[133] RB 42 kap. 6, 17 §§.

verka för att parterna når en samförståndslösning. I det syftet kan rätten förordna om samarbetssamtal.[134] Om samarbetssamtalen inte leder till att föräldrarna enas finns det fortfarande möjlighet för rätten att utse en medlare för att ena föräldrarna om rätten bedömer att den utsikten finns.[135] När medlingsförsöken inte lyckats ena föräldrarna, ska rätten avgöra tvisten.

Rätten är inte bunden av föräldrarnas överenskommelse och ska se till att frågor kring vårdnad, boende och umgänge blir tillbörligt utredda.[136] Domstolen kan endast i fråga om vårdnadens utövande, förordna om frågor kring boende och umgänge och barnets bästa är avgörande för besluten.[137] Vad som är barnets bästa måste avgöras i varje enskilt fall utifrån en bedömning av de individuella förhållandena och en prognos av de framtida förhållandena.[138] Det ska vid bedömningen av barnets bästa tas särskild hänsyn till barnets behov av en god och nära kontakt med båda föräldrarna och domstolen ska även ta hänsyn till barnets vilja med beaktande av ålder och mognad.[139] Det gäller även vid intermistiska beslut och vid verkställighet.[140] Eventuella övriga tvistiga frågor mellan föräldrarna som rör barnet ska föräldrarna själva fatta beslut kring.[141]

Rätten ska vid bedömningen huruvida vårdnaden ska vara gemensam eller anförtros åt ena vårdnadshavaren även fästa särskilt avseende vid föräldrarnas förmåga att samarbeta i frågor som rör barnet.[142] Huvudregeln är att föräldrarna ska ha ett någorlunda konfliktfritt samarbete i frågor som rör barnet. Gemensam vårdnad kan vara oförenligt med barnets bästa om föräldrarnas konflikt är så djup och svår att det kan sägas vara omöjligt för dem att samarbeta kring barnets angelägenheter. Det föreligger inte heller någon presumtion för eller emot gemensam vårdnad.[143] Förarbetenas betoning av samarbetsförmågan mellan föräldrarna som en förutsättning för gemensam vårdnad innebär att domstolen har vidare möjligheter att döma till ensam vårdnad.[144] HD har i ett rättsfall angående föräldrarnas samarbetsförmåga konstaterat att det måste finnas en realistisk möjlighet för föräldrarna att gemensamt och inom rimlig tid hantera de frågor som rör barnet samt de delade meningar som kan finnas, utan att de mer regelmässigt behöver hjälp utifrån för att fatta beslut och utan att det uppstår ständiga konflikter som drabbar barnet. Gemensam vårdnad kräver enligt HD ett gemensamt ansvar och en konflikt mellan föräldrarna bör inte utesluta gemensam vårdnad, om motsättningarna är av övergående natur och inte hindrar ett framtida samarbete kring barnet. En brist på förtroende, vilja eller flexibilitet inför den andra föräldern kan dock tyda på att gemensam

---

[134] FB 6 kap. 18 §.
[135] FB 6 kap. 18 a § och Prop. 2005/06:99, s. 62 ff, 104.
[136] FB 6 kap. 19 §.
[137] FB 6 kap 14 a §, 15 a § och 2 a §.
[138] Schiratzki, 2007, Barnrättens grunder, s. 107.
[139] FB 6 kap. 2 a §.
[140] FB 6 kap. 20 § och 21 kap. 1 §.
[141] SOU 2005:43, s. 125.
[142] FB 6 kap. 5 §.
[143] Prop. 2005/06:99, s. 87.
[144] Jfr NJA 2007 s. 382 och prop. 2005/06:99 s. 51 ff.

vårdnad är oförenligt med barnets bästa. Föräldrarnas samarbetssvårigheter var i detta fall av sådan grad att gemensam vårdnad inte var förenligt med barnets bästa. Föräldrarna hade inte kunnat lösa boende- och umgängesfrågor och gemensam vårdnad ska inte användas som ett medel för att tvinga föräldrar att samarbeta. Gemensam vårdnad kan därmed vara oförenlig med barnets bästa även om konflikten mellan föräldrarna inte kan sägas vara så svår och djup att det är omöjligt för dem att samarbeta.[145] Föräldrarna måste därmed inte vara ense i alla frågor men ska ha ett samarbete som fungerar så att det inte verkar till nackdel för barnet.[146] Fallet innebär en uppstramning av tidigare praxis.[147]

Det finns också möjlighet för rätten att utdöma växelvis boende mot en förälders vilja.[148] I den senaste vårdnadsreformen betonades dock att boendeformen kräver en god samarbetsförmåga mellan föräldrarna och att föräldrarna bor förhållandevis nära varandra för att upprätthålla den flexibilitet ett sådant boende kräver.[149] Ett sådant samarbete är dock sällan kännetecknande för de förhållanden mellan föräldrar vars konflikt prövas i domstol.[150]

5.4 Gemensam vårdnads innebörd och utövande

Frågan om gemensam vårdnad är nära förknippad med innebörden av vårdnaden. Vuxnas ansvar för barn kommer tydligt till uttryck i samband med frågor om vårdnad, boende och umgänge och FB 6 kap. innehåller bestämmelser om föräldrarnas inbördes samarbete och deras rättigheter och skyldigheter gentemot barnen.[151] De rättigheter och skyldigheter som vårdnadshavarna har till följd av vårdnad, boende och umgänge i FB 6 kap. kan alltså sammanfattas i termen vårdnadsansvar. Kompetensfördelning av vårdnadsansvaret regleras delvis i FB och anger hur utövandet av vårdnaden ska ske.[152] Båda föräldrarna kan ha del i den legala vårdnaden men endast en utav dem kan utöva den faktiska vårdnaden, den som barnet bor hos eller om föräldrarna har växelvis boende, den förälder som barnet befinner sig hos.[153] Har barnet två vårdnadshavare ska de gemensamt utöva den bestämmanderätt som följer av vårdnadens utövande. Den faktiska vårdnaden kan alltså vara överlämnad till någon annan utan att vårdnadshavarens bestämmanderätt fråntas denne. Begreppet vårdnad ska således inte förväxlas med den faktiska vården av barnet.[154] Det krävs sålunda som huvudregel att gemensamma beslut tas i frågor som rör barnet

[145] NJA 2007 s. 382.
[146] Prop. 2005/06:99, s. 51.
[147] Jfr NJA 1999 s. 451 och NJA 2000 s. 345.
[148] Prop. 1997/98:7, s. 113.
[149] Prop. 2005/06:99, s. 52 f.
[150] Schiratzki, 2007, Barnrättens grunder, s. 104.
[151] Schiratzki, 2007, Barnrättens grunder, s. 90.
[152] FB 6 kap.11-13 §§.
[153] Schiratzki, 1997, Vårdnad och vårdnadstvister, s. 198.
[154] SOU 2007:52, s. 31.

inom ramen för vårdnadsansvaret vid gemensam vårdnad, oavsett om föräldrarna bor ihop eller inte.[155]

5.4.1 Vårdnadsansvar för föräldrar

Den som har vårdnaden om ett barn har ett ansvar för barnets personliga förhållanden och ska tillse att barnets behov blir tillgodosedda. I vårdnadsansvaret ligger också att ombesörja att barnet får en tillfredsställande försörjning och utbildning.[156] En vårdnadshavare svarar även för att barnet erhåller den tillsyn som är lämpligt med hänsyn till dess ålder, utvecklig och övriga omständigheter dvs. en tillsynsplikt föreligger för föräldrar. Vårdnadshavare ska hindra barnet från att orsaka skada för någon annan och vidta lämpliga åtgärder för att förhindra detta.[157] En vårdnadshavare har som utgångspunkt rätt till insyn i material gällande sitt barn för att kunna fullgöra sina åligganden som förälder.[158] Båda vårdnadshavarna har som utgångspunkt var för sig rätt till insyn i sådana angelägenheter, i vilka någon av dem har gjort bruk av sin rätt att på egen hand bestämma i frågor som rör den dagliga omsorgen om barnet.[159]

5.4.2 Beslutanderätt vid gemensam vårdnad

Den rättsliga vårdnaden innefattar följaktligen en rätt och en skyldighet för vårdnadshavaren att bestämma i frågor som rör barnets personliga angelägenheter.[160] Bestämmanderätten varar till barnet fyllt 18 år eller dessförinnan ingått äktenskap.[161] Vid ensam vårdnad är det den föräldern som beslutar i frågor som rör barnets personliga angelägenheter och vid gemensam vårdnad beslutar föräldrarna gemensamt i dessa frågor. Gemensamma beslut krävs alltså när barnet har två vårdnadshavare, vilket förutsätter ett långtgående samarbete mellan föräldrarna.[162] Hur fördelningen av åtagandet mellan föräldrarna ska ske dvs. hur utövandet och samarbetet mellan föräldrarna ska ske, är delvis reglerat i FB 6 kap. 11 §. Bestämmelsen sågs som en förutsättning för att föräldrarna skulle kunna fullgöra sina skyldigheter gentemot barnet och avsåg att markera föräldrarnas ansvar.[163] Lagstiftarens utgångspunkt har varit att vårdnadshavarna ska vara överens om vårdnadens utövande och att en detaljerad reglering av ansvarets innebörd skulle motverka syftet med gemensam vårdnad.[164] Vårdnadshavarna ska dessutom i takt med barnets

---

[155] FB 6 kap. 11 §, 13 § första stycket.
[156] FB 6 kap. 2 § andra stycket.
[157] Jfr BrB 23 kap. 6 § andra stycket som anger att föräldrar som eftersätter uppsynsplikten har ett straffansvar och Skadeståndslagen 2 kap. 1§ där vårdnadshavaren kan bli skadeståndsskyldig om denne av oaktsamhet eller uppsåtligt brutit mot uppsynsplikten.
[158] Prop. 1988/89:67, s. 37.
[159] SOU 2007:52, s. 109.
[160] FB 6 kap. 11 §.
[161] Ewerlöf, 2006, s. 32.
[162] FB 6 kap. 13 §.
[163] Prop. 1981/82:168, s. 124.
[164] Schiratzki, 2007, Barnrättens grunder, s. 93.

stigande ålder och utveckling ta allt större hänsyn till barnets egna tankar och önskemål.[165]

Beslutanderätten fördelas enligt två principer när föräldrarna är oense om vad som är bäst för barnet. Av betydelse är vilken typ av beslut det rör sig om, samt vem av vårdnadshavarna som är tillgänglig för barnet.[166] Det finns därmed undantag då det gemensamma beslutsfattandet kan åsidosättas. Om en av vårdnadshavarna på grund av sjukdom, frånvaro eller annan orsak är förhindrad att ta del av beslut som rör vårdnaden, får den andra vårdnadshavaren besluta ensam. Det gäller dock endast beslut som inte kan uppskjutas utan olägenhet och föräldern får inte besluta i frågor som är av ingripande betydelse för barnets framtid, om inte barnets bästa uppenbarligen kräver det.[167] En vårdnadshavare anses inte hindrad att delta i beslutet om hans mening kan inhämtas utan oskälig tidåtgång som kan medföra verklig olägenhet för barnet. För mer ingripande beslut är det av yttersta vikt att beslutet fattas gemensamt.[168] Lagstiftaren har ansett att de vardagliga besluten i den dagliga omsorgen om barnet, måste fattas av boendeföräldern när föräldrarna har gemensam vårdnad men inte sammanbor eller den förälder som finns till hands för barnet.[169] Paragrafen ska inte tolkas som att båda föräldrarna, även om ingen direkt är förhindrad, ska behöva delta i alla vardagliga avgöranden. Beslut hänförliga till den dagliga omsorgen är enligt förarbetena frågor om mat, kläder, sovtider och fritiden.[170] Beslut av mer ingripande karaktär t.ex. skolgång och bosättning har dock förarbetena hänvisat till ett gemensamt beslutsfattande.[171]

Det har ansetts att besluten inte närmare bör preciseras i lag eller förarbeten eftersom en sådan bestämmelse kan skapa och förstärka konflikter mellan föräldrar. Den dagliga omsorgen ansågs dock i tidigare lagstiftningsarbete inte skapa konflikter mellan föräldrar på det sättet att boendeförälderns beslutanderätt närmare behövde definieras i lag. Lagstiftaren ansåg att man kan utgå från att föräldrar är överens om vårdnadens utövande vid gemensam vårdnad och vem som ska fatta besluten.[172] Gemensam vårdnad, uttalades det i förarbetena, bör bygga på att föräldrarna gemensamt ska organisera utövandet av vårdnaden och samarbeta till barnets bästa. Ett sådant samarbete låter sig inte detaljregleras och en reglering skulle också

---

[165] FB 6 kap, 11, 13 §§.
[166] Schiratzki, 2007, Barnrättens grunder, s. 93 och FB 6 kap 13 § andra stycket.
[167] Jfr. FB 6 kap. 11, 13 §§.
[168] SOU 2007:52, s. 33.
[169] Prop. 1975/76:170, s. 144.
[170] Prop. 1997/98:7, s. 56.
[171] Prop. 1975/76:170, s. 178. Det har dock i doktrin diskuterats huruvida skola, barnomsorg och bostadsort kräver gemensamt beslut. Schiratzki menar att val av skola och byte av bostadsort är områden där oklarhet råder. Schiratzki, Vad betyder det att ha gemensam vårdnad? JT 1998-99, s. 1051. Ryrstedt menar att val av och byte av daghem, skola, fritids eller bostadsort kräver samtycke. Ryrstedt, Konsensus – belastning eller förutsättning för gemensamt föräldraansvar, 2002, s. 14. Wickström menar att det är endast vid barnomsorg som det är oklart om samtycke krävs. Wickström, Utövande av gemensam vårdnad, JT 2002-2003, häfte 2, s. 331 ff.
[172] Prop. 1997/98:7, s. 53 ff.

gå stick i stäv med strävandena att främja samförståndslösningar.[173] Vårdnadshavarens beslutanderätt kan alltså indelas i tre kategorier, där den första kategorin utgörs av beslut kring den dagliga omsorgen, den andra är beslut som är hänförliga till den dagliga omsorgen men inte är av ingripande betydelse och den tredje kategorin är beslut som är av ingripande betydelse för barnets framtid. I den första kategorin beslutar den som har den faktiska vårdnaden om barnet, beslut i den andra kategorin beslutas av vårdnadshavarna gemensamt såvida den ena inte har förhinder och i den tredje kategorin beslutar en vårdnadshavare ensam.[174]

Att en förälder inte har en legal rätt att handla innebär inte att föräldern inte kan vidta en åtgärd. Det kan dock förekomma sanktioner i samband med beslut och handling utan den andra vårdnadshavarens samtycke. En möjlighet är att förälder förlorar boendet eller att den andra föräldern ansöker om ensam vårdnad på grund av samarbetssvårigheter.[175] Om en av vårdnadshavarna utan den andra förälderns samtycke fattar ett beslut ensam, kan den andra vårdnadshavaren i vissa fall t.ex. vid beslut av ingripande betydelse hävda att beslutet inte skall gälla,[176] medan det i andra fall inte går att rubba de förhållanden som genom beslutet har ändrats, såsom t.ex. när en förälder flyttar med barnet utan den andra förälderns samtycke.[177] Det finns ingen uttömmande redogörelse för vad en vårdnadshavare kan göra utan den andra vårdnadshavarens medgivande eftersom ett mindre viktig beslut kan gränsa till ett viktigare beslut t.ex. vardagliga beslut kan bli ingripande om det gäller specialkost eller dyra och riskfyllda fritidsaktiviteter.[178]

De flesta beslut vid gemensam vårdnad kräver således eniga beslut och föräldrarna är i princip likställda vid gemensam vårdnad. Det finns dock ingen möjlighet att genom rättsliga beslut avgöra meningsskiljaktigheter mellan föräldrarna, utom vid boende och umgänge, trots att det kan vara viktiga frågor som berör barnets bästa.[179] HovR har dessutom i ett fall beslutat att oenighet mellan föräldrarna om var barnets ska gå i skola inte är tillräckliga skäl för att upplösa den gemensamma vårdnaden. Domstolen var inte villig att utdöma ensam vårdnad eftersom föräldrarna ansågs kunna samarbeta kring boende- och umgängesfrågor.[180]

5.4.3 Barnets med- och självbestämmanderätt

Samtidigt som vårdnadshavaren har en rätt och skyldighet att besluta i personliga angelägenheter har barnet en rätt till medbestämmande och kan besluta i åtskilliga personliga angelägenheter. Vårdnadshavarens

---

[173] Prop. 2005/06:99, s. 115.
[174] Wickström, Utövande av gemensam vårdnad, JT, 2002-03, s. 330 f.
[175] Ryrstedt, 2002, Konsensus – en förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar, s. 73 f.
[176] Prop. 1975/76:170, s. 178.
[177] SOU 2007:52, s. 34 ff.
[178] Schiratzki, 2007, Barnrättens grunder, s. 93 f.
[179] Ryrstedt, Konsensus – förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar? 2002, s. 73.
[180] RH 2007:42.

bestämmanderätt innehåller en inskränkning i den meningen att vårdnadshavaren ska ta hänsyn till barnets vilja och åsikter i takt med barnets stigande ålder och utveckling.[181] Det är dock ingen formell medbestämmanderätt det rör sig om utan ett medbestämmande inom ramen för vårdnadsansvaret och det är vårdnadshavarens som slutligen bestämmer.[182] Som exempel på barnets med- och självbestämmanderätt kan ges barnets rätt att ingå arbetsavtal i FB 6 kap. 12 § men också att barn över 12 år kan inte adopteras utan samtycke och likaså krävs barnets medgivande för ett namnbyte vid 12 års ålder.[183] Även i vissa hälso- och sjukvårdsfrågor tillerkänns barnet en viss självbestämmanderätt.[184] Det betonas i förarbetena att vårdnadshavaren inte kan överlämna beslutsfattandet på ett barn som inte uppnått tillräcklig mognad.[185] Det torde dock finnas ett utrymme med vårdnadshavarens tillåtelse att barnet ges rätt att bestämma, trots att barnet inte uppnått den mognadsgrad då barnet egentligen är redo att fatta beslut på egen hand. Vårdnadshavaren har emellertid i ett HD-fall ansetts skyldig att ingripa om barnet kan komma till skada eller visar sig inte vara moget att fatta beslutet självständigt.[186]Att barnet får vara med och bestämma innebär inte att vårdnadshavaren kan avsäga sig sitt vårdnadsansvar.[187] I takt med barnets ålder blir det dock i praktiken svårare för vårdnadshavarna att utöva beslutanderätten och driva igenom beslut mot barnets vilja.[188]

5.4.4 Boende och umgänge

Vårdnadshavaren har som utgångspunkt en rätt att besluta, med befogenhet utifrån vårdnaden, var barnet ska bo. Med boende avses barnets faktiska bostad.[189] Barnets boende kräver dock som huvudregel ett gemensamt beslut vid gemensam vårdnad. Det innebär att en boendeförälder är förhindrad att flytta med barnet utan den andra vårdnadshavarens samtycke.[190] Det finns möjlighet att avtala om barnets boende. Men när föräldrarna inte kan enas om barnets boende eller vill få en överenskommelse fastställd, kan rätten besluta i frågan.[191] Rättens beslut om boende avser dock endast hos vem av föräldrarna barnet ska bo, inte var boendet ska vara. Konsensuskravet kan därmed få den konsekvensen att boendeföräldern låses i sitt boende och det är oberoende av vad den andra föräldern har för skäl att neka en flytt. Det gäller även en flytt inom samma ort eftersom en sådan flytt inte kan anses infalla under daglig omsorg. Båda vårdnadshavarnas samtycke krävs alltså trots att ett rättsligt avgörande anger att barnet ska bo med ena föräldern. Det framhålls dock att domstol inte kan

---

[181] FB 6 kap. 11 §.
[182] Ewerlöf, 2006, s. 32.
[183] FB 4 kap 5, 6, 10 §§ och 45, 48 §§ namnlagen (1982:670).
[184] Singer, 2000, s. 446.
[185] SOU 2007:52, s. 32.
[186] NJA II 1983 s. 19.
[187] Ewerlöf, 2006, s. 33.
[188] Singer, 2000, s. 446.
[189] Prop. 1997/98:7 s. 56 ff.
[190] Jfr NJA 1995 s. 241 där uttalade HD att en ny hemvist inte kan etableras mot den ena vårdnadshavarens vilja.
[191] FB 6 kap. 14 a §.

bestämma att barnet ska bo hos ena föräldern och att denne sedan är förhindrad från att flytta.[192] Frågan om boendeförälder ska ha rätt att flytta med barnet har ett nära samband med barnets bästa, med den innebörden att stabilitet och en god kontakt med båda föräldrarna anses vara det bästa för barnet. Det kan utgöra ett hot mot barnets bästa om förälder inte kan visa varför flytten är till barnets bästa eller om det försvårar umgänget med den andra föräldern. Men en flytt kan även främja barnets bästa och bidra till en mer fungerande vardag t.ex. genom att föräldern erhåller ett arbete om denne tidigare varit arbetssökande.[193] Boendeförälder som vill flytta måste i dagsläget väcka talan om ensam vårdnad, om det inte är möjligt att väcka talan om rätt att förbli boendeförälder efter flytten skett. Praxis på området är oklar. Det skulle dock innebära att tvister runt boende skulle vara skäl för ensam vårdnad.[194]

Möjlighet för rätten att vid gemensam vårdnad besluta om barnets boende och umgänge uppkom i samband med att det blev möjligt för rätten att utdöma gemensam vårdnad mot ena föräldrarns vilja eftersom den möjligheten ansågs skapa behov för tvistlösningar inom ramen för vårdnaden.[195] Lagstiftaren betonar barnets behov av en god kontakt med båda föräldrarna men det finns inget tvång för barnet att umgås med en förälder som barnet inte bor tillsammans med. Det finns istället en rätt för barnet att umgås med den förälder som barnet inte bor hos.[196] Umgänget är alltså i första hand till för barnet och ingen rättighet för föräldrarna. Barnets bästa avgör om umgänge ska äga rum och i vilken omfattning.[197] Det är dock endast förälder som har talerätt vid umgänge, vilket antyder att umgänget egentligen är en rättighet för föräldern och dessutom kan förälder som inte är boendeförälder inte tvingas att umgås med barnet.[198] Föräldrarna har dock ett gemensamt ansvar att se till att barnets behov av umgänge med den andra föräldern tillgodoses, vilket gäller oavsett om föräldrarna har gemensam vårdnad eller inte.[199] Utgångspunkten är att föräldrar med gemensam vårdnad ska komma överens om umgänget[200] men den förälder som inte bor tillsammans med barnet kan få umgänget reglerat

---

[192] FB 6 kap. 14 a § och SOU 2007:52, s. 115 ff. Ryrstedt menar att kravet på konsensus frånhåller boendeföräldern möjligheten att flytta med barnet medan Schiratzki framhåller att det föreligger oklarhet på området. Ryrstedt, Kravet på konsensus – till barnets bästa? SvJT 2003, s. 340 ff. och Schiratzki, Vad betyder det att ha gemensam vårdnad? JT 1998-99, s. 1051f.

[193] Schiratzki, Föräldraansvar – om särlevande föräldrars ansvar för sina barn, JT årgång 18 2006-07 nr 2 s. 362 f. Schiratzki föreslår i samma artikel att boendeföräldern ska ges rätt att ensam bestämma var barnets ska bo med hänvisning till att en god kontakt med båda föräldern inte motiverar ett flyttförbud för boendeföräldern.

[194] Schiratzki, Föräldraansvar – om särlevande föräldrars ansvar för sina barn, JT årgång 18 2006-07 nr 2 s. 362 ff.

[195] Prop. 1997/98:7, s. 57, 63.

[196] FB 6 kap. 15 § första stycket och Prop. 1997/98:7, s. 61 f. Se dock RH 1997:59 där umgängesrätten upphävdes eftersom umgängesföräldern inte utnyttjade umgänget.

[197] FB 6 kap. 2 a §.

[198] FB 6 kap. 15 a § och Ryrstedt, Mattsson, Barn och föräldrar – kan vi acceptera dem som motparter? SvJT 2007, s. 390 f.

[199] FB 6 kap. 15 § andra stycket.

[200] FB 6 kap. 15 a § tredje stycket.

av rätten.[201] Det har inte diskuterats i förarbeten huruvida ett beslut eller avtal om barnets boende behöver finnas för att domstol ska ha möjlighet att fastställa umgänge mellan barnet och den förälder som inte är boendeförälder vid gemensam vårdnad. I en dom från HovR har det uttalats att i de fall då föräldrarna efter separation har fortsatt gemensam vårdnad om sina barn, kan barnens umgänge med en av föräldrarna rättsligt regleras endast om det genom en sådan reglering också förordnas att barnen skall bo tillsammans med den andra föräldern.[202]

5.4.5 Gemensam vårdnad och barnets bästa

Att vårdnadshavarna vid gemensam vårdnad måste nå en samförståndslösning i princip alla frågor som rör barnet inom ramen för det gemensamma vårdnadsansvaret kan skapa problem som inverkar på huruvida beslutet är till barnets bästa. Kravet på konsensus kan i de fall när föräldrarna inte kan nå konsensus leda till ett statiskt förhållande där beslut inte fattas dvs. det uppstår en status quo situation.[203] I praktiken innebär regleringen att föräldrarna har en vetorätt mot varandras beslut, som inte är vardagsbeslut, vilket kan verka till barnets nackdel.[204] Oenighet mellan föräldrar kan t.ex. försvåra barnets rätt till utbildning. JO har i ett fall uttryckt kritik mot att ett barn placerats i en skola utan ena vårdnadshavarens samtycke eftersom ett beslut om barns skolgång som regel inte kan fattas enbart av den ena av två vårdnadshavare. Det krävs alltså samtycke från båda vårdnadshavarna för byte av skola.[205] Vid byte av förskola har det ansetts att det är mycket som talar för att frågan om vilken förskola som ska väljas i normalfallet bör kunna hänföras till den dagliga omsorgen, vilket innebär att den vårdnadshavare som barnet bor hos skulle ha beslutanderätten i den frågan.[206] Föräldrarna måste även enas om vilken typ av grundskola barnet ska gå i.[207] På motsvarande sätt kan en situation uppstå vid barnets rätt till hälso- och sjukvård där barnets rätt till vård och behandling riskerar att utebli om föräldrarna inte kan enas om ett beslut eftersom det vanligen krävs båda föräldrarnas samtycke vid hälso- och sjukvårdsfrågor.[208]

---

[201] FB 6 kap 15 a § första stycket. Föräldrar kan avtala om umgänge om barnet står under gemensam vårdnad eller under endast ena förälderns vårdnad.
[202] RH 2006:10.
[203] Ryrstedt, Konsensus – förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar? 2002, s. 16.
[204] Schiratzki, 2007, Barnrättens grunder, s. 95.
[205] JO ämbetsberättelse 2001/2002 s. 392-400 (Dnr 3148-2000).
[206] JO ämbetsberättelse 1999/2000 s. 283-286 (Dnr 2680-1997).
[207] Schiratzki, Föräldraansvar – om särlevande föräldrars ansvar för sina barn, JT årgång 18, 2006-07, nr 2, s. 362.
[208] JO ämbetsberättelse 2003/04 s. 314 (dnr 3743-2001).

5.5 Tvistlösning i svensk rätt

En gemensam vårdnad med gemensamma beslut som huvudregel förutsätter att föräldrarna har samarbetsförmåga i frågor som rör barnet.[209] Kravet på samarbetsförmåga antyder att det finns tillfällen då det kan vara till barnets bästa att endast en förälder har vårdnaden om barnet.[210] Utvecklingen kan ses som ett steg mot en mer pragmatisk inställning samt en större förståelse för barnet rätt. Det finns dock samtidigt en stark önskan i samhället om kontinuitet och harmoniska perspektiv i familjerättsliga förhållanden. Det råder även konsensus om att familjerättsliga tvister så långt som möjligt bör lösas utanför domstolarna.[211] Vid en separation förbyts dock det harmoniska perspektivet i flera fall mot ett konfliktperspektiv och lagstiftaren har valt att lösa konflikten med barnets bästa i fokus. I lagstiftarens försök till att främja samförståndslösningar kan tre olika intressen identifieras, moderns, faderns och barnets intresse. Föräldrarna i en splittrad familj kan i praktiken ha klart divergerande utgångspunkter men lagstiftaren har trots det använt samlevande föräldrar som utgångspunkt för regleringen och utgått från ett harmoniperspektiv. Vid en separation har lagstiftaren därmed förbisett det faktum att splittringen ofta medför en konfliktartad situation och att familjen har övergivit harmoniperspektivet för ett konfliktperspektiv.[212] Trots det förväntas föräldrarna tillvarata barnets bästa i konflikten. Barnets intresse kan knappast anses sammanfalla med båda föräldrarnas intressen samtidigt och eventuellt inte med något av föräldrarnas intressen. Barnets bästa är därmed endast en strävan som appliceras på föräldrar.[213] Gemensam beslutanderätt föreligger dessutom vid gemensam vårdnad även när föräldrarna inte är eniga att beslutanderätten ska utövas gemensamt.[214] Likväl föreligger det en presumtion för att barnets bästa sammanfaller med föräldrarnas gemensamma uppfattning.[215] Eftersom gemensamt vårdnadsansvar anses bäst för barnet även om den ena föräldern motsätter sig det, är det inte heller givet att den gemensamma vårdnaden upplöses vid en konflikt.[216]

Svensk rätt saknar i själva verket regler om hur den gemensamma vårdnaden ska utövas när föräldrarna är separerade. De undantag som finns från huvudregeln om gemensamma beslut vid gemensam vårdnad, utgörs av boende och umgänge, som kan regleras av domstol eller genom ett av socialnämnden godkänt avtal.[217] I de fall där tvistlösning är möjlig föreligger dock en begränsning i domstolens kompetens t.ex. kan domstolen

---

[209] FB 6 kap. 5 § andra stycket.
[210] NJA 2006 s. 382.
[211] Ryrstedt, Tvistlösning mellan separerade föräldrar – för barnets bästa, SvJT, s. 399.
[212] Ryrstedt, Barnets rätt att komma till tals i frågor om vårdnad, boende eller umgänge, JT 2005-2006 nr 2, s. 303 f.
[213] Ryrstedt, Mattsson, Barn och föräldrar - kan vi acceptera dem som motparter? SvJT 2007, s. 392 f.
[214] Singer, 2000, s. 442.
[215] Ryrstedt, Mattsson, Barn och föräldrar - kan vi acceptera dem som motparter? SvJT 2007, s. 392 f.
[216] Singer, 2000, s. 443.
[217] FB 6 kap 14 a § och 15 a §.

inte förordna om mer direkta föreskrifter.[218] Tvistlösningssystemet har inte enligt lagstiftaren erhållit någon allvarligare kritik utan tvistlösningar ses istället som nödvändigt och välgörande.[219] Förälder kan också som undantag besluta ensam i frågor som gäller den dagliga omsorgen och beslut av ingripande betydelse där barnets bästa kräver att beslut fattas. Det finns dock ingen vägledning som ger uttrycken en klar innebörd.[220] Det förhåller sig emellertid annorlunda med tvistiga frågor om barnets ekonomiska angelägenheter. När föräldrarna inte kan komma överens i barnets ekonomiska angelägenheter kan en förälder inom ramen för förmyndarskapet söka överförmyndarens stöd i frågan. Den uppfattning som överförmyndaren biträder blir gällande i den tvistiga frågan mellan föräldrarna.[221]

Orsaken till den bristfälliga tvistlösningen är den ideologiska överbyggnaden med ett samarbete där alla beslut fattas i samförstånd.[222] Begränsningen av tvistlösningar är en effekt av lagstiftarens önskan att minimera extern tvistlösning, varvid man tycks glömt bort de fall där missbruk av den gemensamma vårdnaden kan ske.[223] Missbruket kan leda till en inskränkning för den andra föräldern och en sådan ordning kan i praktiken inverka på barnets bästa när kravet på konsensus innebär att barnets rättigheter inte tillvaratas.[224] Kravet på enighet mellan föräldrarna medför att en status quo situation kan uppkomma. Barnet måste då kvarbli i de tidigare omständigheterna, om föräldrarna inte kan komma överens om en förändring.[225] De enda handlingsalternativen som en förälder har att tillgå vid gemensam vårdnad, är antingen att förhållandet förblir som innan eller ytterst att ansöka om ändrat boende alternativt ensam vårdnad och hänvisa till så djupa konflikter att den gemensamma vårdnaden bör upplösas.[226] I litteraturen har det på flera håll framhållits att en tvistlösningsmetod måste komma till stånd för att lösa status quo situationen.[227] Möjlighet till tvistlösning i fler frågor än boende och umgänge kan ge svar åt föräldrar som har olika uppfattning om hur beslutet ska se ut. Eftersom konflikter inte sällan torde förekomma mellan separerade föräldrar, framhålls vidare i doktrin behovet av en pragmatisk

---

[218] Ryrstedt, Kravet på konsensus- till barnets bästa? SvJT, 2003, s. 342.
[219] SOU 2007:52, s. 90 ff.
[220] Schiratzki, Föräldraansvar – om särlevande föräldrars ansvar för sina barn, JT, årgång 18, 2006-07 nr 2 s. 352 f.
[221] FB 12 kap. 12 § andra stycket och Singer, 2000, s. 443.
[222] Ryrstedt, 2002, Konsensus – en förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar, s. 73.
[223] Ryrstedt, Kravet på konsensus – till barnets bästa? SvJT 2003, s. 342.
[224] Schiratzki, 2007, Barnrättens grunder, s. 95 och SOU 2007:52, s. 11 ff.
[225] Ryrstedt, Kravet på konsensus – till barnets bästa? SvJT 2003, s. 341.
[226] Ryrstedt, Konsensus – förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar? 2002, s. 7.
[227] Se exempelvis Schiratzki, Föräldraansvar – om särlevande föräldrars ansvar för sina barn, JT, årgång 18, 2006-07 nr 2 s. 355 ff. som föreslår en kombination av lagfäst bestämmanderätt, domstolsbeslut och av socialnämnd godkända avtal .

lösning om den gemensamma vårdnaden ska fortsätta vara norm med ett intakt föräldraansvar för båda föräldrarna.[228]

[228] Ryrstedt, 2002, Konsensus – en förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar, s. 74 f.

6 SOU 2007:52 - lagförslag om beslutanderätt vid gemensam vårdnad

6.1 Inledning

Regeringen tillsatte i juni år 2006 en särskild utredare för att analysera vilka nackdelar som kan uppkomma i praktiken för barn vars föräldrar har gemensam vårdnad men inte kan enas i frågor som rör barnet.[229] Med utgångspunkt i utredningen lades ett förslag fram som ska syfta till att underlätta ett gemensamt vårdnadsansvar och tillgodose barnets intresse. Avsikten är att regelsystemet ska utformas för att anpassas till det dagliga livet utan att göra för långa avsteg från huvudprincipen att gemensam vårdnad förutsätter att vårdnadshavarna kan samarbeta i frågor som rör barnet. Kravet på konsensus vid gemensam vårdnad ska dock inte kunna leda till konflikter som påverkar barnets situation negativt.[230]

6.2 Lagstiftarens överväganden

Det har under de senaste åren uppkommit frågor kring kravet på enighet vid gemensam vårdnad och problemen som kravet på konsensus kan skapa för föräldrar har uppmärksammats, inte minst mot bakgrund av att domstol kan döma till gemensam vårdnad mot en förälders vilja.[231] Utredningen tar upp ett antal olika områden där föräldrarnas oförmåga att enas kan leda till att barnets intresse och rättigheter får stå tillbaka på grund av föräldrarnas oenighet t.ex. vid hälso- och sjukvårdsfrågor, insatser enligt SoL och barn- och skolomsorg.[232] Utredningen berör även boendeförälders möjlighet att flytta med barnet.[233] Enligt utredaren måste en upplösning av den gemensamma vårdnaden betraktas som en mycket ingripande åtgärd som kan förändra barnets relation och tillgång till den ena föräldern. Utredaren anser vidare att det finns ett behov av att reglera vårdnadshavarnas inbördes ställning så att avståndet i ansvar och rättigheter mellan ensam och gemensam vårdnad minskar. Han föreslår därför att en av vårdnadshavarna, närmast i undantagsfall, ska ges en rätt att ensam bestämma i vissa av barnets personliga angelägenheter, en självständig beslutanderätt. Den självständiga beslutanderätten bör dock begränsas till vissa ämnesområden för att inte uttömma principen om det gemensamma beslutsfattandet.[234]

---

[229] Dir. 2006:83.
[230] SOU 2007:52, s. 59.
[231] Dir. 2006:83, s. 2.
[232] SOU 2007:52, s. 12, 68 ff.
[233] SOU 2007:52, s. 88.
[234] SOU 2007:52, s. 59.

Angående förslagets relation till kravet på föräldrarnas samarbetsförmåga vid gemensam vårdnad anför utredningen att den senaste lagändringen år 2006 var avsedd för de fall då föräldrarna medvetet motsätter sig den andra förälderns initiativ och därmed gör det omöjligt för föräldrarna att samarbeta. Gemensam vårdnad ska i de fallen inte användas för att tvinga föräldrarna att samarbeta. En annan situation föreligger när föräldrarna från var sitt håll försöker få till stånd en lösning som är oförenlig med den andra förälderns inställning och situationen framstår då som mer svårhanterlig. En upplösning av den gemensamma vårdnaden i de fallen är ett stort ingrepp som är tidskrävande och medför en risk att relationen mellan barn och den förälder som inte erhåller ensam vårdnad försämras. Att frånta en förälder vårdnadsansvaret innebär i flera fall en försämrad kontakt med barnet och tillintetgör ofta alla möjligheter för ett framtida samarbete mellan föräldrarna. Konsekvenserna av den primära utvägen vid oenighet, att upplösa den gemensamma vårdnaden, är orimligt stora vid de fall då föräldrarna har ett samarbete som fungerar väl utom i ett par frågor. Detta ska betänkas i ljuset av att barnet har rätt till en god kontakt med båda föräldrarna och att rätten ska döma till gemensam vårdnad i alla fall där det är till barnets bästa. Trots tvistefrågan mellan föräldrarna kan alltså domstolen döma till gemensam vårdnad, om de finner att det i ett långsiktigt perspektiv är till barnets bästa. Även i de fall där den gemensamma vårdnaden framstått som ett lämpligare alternativ än ensam vårdnad kan kravet på enighet vålla konflikter när föräldrarna företräder olika åsikter eller ger efter för en kompromiss. Det gemensamma vårdnadsansvaret upprätthålls i dessa situationer men kan även ge upphov till lösningar som inte är förenliga med barnets bästa. Eftersom det är föräldrarnas ansvar att ta tillvara barnets bästa förfelas syftet med begreppet med nuvarande reglering.[235]

6.2.1 Tvistlösningsmodeller

För att underlätta beslutsfattandet vid gemensam vårdnad bör det enligt utredningen införas en ny tvistlösningsmodell. Lagstiftaren presenterar fem olika modeller med avsikten att visa för- och nackdelar med att slita tvister mellan föräldrar i angelägenheter som rör barnet. Utgångspunkter för förslaget är att regleringen bör vara den samma för samlevande föräldrar som för särlevande föräldrar och att för stora avsteg från principen om gemensamt beslutsfattande inte bör tas.[236] Systemet ska utformas för att underlätta vardagen för föräldrar med utgångspunkten att ett rättsligt gemensamt ansvar kan leda till ett större engagemang[237] och ge barnet tillgång till båda föräldrarna. Det ska dock vägas emot att kravet på enighet inte får leda till ökade konflikter. Föräldrarna bör också kunna träffa avtal om vem av dem som ensam ska kunna bestämma. Nedan beskrivna tvistlösningsmodeller diskuteras i utredningen.

[235] SOU 2007:52, s. 88ff.
[236] SOU 2007:52 s. 93.
[237] Dir 2006:83, s. 4.

Att ge en av vårdnadshavarna möjlighet att ensam besluta i viss fråga innebär att beslutanderätten överförs till ena vårdnadshavaren efter ett domstolsbeslut. Beslutet kan ta sikte på en fråga eller ett område inom ramen för det gemensamma föräldraansvaret och kan förenas med villkor eller inskränkningar. Ordningen är väl förenlig med gemensam vårdnad och gemensamt beslutsfattande men medför även nackdelar som innebär att domstolen skulle behöva ta ställning till konkreta alternativ från föräldrarna. En sådan detaljstyrning av barnets förhållanden bör enligt utredaren undvikas och risken för ökat processande i redan infekterade tvister talar emot modellen.[238]

Att domstol eller annan myndighet ges möjlighet att besluta i den tvistiga frågan innebär att domstolen beslutar i den materiella frågan på alternativ från föräldrarna. Tvistlösningsmodellen är även den väl förenlig med det gemensamma beslutsfattandet men saknar flexibilitet och gränsar till en detaljstyrning av barnets angelägenheter.[239] Problem kan även uppstå när föräldrarna företräder alternativ som inte är till barnets bästa och domstolen måste välja det minst skadliga alternativet.[240]

Att domstol delar upp vårdnadshavarnas uppgifter skulle innebära att domstolen fördelar beslutsfattandet mellan föräldrarna. Vårdnadshavarna får då en beslutanderätt på ett område eller till angränsande områden och kan bestämma i samtliga frågor som uppkommer inom dessa områden. Domstolen kan ge föreskrifter om vårdnadshavarnas rättigheter och skyldigheter och kan besluta om uppgiftsfördelningen dem emellan. Besluten bygger dock på en framtida prognos av vilken förälder som är bäst lämpad att fatta beslut på visst område. Vårdnadshavaren kan även fatta beslut i följdfrågor efter den konkreta frågan som föräldrarna varit oeniga om och förhindrar därmed till skillnad från ovan nämnda modeller ett ökat antal processer. En stor nackdel är dock att den ena föräldern helt kan fråntas sin beslutanderätt på ett visst område t.ex. skolomsorg.[241]

Att en av vårdnadshavarna ges ensam beslutanderätt direkt i lag innebär att en av vårdnadshavarna ges särskilda befogenheter i lag. Den förälder som barnet varaktigt bor hos, boendeföräldern, kan besluta i väsentliga frågor kring barnet, som den andra föräldern inte kan motsätta sig. Vårdnadshavaren ges t.ex. rätt att besluta var barnet ska bo, vilken skola barnet ska gå i och andra väsentliga beslut kring omsorgen. Modellen har en fördel i att det inte behövs ett domstolsbeslut för att ett beslut ska komma till stånd. Boendeförälderns behov av att besluta i vardagliga frågor men även i frågor av ingripande betydelse kan dessutom anses vara större än umgängesförälderns behov. Risken finns dock med ett beslutsfattande knutet till barnets varaktiga boende att boendefrågan får långt större dignitet än med nuvarande ordning och ökar antalet processer om boendet. Modellen kan även skapa en obalans mellan föräldrarna. Problem skulle även kunna

[238] SOU 2007:52, s. 94.
[239] SOU 2007:52, s. 95 f. och Jfr SOU 2005:43, s. 147f.
[240] SOU 2007:52, s. 95.
[241] SOU 2007:52, s .96 f.

uppstå vid växelvis boende och modellen erbjuder ingen tvistlösning i de fallen, förutom en ändring i boendeförhållandena. Boendeföräldern behöver inte heller vara den förälder som kan tillgodose barnets intresse bäst på alla områden.[242]

Att båda vårdnadshavarna ges en självständig beslutanderätt är egentligen en variant av att ensam beslutanderätt ges direkt i lag och paralleller återfinns i det engelska rättsystemet. Vårdnadshavarna ges en självständig beslutanderätt i vissa av barnets personliga angelägenheter. Modellens främsta fördel visar sig bland annat vid hälso- och sjukvårdsfrågor och i situationer där barnet enligt en objektiv bedömning är i behov av ett beslut. En nackdel med modellen anses vara att den inte främjar ett samarbete mellan vårdnadshavarna och risken för att föräldrarna fattar motstridiga beslut oberoende av varandra är stor.[243]

Sammanfattningsvis anser utredaren att ingen av ovan beskrivna modeller för tvistlösning bör föreslås. En självständig beslutanderätt för båda föräldrarna bör inte förslås eftersom modellen skulle urholka den gemensamma vårdnadens princip och dessutom skulle det vara ett onödigt långt steg att ta, enligt utredaren. Modellen att ge en vårdnadshavare beslutanderätt i en viss fråga kan kritiseras eftersom den endast sätter stopp för en konflikt i just den frågan. Det anses inte heller vara att föredra att domstolen beslutar materiellt i den tvistiga frågan utan utredaren presenterar istället en svensk modell av tvistlösning.[244]

6.2.2 Utredningens förslag till tvistlösningsmodell

Det är utredarens åsikt att vårdnadshavarnas inbördes ställning bör regleras eftersom gällande rätt kan medföra praktiska nackdelar för ett barn när föräldrarna inte kan enas. Utredningens förslag till tvistlösningsmodell innebär att en av vårdnadshavarna ska ges en självständig beslutanderätt, som ger den vårdnadshavaren rätt att ensam besluta i vissa frågor som rör barnet. Modellen anses anpassad efter svenska förhållanden och avsikten är att välja en lösning som innebär ett varaktigt ställningstagande till hur beslutanderätten för föräldrar ska utformas men ändå bibehålla en flexibilitet.[245] En revidering skulle kunna skapa en solidare grund för beslut som är nödvändiga för barnet men även medföra stabilare förhållanden i vårdnadshavarnas konflikt. Samarbetsförmågan mellan föräldrarna bör underställas det huvudsakliga målet med gemensam vårdnad, nämligen barnet bästa. Ett tvistlösningsinstitut för alla tvistiga frågor kring barnet anses dock inte fördelaktig eftersom det kan vara till barnets bästa att upplösa den gemensamma vårdnaden. Avsikten är istället att utöka den nuvarande tvistlösningen men samtidigt begränsa tvistlösningsförfarandet.

---

[242] SOU 2007:52, s. 97 ff.
[243] SOU 2007:52, s. 99 ff.
[244] SOU 2007:52, s. 102.
[245] SOU 2007:52, s. 102 f.

Därmed bevaras inriktningen på samförståndslösningar och antalet processer hålls nere eftersom inte varje tvistig fråga kan underställas rättens prövning.[246]

6.2.3 Självständig beslutanderätt

Den svenska tvistlösningsmodellen bör enligt utredaren alltså bygga på en lösning där den ena vårdnadshavaren tillförs en beslutanderätt, utan att den andra vårdnadshavarens principiella beslutanderätt fråntas honom eller henne. Modellen synes vara i linje med den nuvarande regleringen, där vardera vårdnadshavare kan fatta enskilda beslut om den dagliga omsorgen av barnet.[247] Att reglera vårdnadshavarnas inbördes ställning skulle minska de stora skillnaderna i ansvar och rättigheter mellan ensam och gemensam vårdnad. En sådan reglering har dessutom förutsättningar att dämpa konflikterna kring barnet.[248] Förslaget bygger på tanken att domstol ska kunna ge den ena vårdnadshavaren en utvidgad rätt att självständigt besluta i visst ämne inom ramen för vårdnaden men utanför den dagliga omsorgen. Beslutet kan fattas oavsett om den andra vårdnadshavaren har förhinder eller inte och omfattar således beslut av ingripande betydelse för barnet. Konsekvensen blir en utvidgning av FB 6 kap. 13 § men förutsätter emellertid ett domstolsbeslut eller ett avtal godkänt av socialnämnden för tillämplighet. Den andra vårdnadshavaren behöver inte ställa sig bakom ett beslut fattat av föräldern med beslutanderätt och har ingen vetorätt, vilket innebär att den föräldern inte kan vidta någon rättslig åtgärd förhindra beslutet.[249]

Förslaget innebär dock fortfarande att gemensamt beslutsfattande ska vara en möjlighet mellan föräldrarna. Att vårdnadshavaren med självständig beslutanderätt och den andre vårdnadshavaren beslutar gemensamt enligt huvudregeln i 6 kap. 13 § är inte uteslutet. Det ligger i barnets intresse att besluten fattas gemensamt och att båda föräldrarna känner sig delaktiga i besluten. Om båda föräldrarna står bakom besluten minskar också risken för att vårdnadshavare utan beslutanderätt fattar egna beslut i den dagliga omsorgen som går tvärtemot den andra föräldrarns tankar eller att konflikten fördjupas.[250] Den förälder som inte givits den självständiga beslutanderätten kvarstår som vårdnadshavare och kan fortfarande delta i beslutsfattandet även i sådana frågor som omfattas av den andra vårdnadshavarens särskilda beslutskompetens. Situationen kan aktualiseras när den förälder som ensam får bestämma i en viss fråga, vill att båda föräldrarna ställer sig bakom ett beslut. Det måste anses viktigt att föräldern utan självständig beslutanderätt känner sig delaktig och som en fullgod vårdnadshavare. Den kvarstående rätten att fatta beslut i barnets angelägenheter ger anledning för vårdnadshavaren att engagera sig i barnet trots att vårdnadshavaren som utgångspunkt inte själv ska kunna bestämma i de angelägenheter som avses

[246] SOU 2007:52, s. 90 ff.
[247] SOU 2007:52, s. 103 ff.
[248] SOU 2007:52, s. 12.
[249] SOU 2007:52, s. 103ff.
[250] SOU 2007:52, s. 105.

i domstolsavgörandet rörande beslutanderätten. Vårdnadshavaren utan självständig beslutanderätt kan även fatta egna beslut inom den dagliga omsorgen om barnet eftersom domstolsbeslutet inte tar sikte på annan beslutanderätt än sådan som ligger utanför den dagliga omsorgen.

Om vårdnadshavaren med självständig beslutanderätt är förhindrad att besluta, bör den andra vårdnadshavaren kunna träda in och besluta även i frågor som den förstnämnda vårdnadshavaren givits rätt att besluta i. Om barnets bästa kräver det, ska alltså vårdnadshavaren utan självständig beslutanderätt kunna fatta beslut även av ingripande betydelse för barnets framtid. Dessutom har han eller hon en rätt till insyn i material som rör barnet samt rätt till information när båda vårdnadshavarna enligt särskild föreskrift förutsätts vara engagerade i barnets angelägenheter. Rätten till insyn gäller även för de frågor där självständig beslutanderätt utövats av den andra vårdnadshavaren. Den vårdnadshavaren som har självständig beslutanderätt bör även informera om beslutet i förväg.[251]

6.3 Konsekvenser till följd av föreslagen tvistlösningsmetod

Domstolen ska ha möjlighet att vid gemensam vårdnad besluta att en av vårdnadshavarna ska få bestämma ensam i vissa frågor eller så kan socialnämnden godkänna ett avtal mellan föräldrarna som ger ena föräldern beslutanderätt inom visst område. Frågor om beslutanderätten ska i domstolen behandlas som vårdnadsfrågor och i enlighet med vad som idag gäller vid vårdnadsfrågor, bör rätten också kunna besluta om att, en av vårdnadshavarna ensam skall kunna bestämma i barnets angelägenheter för tiden till dess att rättens avgörande har vunnit laga kraft.[252] I de fall där frågan väcks, kommer det sannolikt oftast att ske inom ramen för mål där yrkanden om vårdnaden också framställs och kanske även om barnets boende och umgänge. Tanken med tvistlösningsmodellen är att förbättra förutsättningarna för samförståndslösningar och att i ett tidigt skede få ett avgörande i vårdnadsmålen. Föräldrar med gemensam vårdnad kan dock även förmodas väcka talan endast om beslutanderätten. Avsikten är då att erbjuda ett smidigare alternativ till en vanlig vårdnadsprocess och det kan antas, trots ett ökat målantal, att omfattande och resurskrävande vårdnadsmål därigenom kan undvikas.[253] En talan ska kunna väckas avseende beslutanderätten inom ett eller flera ämnesområden. Det är dock endast en av vårdnadshavarna som kan ges självständig beslutanderätt inom ett utpekat område. Rätten kan inte tillfalla vårdnadshavarna var för sig och det bör inte heller komma i fråga att ge båda vårdnadshavarna självständig beslutanderätt inom olika ämnesområden.[254]

---

[251] SOU 2007:52, s. 12, 106 ff.
[252] SOU 2007:52, s. 124. Jfr FB 6 kap. 20 §.
[253] SOU 2007:52, s. 241 ff.
[254] SOU 2007:52, s. 246.

6.3.1 Tillämpningsområden

Möjligheten till beslut om självständig beslutanderätt förelås begränsas i lag till vissa ämnesområden för att förhindra en urholkning av det gemensamma beslutsfattandet.[255] Det finns enligt utredaren ett självändamål i att inte skapa för många ämnesområden som föräldrarna kan starta processer inom.[256] Enligt förslaget ska, om barnet står under föräldrarnas gemensamma vårdnad, ena vårdnadshavaren ges en självständig beslutanderätt på följande områden; barnets tillgång till hälso- och sjukvård samt tandvård, barnets tillgång till insatser enligt SoL (2001:453) och lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade, förskoleverksamhet för barnet samt barnets skolgång och skolbarnsomsorg. Huvudregeln är därmed fortfarande gemensamt beslutsfattande vid gemensam vårdnad och uppräkningen kan innebära att andra tvistiga frågor förblir olösta så länge den gemensamma vårdnaden består.[257] I andra frågor än inom de uppräknade ämnesområdena förutsätts alltjämt att föräldrarna i princip ska fatta gemensamma beslut. Om detta inte är möjligt, kan det ifrågasättas om föräldrarnas förmåga att samarbeta bör påverka möjligheterna till fortsatt gemensam vårdnad.[258] Regelverket ska som utgångspunkt inte påverka praxis eller andra regelverk om när det ska finnas samtycke till åtgärd som ligger i barnets intresse. Den tvistlösning som presenteras tar endast sikte på föräldrarnas inbördes relation och påverkar inte heller barnets medbestämmanderätt eller rätt att komma till tals i familjerättsliga processer.[259]

Lagstiftaren motiverar de tilltänkta tillämpningsområdena genom att det inom dessa områden måste anses angeläget för barnet att ett beslut fattas och att föräldrarnas oenighet kan drabba barnet med allvarliga konsekvenser som följd. Enligt lagstiftaren är det inte ovanligt att det inom dessa områden inte fattas något beslut, om föräldrarna inte tar ett gemensamt beslut.[260] Om den självständiga beslutanderättens räckvidd i tiden, anges i förslaget, att inom de berörda ämnesområdena som domstol ska kunna råda över, kan beslutanderätten sträcka sig långt utöver vad som varit aktuellt när frågan föredrogs inför domstol. Domstolens förordnande ska alltså tolkas som att föräldern med självständig beslutanderätt även ensam kan bestämma i olika följdfrågor och dessutom i frågor som inte är relaterade till den av domstol avgjorda frågan. Beslutanderätten gäller fram tills att föräldrarna avtalar om annat eller tills domstolen förordnar att något annat ska gälla.[261]

Ett område som upptas i utredningen och som ska omfattas av den självständiga beslutanderätten är barnets rätt till hälso- och sjukvård. Föräldrarnas brist på samarbetsförmåga kan leda till allvarliga konsekvenser

[255] SOU 2007:52, s. 12.
[256] SOU 2007:52, s. 120, 247.
[257] SOU 2007:52, s. 110 ff.
[258] SOU 2007:52, s. 248 f.
[259] SOU 2007:52, s. 110 ff.
[260] SOU 2007:52, s. 110 ff.
[261] SOU 2007:52, s. 114 ff.

om barnet inte erhåller adekvat vård och behandling. Barnets intresse av adekvat vård måste anses väga tyngre än principen att föräldrar ska enas vid gemensam vårdnad. Vid enklare sjukvårdsfrågor som omfattas av den dagliga omsorgen ska även vårdnadshavaren utan beslutanderätt kunna fatta självständiga beslut.[262] Även angående barnets skolgång uttrycker lagstiftaren särskild oro för negativa konsekvenser av gällande rätt. Föräldrarnas intressekonflikt gäller ofta val av grundskola, vilket kan få en negativ effekt på barnet eftersom barnet kan känna en ovisshet och oro inför skolgången men även tvingas till en skola långt bort från hemmet på grund av föräldrarnas kompromisser. Den självständiga beslutanderätten ska inte endast omfatta grundskolan utan hela barnets skolgång och det saknar betydelse för utövande av den rätten, om det är en friskola eller kommunal skola.[263] Föräldern utan självständig beslutanderätt kan dock självständigt besluta om frågor i den dagliga omsorgen kring skolgången t.ex. kortare ledighet från skolan.[264] Förskoleverksamheten bör dock enligt förslaget behandlas inom ramen för huvudregeln eftersom besluten ofta kan anses hänförliga till den dagliga omsorgen, om inte självständig beslutanderätt givits.[265] Frågor om barnets skolgång och barnets skolbarnsomsorg har ett nära samband och det följer därav att ett förordnande om beslutanderätten rörande barnets skolgång även kan innefatta beslut om skolbarnomsorgen för att undvika framtida tvistighet mellan föräldrarna.[266]

Ytterligare ett område där problem kan uppstå är kring barnets boende. Det finns en risk med den nuvarande ordningen att regleringen driver förälder till handling som inte går att reparera. Det går t.ex. inte att tvinga tillbaka förälder som flyttat med barnet mot den förälderns vilja.[267] Enligt förslaget ska den vårdnadshavare som efter beslut av rätten eller avtal godkänt av socialnämnden, tilldelats barnets boende också ha möjligheten att flytta med barnet och därmed ensam bestämma var barnet ska bo.[268] Ett gemensamt beslut ska dock krävas för att flytta utomlands med barnet eftersom en utlandsflytt i högre grad påverkar barnets förhållande till föräldrarna. En flytt kan inverka på relationen mellan umgängesföräldern och barnet på ett ingripande sätt eftersom den förälderns möjligheter att engagera sig i barnet försvåras liksom kontakten överhuvudtaget vid en lång flytt.[269] Det framstår dock som orimligt, att boendeföräldern, efter att domstolen gjort en avvägning enligt barnets bästa om boendet, förhindras att flytta med barnet. Förslaget avser endast de fall där en prövning av barnets bästa gjorts dvs. om boendet förordnats av domstolsavgörande eller enligt avtal hos

---

[262] SOU 2007:52, s. 107.
[263] SOU 2007:52, s. 110 f.
[264] SOU 2007:52, s. 107.
[265] SOU 2007:52, s. 113 f.
[266] SOU 2007:52, s. 248.
[267] SOU 2007:52, s. 88.
[268] JO avstryker förslaget om boendeförälders rätt att flytta med barnet med hänvisning till att den vårdnadshavare som inte har barnet stadigvarande boende hos sig, inte kan vidta någon åtgärd vid en flytt förutom att begära ändring i vårdnadsförhållandena. Yttrande, JO, Dnr 4588-2007, 2008-01-31.
[269] Jfr dock FB 6 kap. 15 § som anger att den förälder som barnet är stadigvarande boende hos ska främja umgänget med den andra föräldern.

socialnämnden. Övriga boendeföräldrar har inte rätt att flytta med barnet efter självständigt beslut.[270] En vårdnadshavare som i praktiken har barnet hos sig stadigvarande måste dock även utan den andra vårdnadshavarens samtycke vara berättigad att flytta inom ett begränsat område, åtminstone om flytten inte innebär några påtagliga förändringar i barnets villkor. Vid växelvis boende krävs samtycke från båda vårdnadshavarna för att flytta med barnet.[271]

6.3.2 Beslutanderätt genom dom eller avtal

Huvudregeln att föräldrar förutsätts kunna enas i frågor som gäller barnet vid gemensam vårdnad ska alltså fortfarande gälla. Det är endast undantagsvis som en självständig beslutanderätt ska förekomma. Det har dock påpekats att dagens tvister ofta innehåller komplexa förhållanden och omfattande samarbetssvårigheter. Kritik har därför framförts, som menar att det inte bör vara självklart att regleringen endast ska tillämpas i undantagsfall.[272] Ett beslut som innebär att en av vårdnadshavarna ska ges en självständig beslutanderätt inom något eller några områden bör alltså enligt förslaget betraktas som en undantagslösning.[273]

Vid ett avgörande om självständig beslutanderätt ska domstolen göra en prognos av vilken av vårdnadshavarna som bäst kan tillgodose barnets intressen vid utnyttjande av en självständig beslutanderätt. En förälders ståndpunkt i frågan utgör därför inte det enda underlaget för domstolens beslut vid förordnandet av beslutanderätten utan beslutet ska ses i ett längre perspektiv och göras utifrån en helhetsbedömning.[274] Domstolen ska göra en behovsprövning med barnets bästa som avgörande utgångspunkt, för att avgöra om en av vårdnadshavarna ska ges rätt att ensam bestämma inom ett eller flera ämnesområden.[275] Undantag från huvudregeln om gemensamt beslutsfattande är alltså inte ovillkorligt. Det förutsätter att det finns ett behov en sådan ordning. Behovet kan i vissa fall härledas ur en konkret fråga som är mer eller mindre akut och som kräver ett beslut för barnets räkning men där föräldrarnas oenighet gör att ett rättsligt beslut inte kommer till stånd. Det kan också vara frågor av viss dignitet som under en lång period varit svåra att enas kring. Rättens möjlighet att ge en av vårdnadshavarna självständig beslutanderätt kan då ses som ett alternativ till en uppdelning av den gemensamma vårdnaden. För att ett rättsligt avgörande ska bli aktuellt bör alltså föräldrarnas oenighet ha lett till att ingen av dem kan agera självständigt med rättslig verkan.[276] Prövningen ska vara fri men bör som huvudregel ta fasta på ytterligare några faktorer.

---

[270] SOU 2007:52, s. 114 ff.
[271] SOU 2007:52, s. 251.
[272] Yttrande av juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet, Dnr SU 302-2231-07, 2008-01-24.
[273] SOU 2007:52, s. 122. Yttrande av juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet, Dnr SU 302-2231-07, 2008-01-24.
[274] SOU 2007:52, s. 120.
[275] SOU 2007:52, s. 122 f.
[276] SOU 2007:52, s. 122 f, 246.

Om frågan som gett upphov till konflikten är av mindre betydelse, bör domstolen vid behovsprövningen komma fram till att det inte är värt att göra ett ingrepp i den gemensamma beslutanderätten. Det kan dock förekomma undantag om vårdnadshavarna t.ex. av religiösa eller ideologiska skäl agerar så att samarbete mellan föräldrarna verkar utsiktslöst utan att det finns skäl att upplösa den gemensamma vårdnaden. Vid bedömningen om risken för framtida svårigheter att enas kring barnet, är det av intresse för domstolen att beakta huruvida föräldrarna tidigare har visat prov på avvikande uppfattningar i olika frågor som berör barnet och hur lång tid de har levt isär. Förälderns lämplighet att handla med självständig beslutanderätt ska vägas in i bedömningen vid överväganden om vem av vårdnadshavarna som ska tilldelas rätten men avgörande är barnets bästa. Risken för missbruk av beslutanderätten som t.ex. att utestänga den andra föräldern måste beaktas liksom viljan och förmågan att engagera den andra vårdnadshavaren i besluten samt tillhandahålla information och verka för samråd. Rätten ska dessutom ta hänsyn till barnets vilja med beaktande av ålder och mognad. Barnets vilja har betydelse för behovsprövningen och vem av vårdnadshavarna som ska inneha beslutanderätten. Om den ena vårdnadshavarens vilja sammanfaller med barnets vilja kan det tyda på att den vårdnadshavaren bör tillerkännas rätten att ensam besluta.[277] Föräldrarna bör dessutom fritt kunna träffa avtal om vem av dem som ska inneha beslutanderätten på visst område. Socialnämnden ska vid bedömningen beakta att avtalet utgör ett ingrepp i vårdnadshavarnas gemensamma beslutanderätt och se till huruvida det finns ett behov för ett sådant avtal med hänsyn till barnets bästa. Socialnämnden ska inte godkänna avtal i vilka föräldrarna av rättviseskäl har fördelat den självständiga beslutanderätten mellan sig för att åstadkomma en balans dem emellan.[278]

Meningen är att vårdnadshavaren med självständig beslutanderätt ska styrka sin behörighet att ensam besluta i vissa frågor. Det kan ske genom ett uppvisande av en dom eller ett avtal. När vårdnadshavaren inte kan styrka sin beslutanderätt kan tredje man utgå ifrån att samtycke från båda vårdnadshavarna krävs.[279] Det framläggs inte något förslag på en lagfäst samrådsskyldighet inför beslutsfattande i de fall någon av vårdnadshavarna har en självständig beslutanderätt eftersom det inte finns någon sanktionsmöjlighet när inget samråd sker.[280] Vårdnadshavaren utan beslutanderätt ska engageras och ges information och samråd ska ske mellan barnets vårdnadshavare. Det är önskvärt att denne vårdnadshavare i rimlig utsträckning informeras och bereds tillfälle att ge synpunkter innan ingripande beslut tas i barnets angelägenheter. Ett beslut om att en av vårdnadshavarna ska ha självständig beslutanderätt påverkar inte den andra vårdnadshavarens status som förmyndare.[281]

---

[277] SOU 2007:52, s. 122 f, 246.
[278] SOU 2007:52, s. 124.
[279] SOU 2007:52, s. 127 ff.
[280] SOU 2007:52, s. 125 f. I stället får bestämmelsen om upplysningsskyldighet i FB 6 kap. 15 § fjärde stycket anses fylla den funktionen.
[281] SOU 2007:52, s. 249.

6.3.3 Kritik mot förslaget

Kritik har riktats mot förslaget eftersom det anses att en självständig beslutanderätt ökar risken för en urholkning av den gemensamma vårdnaden och kan försvåra samarbetet mellan föräldrarna, vilket kan leda till ett ökat antal mål som kan verka till barnets nackdel. Det framhålls samtidigt att det troligtvis inte föreligger förutsättningar för gemensam vårdnad om föräldrarna inte kan nå en samförståndslösning på så väsentliga områden som den självständiga beslutanderätten föreslås omfatta.[282] Det har även framhållits att svårigheterna som föräldrar kan ställas inför vid gemensam vårdnad inte begränsar sig till de områden som lagförslaget avser. Även andra områden kan vara av betydelse för barnet utan att den gemensamma vårdnaden bör upplösas för den sakens skull. Om beslutanderätten istället omfattar fler områden är det möjligt att behålla den gemensamma vårdnaden i fler fall och en sådan lösning är nödvändig för att vardagen för boendeföräldern ska fungera bättre. Avseende boendeförälderns möjlighet att flytta med barnet, så finns det en risk för att förhållandet till den andra föräldern kraftigt försämras och det bör därför finnas möjlighet att få skälen till flytten prövade. Tvistlösning är nödvändig i sådana fall och kan utformas som en anmälningsplikt för den som vill flytta. Sedan kan umgängesförälder inom en tidsperiod väcka talan om att förbjuda flytten.[283]

Barnombudsmannen betonar vikten av reglering av beslutanderätten för att gemensam vårdnad ska fungera och för att stärka barnets rättigheter. Utredningen har visserligen ett barnperspektiv men det kan befaras att den föreslagna tvistlösningsmodellen snarare kommer användas för att skapa rättvisa mellan föräldrarna än tillgodose barnets intresse. Att en av vårdnadshavarna ensam kan besluta, ökar risken för fler konflikter mellan föräldrarna. Istället föreslås en tvistlösningsmodell som innebär att båda vårdnadshavarna ges en självständig beslutanderätt för att besluta om frågor kring hälso- och sjukvård samt insatser enligt SoL. Den förälder som motsätter sig ett beslut ska kunna väcka talan i domstol om beslutanderätten.[284] Även Rädda Barnen tillbakavisar förslaget och föreslår istället att boendeföräldern ensam ska kunna besluta i frågor som skola och flytt inom landet med grund i ett domstolsavgörande eller avtal. Vårdnadshavarna ska självständigt kunna besluta om icke operativ hälso- och sjukvård och insatser enligt SoL. Domstolen föreslås dessutom kunna fatta beslut i enskilda frågor rörande barnet t.ex. avseende bestämmanderätten i vissa skolfrågor samt frågor om utlandsflytt.[285]

---

[282] Yttrande av Stockholms tingsrätt, Ju2007/6836/L2, adm. 5.1 2007/0460, 2008-01-17. Jfr också senaste vårdnadsreformen år 2006 som förutsätter samarbetsförmåga mellan föräldrarna för gemensam vårdnad. Prop. 2005/06:99.

[283] 2008-01-25, Dnr R Ä 2007/278, Ju2007/6836/L2 YTTRANDE från juridiska fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet. Samma bedömning avses tillämpas vid utlandsflytt med barnet.

[284] Remissvar Barnombudsmannen, Dnr: 9.1:1202/07, 2008-01-29. Förslaget tillstryks av Barnombudsmannen i fråga om boendeförälders rätt att flytta med barnet och vid tvistiga frågor kring barnets skolgång föreslås beslut tas av boendeföräldern ensam.

[285] Yttrande Rädda Barnen, 29 jan 2008.

7 Engelsk rätt

7.1 Inledning

Det har uppskattats att en tredjedel av mänskligheten lever i ett land med rättsystem som i betydande grad bygger på engelsk rätt.[286] För att få ett vidare perspektiv på den svenska rätten är det därför intressant att komparera den svenska vårdnadsregleringen och föräldraansvarets innebörd med den engelska rätten som har ett annat omfattningskrav på konsensus vid gemensam vårdnad och en annan tvistlösningsmetod. Rättsordningarna har stora skillnader men samtidigt även betydelsefulla likheter. Nedan följer en kortfattad översikt av den engelska rätten på det familjerättsliga området som berör föräldraansvar och dess innebörd samt möjligheterna till tvistlösning.

Det bör noteras att den engelska och svenska rätten har terminologiska skillnader. Att inneha parental responsibility och att vara förälder är inte synonyma begrepp. En medveten och omfattande förändring i den engelska familjerätten infördes i samband med The Children Act 1989, då lagstiftaren bytte ut begrepp som parental rights och parental power (föräldrars rättigheter och föräldramakt), custody (vårdnad), access (umgänge) och care (vård) mot parental responsibility (vårdnadsansvar/föräldraansvar).[287] Förändringen avsåg att markera en vändpunkt där man inte talade om rättigheter och en föräldraauktoritet utan istället betonade föräldraansvaret. Terminologin ansågs även vara en bättre överensstämmelse med Europarådsrekommendationen för föräldraansvar.[288]

7.2 The Children Act

I princip all lagstiftning som berör barn finns i England samlad i The Children Act från 1989.[289] Lagen trädde ikraft år 1991 och har haft en avgörande roll för barnrätten och synen på barnets rättigheter.[290] Den engelska rätten har sedan lagen infördes en stark betoning på det gemensamma föräldraansvaret.[291] År 1991 ratificerade England även Barnkonventionen.[292] Konventionen är inte inkorporerad i brittisk lag och har inte någon formell rättlig ställning eftersom The Children Act ansågs tillgodose de förpliktelser som konventionen uppställde.[293] Ett barn

---

[286] Bogdan, 2007, s. 91.
[287] Freeman, 2007, s. 175 och Ryrstedt, 2002, Konsensus – förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar? s. 49.
[288] Law Commission No 172 (1988) para. 2.4.
[289] För tillägg till lagen av betydelse för parental responsibility se .t.ex. The Adoption and Children Act 2002, 2006 och Children and Young Person's Bill 2008.
[290] SOU 1995:79, s. 229.
[291] Freeman, 2007, s. 176.
[292] Cretney, 2000, Family Law, s. 3.
[293] Cretney, 2008, s. 499.

definieras i the Children Act 1989 som en person under 18 år[294] och lagen använder inte som ovan nämnts begreppet vårdnad utan parental responsibility som närmast kan översättas av föräldraansvar/vårdnadsansvar. Den som har parental responsibility har störst kontroll över barnets uppfostran men även andra personer kan ta beslut som gäller barnet i den dagliga omsorgen.[295] I samband med införandet av gemensamt föräldraansvar gavs domstolen möjlighet att utfärda olika orders (domstolsbeslut) som berör barn. Dessa ger omfattande möjligheter att reglera förhållandet mellan barn, föräldrar och andra personer.[296] En order kan utfärdas enligt section 4 och section 8, vilket motsvarar ett domstolsbeslut enligt kapitel 4 och 8. Med section 4 order avses i följande framställning en parental responsibility order och med section 8 order avses boende, umgänge samt övriga frågor som berör barn.[297]

7.3 Barnets bästa

The Children Act 1989 utgår ifrån barnets bästa. Domstolen ska vid sin bedömning när frågan gäller ett barns uppfostran eller ett barns egendom avgöra frågan enligt barnets bästa (the child's welfare shall be the court's paramount consideration).[298] Vad som innefattas i begreppet barnets bästa definieras i en checklista (statutory checklist).[299] Omständigheter som anges i listan är bl.a. barnets önskningar och känslor, som dock ska beaktas i ljuset av barnets ålder och mognad, och barnets fysiska och psykiska behov, utbildningsmässiga behov och konsekvenserna av en omställning för barnet.[300] Barnets bästa är den avgörande omständigheten vid domstolens bedömningar och den ska överväga alla andra omständigheter. Listan är emellertid inte uttömmande[301] och vad som innefattas i "welfare" är inte närmare definierat i lag men inkluderar enligt praxis bl.a. barnets välbefinnande och rätten till ett tryggt hem.[302] Barnets bästa gäller dock inte föräldrar eftersom principen inte kan tillämpas utanför ramen för den familjerättsliga processen. Att föräldrar enligt lag skulle vara skyldiga att tillämpa principen har ansetts vara omöjligt eftersom det inte kan krävas att föräldrar inte ska ta hänsyn till andra intressen än barnets t.ex. sitt eget intresse eller andra familjemedlemmars intressen.[303] Principen kan dock enligt Cretney sägas vara indirekt tillämplig på föräldrar i den meningen att föräldrar måste se till barnets bästa i sina beslut, eftersom beslut som inte överensstämmer med barnets bästa kan överprövas av domstolen.[304] Principen gäller inte heller specifika frågor utan är endast tillämplig när

[294] Cretney, 2008, s. 488.
[295] Lowe och Douglas, 2006, s. 372.
[296] Cretney, 2008, s. 608. Enligt The Children Act 1989 kan orders bl.a. utfärdas enligt section 4 och section 8.
[297] The Children Act 1989 section 4 och 8.
[298] The Children Act 1989 section 1 (1).
[299] The Children Act 1989 section 1 (3).
[300] The Children Act 1989 section 1 (3) a, b, c.
[301] SOU 1995:79, s. 230.
[302] Lowe och Douglas, 2006, s. 467.
[303] Lowe och Douglas, 2006, s. 456 f.
[304] Cretney, 2008, s. 653.

barnets fostran eller förvaltningen av dess egendom är den direkta frågan.[305]

7.4 Vårdnadsansvar (*parental responsibility*)

Med parental responsibility avses alla rättigheter, skyldigheter, förpliktelser, ansvar och myndighet en förälder har gentemot barnet och barnets egendom.[306] Även förmyndarskapet omfattas av begreppet.[307] Begreppet är svårt att definiera, vilket delvis beror på att det reglerar förhållandet mellan barn och föräldrar, förhållandet föräldrar emellan men också förhållandet mellan föräldrar och staten och andra individer.[308] Lagen ger liten vägledning av vad parental responsibility egentligen innefattar och för att förstå innebörden av begreppet måste man vända sig till praxis. Parental responsibility kan sägas omfatta fostran och försörjning av barnet och rätt att fatta följande beslut; rätt att fatta beslut om barnets utbildning men även ombesörja utbildning, välja religion, samtycka till medicinsk behandling, rätt att bortadoptera barnet, rätt att välja namn och ansöka om orders hos domstol avseende barnet. I ansvaret ligger även att ha kontakt med barnet, ge barnet ett hem, utse förmyndare, vetorätt mot passansökan och sköta barnets egendom.[309] Detta är dock ingen uttömmande lista av vad som omfattas av föräldraansvaret.[310] Det har i doktrin diskuterats huruvida begreppet behöver definieras närmare för att föräldrar ska veta vad de kan göra och inte göra i relationen till barnet. Ett förslag är att innehållet bör anges i en lagstadgad lista.[311] Det har dock funnits ett motstånd att närmare definiera innebörden i lag. En checklista skulle t.ex. behöva ändras efter olika behov och omständigheter kring barnet samt efter barnets mognadsgrad.[312]

Ansvaret för barnens uppfostran ligger primärt hos föräldrarna.[313] Gifta föräldrar har båda parental responsibility vid barnets födsel.[314] Om föräldrarna inte är gifta vid barnets födsel[315] erhåller modern automatiskt parental responsibility. Fadern kan dock ansöka om parental responsibility genom ett antal olika förfaranden. Han kan erhålla parental responsibility genom; domstolsbeslut, avtal med modern[316] och genom att registrera

---

[305] Lowe och Douglas, 2006, s. 455 ff.
[306] The Children Act 1989, section 3 (1).
[307] The Children Act 1989 section 3 (2) och section 5 (6).
[308] Lowe, The meaning and allocation of parental responsibility – a common law lawyer's perspective, 1997, s. 194.
[309] Lowe och Douglas, 2006, s. 377.
[310] Herring, 2007, s. 74.
[311] Lowe och Douglas, 2006, s. 373.
[312] Law Commission No 172 (1988) para. 2.6.
[313] Cretney, 2008, s. 525.
[314] The Children Act 1989 section 2 (1).
[315] The Children Act 1989 section 2 (2).
[316] The Children Act 1989 section 2 (2) b.

födseln gemensamt med modern.[317] Han kan också erhålla ansvaret genom att gifta sig med modern.[318] Avtal om parental responsibility ska registreras vid domstol och det görs ingen bedömning huruvida det är till barnets bästa om föräldrarna har gemensamt föräldraansvar. Gemensam registrering vid födseln ger ogift fader parental responsibility för sitt barn och ses som ett gemensamt avtal mellan föräldrarna.[319] Rätten kan också besluta om parental responsibility genom att utnämna fadern till förmyndare[320] eller genom att utfärda en parental responsibility order eller en residence order (beslut om barnets boende) men i det sistnämnda fallet måste domstolen samtidigt förordna om en parental responsibility order för att fadern ska erhålla parental responsibility.[321] Rätten ska vid bedömningen av faderns ansökan fatta beslutet till barnets bästa men behöver inte följa checklistan om barnets bästa.[322] När rätten ska bedöma huruvida fadern ska erhålla parental responsibility genom en section 4 order, tar rätten hänsyn till faktorer som skälet bakom ansökan, faderns kontakt med barnet samt engagemang och tillgivenhet mot barnet.[323] Det är endast i barnets intresse en order utfärdas och det finns ingen presumtion för att fadern ska få en order utfärdad.[324] Att fadern erhåller parental responsibility, ger dock inte automatiskt honom rätt att ta beslut om barnets dagliga omsorg.[325]

Parental responsibility påverkas som huvudregel inte av en äktenskapsskillnad eller en separation mellan föräldrarna.[326] Den förälder som har parental responsibility kan i princip inte förlora ansvaret, om det inte föreligger särskilda omständigheter.[327] Parental responsibility kan upphöra för mödrar och gifta fäder genom adoption men i alla andra fall kan domstol upphäva parental responsibility efter ansökan av person som innehar sådant ansvar eller av barnet.[328] Ansvaret för föräldrar upphävs endast i extrema fall och det har uttalats att det är i barnets intresse som båda föräldrarna har parental responsibility.[329] Missbruk av ansvaret kan stävjas genom utfärdande av orders och i de fall då fadern inte kan utöva föräldraansvaret eller med stor sannolikhet kommer att missbruka ansvaret, ska ingen parental responsibility order utfärdas.[330] Även andra personer än föräldrarna kan inneha parental responsibility och ansvaret kan innehas av

---

[317] Cretney, 2008, s. 559 och The Adoption and Children Act 2002 section 111 (1) och (2) a-c tillägg till the Children Act 1989 section 4.
[318] Lowe och Douglas, 2006, s. 409 och the Children Act 1989 section 2(1).
[319] Cretney 2008, s. 563 f. För registering se the Children Act 1989 section 4 (1 a), 1 A med tillägg i the Children and Adoption and Children Act 2002 section 111.
[320] The Children Act 1989 section 5 (6).
[321] The Children Act 1989 section 4 (1) a, b och section 12 (1) och (4).
[322] Lowe och Douglas, 2006, s. 415.
[323] Re H (Minors) (Local Authority: Parental Rights) (No 3) [1991] Fam 151, CA, Re C and another (minors) (Mustill LJ) [1992] 2 All ER s. 86.
[324] Lowe och Douglas, 2006, s. 416.
[325] Lowe och Douglas, 2006, s. 420.
[326] The Children Act 1989 section 2 (1).
[327] SOU 1995:79, s. 236.
[328] The Children Act 1989 section 4 (3) och 4 A (3).
[329] Re P (A Minor) (parental responsibility order) [1994] 1 F.L.R 578, CA.
[330] Cretney, 2008, s. 563f.

flera personer samtidigt.[331] Ansvaret upphör, eftersom det endast kan existera i förhållande till ett barn, när barnet fyller 18 år eller vid barnets död. Vid en parental responsibility order eller en adoption order övergår ansvaret på dem ordern är utfärdad till förmån för. För de som inte är föräldrar men har parental responsibility via en residence order eller en care order upphör ansvaret när ordern anger att det upphör.[332] För övrigt är rättsläget oklart när ansvaret upphör.[333]

7.4.1 Beslutanderätt och konsensuskrav

Mer än en person kan alltså inneha parental responsibility för samma barn vid samma tid[334] och ansvaret upphör inte för att någon annan erhåller samma ansvar.[335] Om flera personer innehar parental responsibility för ett barn, kan de oberoende av varandra fatta beslut angående barnet, med undantag för om det anges i lag att beslutet måste fattas gemensamt.[336] Rätten att agera självständigt begränsas dock genom att förälder inte kan agera på ett sätt som inte är förenligt med en order utfärdad av domstol.[337] Avsikten är att ingen av föräldrarna ska ha en vetorätt och att uppmuntra till båda föräldrarnas engagemang i barnet.[338] När det förhåller sig så att flera personer innehar parental responsibility ger lagen liten vägledning vad vardera personen kan företa inom sitt parental responsibility och varje konflikt kan avgöras i domstol, som vid bedömningen ser till barnets bästa.[339] Det finns ingen plikt att fråga varandra om beslut som gäller barnen utan The Law Commission ansåg att det var önskvärt att varje person med parental responsibility kunde hindra en annan person från att agera på ett sätt som försvårar för den andra föräldern i omsorgen av barnet. Någon samrådsplikt ansågs inte behövlig eftersom barnet skulle kunna lida nackdel om beslut hindrades eller försenades av inhämtandet av samtycke.[340]

Systemet har dock kritiserats eftersom det ansetts underminera den förälder som inte har omsorgen om barnet. Domstol har emellertid börjat identifiera vilka beslut som kräver båda föräldrarnas samtycke eller domstolens samtycke.[341] Trots att det inte finns någon samrådsplikt mellan föräldrarna har Court of Appeal ansett att det i vissa fall finns en sådan plikt vid långsiktiga och varaktiga beslut.[342] Det har framhållits att parental responsibility inbegriper en rätt att bli rådfrågad eller informerad om omfattande och betydelsefulla beslut t.ex. att skicka barnet till internatskola.

---

[331] The Children Act 1989 section 2(5) och Lowe och Douglas, 2006, s. 372.
[332] The Children Act 1989 section 12 (2) och 33 (3).
[333] Lowe och Douglas, 2006, s. 431.
[334] The Children Act 1989 section 2 (1) och (5).
[335] The Children Act 1989 section 2 (6).
[336] The Children Act 1989 section 2 (7).
[337] The Children Act 1989 section 2 (8).
[338] Lowe och Douglas, 2006, s. 433.
[339] Cretney, 2008, s. 567 ff.
[340] Law Commission No 172 (1988) para. 2.10.
[341] Cretney, 2008, s. 571.
[342] Lowe och Douglas, 2006, s. 433.

Det har även framhållits att lagen inte alls kräver samråd i några frågor.[343] De beslut som kräver samtycke eller en domstolsprövning enligt lag är generellt sätt beslut av stor omfattning t.ex. en utlandsflytt.[344] Den förälder som vill ta ett beslut eller vidta en åtgärd måste alltså övertyga den andra föräldern eller ansöka om samtycke i domstol.[345] Om samarbetet mellan föräldrarna är välfungerande synes systemet fungera väl enligt Cretney men det dock kan vålla svårigheter för de som har samarbetssvårigheter t.ex. kan ena föräldern vara svår att lokalisera för beslut. När samtycke inte krävs måste den förälder som opponerar sig emot beslutet, vid domstol, ansöka om förhindrande av åtgärden.[346]

The Children Act innehåller fyra olika former av orders (domstolsbeslut) som är relaterade till barn och som kan utfärdas av domstol när de personer som innehar parental responsibility inte kan nå konsensus i frågor som rör barnets angelägenheter. *Residence order*, bestämmer var barnet ska bo, *contact order*, bestämmer vem som ska ha umgänge med barnet, *prohibited steps order*, inskränker utövandet av parental responsibility och *specific issue order*, bestämmer hur parental responsibility ska utövas i specifika frågor.[347] De kallas för section 8 orders och kan utfärdas efter ansökan men även utan ansökan.[348] Domstolen kan dessutom utfärda provisoriska orders och kan även villkora ordern.[349] De som kan ansöka om en order enligt section 8 är föräldrar, förmyndare och styvföräldrar som har parental responsibility samt de personer som har en residence order.[350] En ansökan om en residence order eller en contact order kan dock vidtas av en vidare krets av personer[351] t.ex. kan släktingar kan ansöka om en order efter att ha tagit hand om barnet i ett år,[352] vilket även tillämpas i fråga om fosterföräldrar.[353]

Tre principer styr familjerättsliga processer i England och utfärdandet av orders. De består av the welfare principale, the no order principale och the

---

[343] Cretney, 2008, s. 772 med hänvisning till Eeklaar, 2001, Family Law s. 426, 430.
[344] The Children Act 1989 section 13 (1) a. Undantaget gäller dock endast om en residence order är utfärdat.
[345] Se ex. Re J (Specific Issue Orders: Child's religious upbringing and circumcision) [2000] 1 F.L.R. 571 CA.
[346] Cretney, 2008, s. 595.
[347] The Children Act 1989 section 8 (1). Domstolen kan också utfärda ett s.k. family assistance order, vilket innebär att en socialarbetare hjälper familjen att lösa problem och konflikter efter separationen, vilket kan utfärdas oberoende av om en order enligt kap. 8 utfärdats. Cretney, 2008, s. 608 och The Children Act 1989 section 16.
[348] The Children Act 1989 section 10 (1) och (2).
[349] Cretney, 2008, s. 595.
[350] The Children Act 1989 section 10 (4). Även styvföräldrar kan erhålla parental responsibility efter ett tillägg till lagen, i Adoption and Children Act 2002, The Adoption and Children Act 2002 section 112 med tillägg till the Children Act 1989 section 4 A (1).
[351] The Children Act 1989 section 10 (5).
[352] The Children and Young Person's Bill 2008, 5 B, part 4 (36).
[353] The Adoption and Children Act 2002 section 113 med tillägg till the Children Act 1989 section 9.

principale of no delay.[354] The no order principale innebär att orders inte alltid är nödvändiga och ska endast användas där det anses mest effektivt för att hjälpa barnet.[355] Risken finns att orders polariserar föräldrarna och för dem länge ifrån varandra. Att det inte alltid utfärdas en order innebär att föräldrarna uppmuntras att nå en samförståndslösning. Bestämmelsen innebär att inget domstolsbeslut ska utfärdas om det anses obehövligt, vilket det anses vara om föräldrarna kan nå en samförståndslösning. Domstolen ska alltid föredra det minst reglerande alternativet. Om föräldrarna efter en separation kan enas, kan en order vara omotiverad men i vissa fall kan ett domstolsbeslut också innebära att konflikten eller samarbetet stabiliseras och då kan ett sådant beslut vara önskvärt och i linje med barnets bästa. Det finns en anspänning mellan principen om barnets bästa och no order principen, som innebär att barnets intresse inte tas tillvara i tillräckligt stor utsträckning. Om det undviks att utfärda orders för att föräldrarna istället ska enas, med hänvisning till att orders i allt för stor utsträckning främjar autonomi i föräldraskapet, förfelas syftet. En order kan även innebära positiva effekter och det kan generellt sägas att barnet mår bäst av en god och nära kontakt med båda föräldrarna men att no order principen inte garanterar detta.[356] The Law Commissions avsikt var att fokusera domstolens verksamhet på tvistiga frågor som krävde en lösning och att minska konflikterna mellan föräldrar. Vid ett fungerande samarbete ska domstolen ingripa så lite som möjligt.[357] Föräldrar kan vid en tvist varken förlora sin status som vårdnadshavare eller föräldraansvaret, vilket minskar känslan att ”vinna och förlora” en tvist och uppmuntrar till samarbete mellan separerade föräldrar.[358] Orders ska utformas så generellt som möjligt för att bibehålla flexibiliteten vid förändrade omständigheter men kan villkoras för att avsluta eller förhindra fortsatta samarbetssvårigheter mellan föräldrarna.[359] Alla orders kan tidbestämmas[360] och det finns restriktioner för när en order kan utfärdas.[361]

En prohibited steps order används för att förhindra att åtgärd kan vidtas mot barnet. Ordern kan inte användas för att kontrollera förhållanden som inte är relaterade till parental responsibility men kan utfärdas emot alla personer.[362] En specifik issue order behandlar en specifik fråga som uppkommit och skapat konflikt mellan föräldrarna. Den kan t.ex. användas för att ge förälder en bestämmanderätt till att samtycka till medicinsk behandling, var barnets utbildning ska ske, namnbyte och den kan endast utfärdas inom ramen för parental responsibility.[363]

---

[354] The no delay principale innebär att det är av yttersta vikt för barnets bästa att processen sker skyndsamt och the welfare principale innebär att barnets bästa ska vara avgörande vid myndighets beslutsfattande .
[355] The Children Act 1989 section 1 (5).
[356] Cretney, 2008, s. 581ff.
[357] The Law Commission No 172 (1988) para. 4.2 – 4.5.
[358] Law Commission No 172 (1988) para. 4.5.
[359] Law Commission No 172 (1988) para. 4.10.
[360] The Children Act 1989 section 11 (7) c.
[361] The Children Act 1989 section 9 (1) - (3).
[362] Cretney, 2008, s. 604f.
[363] Cretney, 2008, s. 605f.

7.4.2 Boende och umgänge

En residence order avser barnets stadigvarande boende.[364] Beslutet kan i sin enklaste form innehålla endast namnet på personen som barnet ska bo tillsammans med, men det finns också möjlighet för domstolen att ge anvisningar eller villkor till föräldrarna.[365] Besluten kan t.ex. kan innehålla var barnet ska bo, förbud att flytta till en annan stad eller skolbyte.[366] Ingen förälder kan handla på ett sätt som inte överensstämmer med innehållet i beslutet.[367] Beslutet innebär dock inte ett exkluderande av den andra föräldern.[368] Domstolen kan även utfärda en joint residence order som innebär ett beslut om gemensamt boende. En annan möjlighet är att utfärda en shared residence order som kan ses som en motsvarighet till växelvis boende. En residence order kan utfärdas för två personer eller fler och det finns möjlighet att ange olika perioder då barnet ska bo hos ena vårdnadshavaren.[369] En residence order kan utfärdas till förmån för flera personer även i de fall då konflikten är infekterad.[370] Det finns inget krav på att tiden ska delas lika mellan förmånstagarna men endast i de fall det reflekterar föräldrarnas verkliga tid med barnet ska en shared residence order utfärdas.[371] Ordern kan ange den exakta tiden barnet ska spendera hos varje förälder eller överlämna den frågan åt parterna. Det finns ingen samrådsplikt mellan föräldrarna trots att det betonats att shared residence förutsätter samarbetsförmåga mellan föräldrarna.[372] I A v A (shared residence) [2004] 1 FLR 1195 uttalades det dock, att om föräldrarna hade ett harmoniskt förhållande där de kom överens skulle de naturligt falla under no order principen och ingen order skulle utfärdas. En order kräver alltså att föräldrarna är i behov av tvistlösning och ordern utfärdas för att främja ett samarbete mellan föräldrarna som sker i barnets intresse. Lösningen ansågs av domaren naturlig om föräldrarnas förhållande är konfliktartat men det bästa för familjen kan ändå anses vara en samförståndslösning.

Domstolen kan även utfärda en contact order som innebär en skyldighet för den som har omsorgen om barnet att tillåta umgänge mellan barnet och personen som ordern är utfärdad till förmån för.[373] Umgänge med föräldern är en rättighet för barnet men det finns ingen korresponderande skyldighet för föräldrar att upprätthålla en relation till barnet. Domstolen ska dock uppmuntra kontakt med den förälder som barnet inte är stadigvarande boende hos.[374] Ett sådant domstolsbeslut kan vara nödvändigt när ett avtal

---

[364] The Children Act 1989,section 8 (1).
[365] The Children Act 1989 section 11(7).
[366] Cretney, 2008, s. 596.
[367] The Children Act 1989 section 2 (8) och 3 (5).
[368] Cretney, 2008, s. 595.
[369] The Children Act 1989 section 11 (4).
[370] D v D (Minors) (Shared Residence Order) [2001] 1 F.L.R 495, CA. och Re R (Residence : Shared Care : Children's Views) [2006] 1 FLR 491.
[371] A v A (Shared Residence and contact) [2004] 1 FLR 1195 och Re P (Shared Residence Order) [2006] 2 F.L.R. 347, CA.
[372] Cretney, 2008, s. 596 ff.
[373] The Children Act 1989 section 8 (1).
[374] Cretney, 2008, s. 552 ff.

inte kan nås och personen som tar hand om barnet inte tillåter eller motarbetar ett umgänge samt i de fall där barnets bästa kräver att barnets kontakt med en person bör upphöra eller i alla fall sker under kontrollerade former. Contact orders kan tillåta eller hindra umgänge, reglera hur ofta kontakten ska ske, vilka tider och plats. Barnets umgänge med den förälder som barnet inte är stadigvarande boende hos, är väsentligt för barnets välbefinnande och ska genomföras om det inte finns övertygande skäl som talar emot umgänge t.ex. barnets vägran. Domstolarna har sedan år 2006 fått ökade möjligheter underlätta och genomdriva umgänge.[375] Det sker genom att domstolen kan villkora eller ge anvisningar om umgänget[376] vid bedömningen huruvida utfärdande av en contact order ska ske.[377] Dessa kan användas för att informera eller råda föräldrar hur en bra kontakt med barnet ska skapas och kan kräva att en part ska delta i en aktivitet som främjar umgänget med det berörda barnet.[378]Aktiviteter som kan krävas är kurser eller rådgivning som hjälper en person att etablera eller förbättra kontakten med barnet.[379]

7.4.3 Barnets med- och självbestämmanderätt

Desto äldre ett barn blir desto mindre roll spelar parental responsibility. Barnets med- och självbestämmanderätt beror på hur moget barnet anses vara för att fatta självständiga beslut. Rätten för föräldrarna att besluta beror på vilket utvecklingsstadium barnet befinner sig på.[380] Föräldrarnas möjlighet att utöva sitt föräldraansvar kvarstår dock även om barnet nått en ålder så att barnet kan besluta i vissa frågor självständigt.[381] Barn som protesetrar mot ett beslut fattat av föräldern kan ansöka om en prohibited steps order. Domstolen utfärdar endast ordern om barnet har tillräcklig insikt i beslutets innebörd och om det är grundat i barnets bästa.[382] Ytterligare en begränsning i föräldraansvaret är att sektion 8 orders utfärdas endast om barnet är under 16 år och ordern har endast fortsatt giltighet för barn över 16 år under särskilda omständigheter.[383] I fallet Gillick diskuteras förhållandet mellan föräldrars bestämmanderätt och barnets medbestämmanderätt.[384] Domstolen uttalade att föräldraansvar och medföljande bestämmanderätt endast existerar för barnets bästa och består endast så länge en förälder fullföljer skyldigheterna gentemot barnet.[385] Det

[375] Cretney, 2008, s. 598 ff.
[376] The Adoption and Children Act 2006 section 1, läses som tillägg till the Children Act 1989 section 11 A och C.
[377] The Adoption and Children Act 2006 section 1, läses som tillägg till the Children Act 1989 section 11 A (1) a och b.
[378] The Adoption and Children Act 2006 section 1, läses som tillägg till the Children Act 1989 section 11 A (3) och (4).
[379] The Adoption and Children Act 2006 section 1, läses som tillägg till the Children Act 1989 section 11 A (5) (a) i.
[380] Lowe och Douglas, 2006, s. 350.
[381] Lowe och Douglas, 2006, s. 362ff.
[382] Cretney, 2008, s.513 och the Childen Act 1989 section 8.
[383] The Childen Act 1989 section 9 (6) och 9 (7).
[384] Gillick v W Norfolk and Wisbech AHA [1986] 1 A.C.112.
[385] Cretney, 2008, s. 501 ff.

finns ingen lagstadgad skyldighet för föräldrar att fråga barnen[386] om deras åsikt men beslutsfattandet kan dock alltid underställas rättens granskning och barnets bästa.[387]

7.5 Tvistlösningar

Tanken om gemensamt föräldraansvar är genomgående i den engelska regleringen kring föräldrar och barn. Det har i praxis fastslagits att det inte existerar en möjlighet att få ensamt föräldraansvar.[388] Parental responsibility ger föräldrarna möjlighet att besluta oberoende av varandra vid gemensam vårdnad, såvida beslutet inte strider mot lag dvs. en självständig beslutanderätt för vardera vårdnadshavare. Det har dock i praxis fastslagits att det finns i viss konsultationsplikt vid ingripande och långvariga beslut.[389] Kompetensfördelningen mellan föräldrarna blir med systemet flytande men föräldrarnas möjlighet att agera är omfattande.[390] Tvistlösningsmodellen tillhandahåller fullt ansvar för föräldrarna, vilket innefattar både rättigheter och skyldigheter gentemot barnet. Föräldrarnas självständiga beslutanderätt begränsas dock av domstolen eftersom föräldrarna inte kan handla på ett sätt som inte är förenligt med barnets bästa.[391] En ytterligare inskränkning i beslutanderätten sker genom utfärdandet av olika order dvs. domstolsbeslut. En förälder kan inte agera i strid med ett domstolsbeslut och vid en konflikt, där föräldrarna inte kan nå konsensus i en tvistig fråga, kan föräldrarna låta domstolen avgöra frågan genom en order. Det finns därmed stora möjligheter att erhålla beslut i sakfrågor. Samförståndslösningar betonas samtidigt i den engelska rätten och en order ska endast utfärdas om det finns behov av en order. Begräsningen i utfärdandet av orders anses uppmuntra till en gemensam lösning. Parterna har även möjlighet att delta i medlingsförfarande. Medlingen är en process där parterna uppmanas att nå en samförståndslösning i några eller alla frågor som föräldrarna är oense om efter en separation. Barnet kan också delta under medlingen.[392]

---

[386] Cretney, 2008, s. 542.
[387] The Children Act 1989 section 2 (8).
[388] Re P (A Minor) (Parental responsibility) (1994) 1 FLR 578, CA och Ryrstedt, Konsensus – belastning eller förutsättning för gemensamt föräldraansvar? 2002, s. 55.
[389] Lowe och Douglas, 2006, s. 433.
[390] Ryrstedt, Konsensus – belastning eller förutsättning för gemensamt föräldraansvar? 2002, s. 57.
[391] Ryrstedt, 2002, Konsensus – förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar, s. 72.
[392] Cretney, 2008, s. 628.

8 Analys

8.1 Inledning

Huvudregeln i gällande rätt är att föräldrarna ska vara överens vid beslutsfattande som rör barnet vid gemensam vårdnad. Gemensam vårdnad har ansetts vara inbegripet i barnets bästa men begreppet har blivit oförenligt med det strikta konsensuskravet vid gemensam vårdnad. Föräldraansvarets kompetensfördelning är under utredning och ett förslag om självständig beslutanderätt för ena föräldern inom vissa områden har framlagts.

Den deskriptiva delen av uppsatsen kommer i den följande analysen att analyseras utifrån den rättsdogmatiska metoden, den komparativa metoden och metod enligt teorin om normativa grundmönster. Den rättsdogmatiska metoden möjliggör analysen, som utgår ifrån olika teoretiska perspektiv som framtagits genom metod enligt teorin om normativa grundmönster. Utifrån metoden kan man i den svenska rätten liksom i rättsutvecklingen identifiera ett antal faktorer som har påverkat utformningen av dagens lagstiftning samt det framlagda förslaget om beslutanderätt vid gemensam vårdnad. Analysen kommer att diskutera dessa faktorer. Att se den rättsliga regleringen utifrån internationellt perspektiv ger en möjlighet att jämföra olika lösningar på likartade problem. I detta fall syftar komparationen till att se hur England hanterat ansvarsfördelningen mellan föräldrar och löst de problem som kan uppstå när konsensus inte kan uppnås mellan föräldrarna. Även i internationella konventioner betonas ett gemensamt föräldraansvar (parental responsibility) starkt och den svenska överensstämmelsen med Barnkonventionen, Europarådskonventionen och Europarådsrekommendationen om föräldraansvar diskuteras. Den avslutande delen avser att behandla frågan hur en framtida svensk reglering kan utformas.

8.2 Gemensam vårdnad och strikt krav på konsensus

Detta kapitel och de fyra efterföljande underrubrikerna avser att föra en deskriptiv diskussion kring de viktigaste konsekvenserna av gällande rätt och beskriver för- och nackdelar med det svenska systemet. Inledningsvis beskrivs den rättsliga utvecklingen och samhällsutvecklingens påverkan på lagstiftningen. Diskussionen avslutas med ett kapitel som beskriver hur kravet på konsensus påverkar den gemensamma vårdnaden och barnets bästa. Internationella konventioners krav på samförståndslösningar och föräldraansvar kommer att tas upp löpande i diskussionen.

8.2.1 Den rättsliga utvecklingen mot gemensam vårdnad och gemensamt föräldraansvar

Den övergripande rättsutvecklingen som man kan utläsa ur förarbetena vid gemensam vårdnad har till stor del begränsat möjligheten till tvistlösning. Det beror på att lagstiftaren har en önskan om ett gemensamt föräldraansvar grundat på gemensamma beslut. Det är m.a.o. lagstiftarens strävan efter konsensus i familjerättsliga tvister och tanken att så långt som möjligt lösa tvister utanför domstolen som ligger bakom synen på den begränsade tvistlösningen i svensk rätt. Gemensam vårdnad anses vara synonymt med barnets bästa eftersom en nära och god kontakt med båda föräldrarna anses emanera ur ett gemensamt rättsligt ansvar. I ett historiskt perspektiv handlar vårdnadsregleringen om ansvar, vem som ska ta ansvar för barnet. Lagstiftaren har ansett att det är föräldrarna som har det ansvaret för sina barn och föräldraansvaret betonades redan i den tidiga regleringen kring äktenskap och barn. Vårdnadsfrågor avgjordes då i ett system som betonade den formella föräldramakten och barnet behandlades som ett objekt i föräldrarnas konflikt. Barnets rätt var avhängigt föräldrarnas inbördes förhållande och bestämmanderätten anförtroddes till barnets vårdnadshavare. Genom familjerättens historia har alltså en reglering med familjen som enhet varit central. Familjekonstellationerna har dock genomgått omfattande förändringar sedan början av 1900-talet och lagstiftningen har till följd av utvecklingen gått från ensam vårdnad vid en äktenskapsskillnad till gemensam vårdnad som norm efter en separation eller äktenskapsskillnad. I samband med industrialisering och urbanisering har individen fått allt mer utrymme på bekostnad av familjen. Det är först under 1970-talet som barnet blir betraktat som en egen individ med rättigheter separata från sina föräldrars rättigheter. Senare tids lagstiftning har syftat till att stärka barnets rättigheter och barnet som subjekt. Barnet har kommit att ta inta en mer självständig position med intressen som skall beaktas fristående och i relation till föräldrars ansvar. Föräldrarnas skyldigheter gentemot barnet betonas istället för rättigheterna.

Gemensam vårdnad ansågs redan i den tidiga lagstiftningen innefatta gemensamma beslut. Den gemensamma vårdnaden byggde emellertid på konsensus mellan föräldrarna dvs. föräldrarna var tvungna att enas om att gemensam vårdnad skulle föreligga efter en äktenskapsskillnad eller separation, annars tilldelades ena föräldern vårdnaden om barnet. Föräldrarna var tvungna att vara överens om alla frågor kring den gemensamma vårdnaden, det fanns ingen möjlighet för rätten att bestämma om frågor inom ramen för vårdnadsansvaret utan rätten kunde endast förordna om ensam vårdnad om föräldrarna var oense. Samarbetsförmåga förutsattes finnas vid gemensam vårdnad, eftersom vårdnadshavarna valt att dela vårdnaden och annars ansågs det att den gemensamma vårdnaden borde upplösas. Senare lagstiftningsarbete implicerar istället en samarbetsförmåga mellan föräldrarna redan på grund utav den gemensamma vårdnaden och det är sedan år 1998 möjligt att utdöma gemensam vårdnad mot ena förälderns vilja. Reformens syfte var att ytterligare bana väg för den gemensamma vårdnaden och grunden låg i en jämställdhetssträvan mellan föräldrarna och

ett försök att dela föräldraansvaret lika mellan föräldrarna. Lagstiftaren har valt att tillämpa ett harmoniskt perspektiv på regleringen trots att samarbetsförmågan inte torde vara självklar i de fall där ena föräldern motsätter sig samarbete. Samtidigt synes lagstiftaren medveten om de problem som separerade föräldrar kan stå inför vid en vårdnadstvist. Lagstiftaren ansåg att avsteg från principen om gemensamma beslut var tvunget, eftersom föräldrarna kunde tänkas ha svårigheter att enas kring barnets boende och umgänge. En begränsad tvistlösning inom ramen för vårdnadsansvaret sågs som lösningen och i enlighet härmed fick rätten möjlighet att förordna om boende och umgänge. Gemensam vårdnad ansågs inte vara i strid med barnets bästa endast för att ena föräldern motsatte sig vårdnadsformen. I den senaste vårdnadsreformen år 2006 var syftet att stärka barnperspektivet och praxis stramades upp i och med kravet på samarbetsförmåga mellan föräldrarna vid gemensam vårdnad. Det har dock skett få förändringar i själva beslutanderätten för föräldrar. Beslutanderätten har gått ifrån att vara en auktoritär makt till att betonas som ett ansvar och en omsorg om barnet men en revidering och tydligare fördelning av beslutanderätten har konsekvent avvisats med hänvisning till att det skulle urholka den gemensamma vårdnadens grund bestående av gemensamma beslut.

8.2.2 Harmoni- och konfliktmönster

Två övergripande normativa mönster har gjort sig tydliga inom det normativa fältet för gemensam vårdnad och haft en påverkan på den rättsliga utformningen. Dessa mönster utgörs å ena sidan av *harmoni* och å andra sidan av *konflikt*. Det *harmoniska mönstret* kännetecknas av en gemenskap med familjen och är ett konservativt mönster. Det gemensamma föräldraansvaret och det strikta kravet på konsensus innebär att rättigheterna och skyldigheterna för föräldrar är svaga och det finns inga särskilda särintressen som präglar regleringen utan regleringen kännetecknas istället av en sammanjämkning av intressen och plikter för föräldrar och barn. Dessa intressen får därmed stå tillbaka för gemenskapens intresse. I mönstret ses barnet som ett objekt och föräldrarna antas tillvarata barnets intresse. Barnets bästa innefattas i gemensam vårdnad och föräldrarna förväntas kunna samarbeta i frågor som rör barnet. Detta teoretiska perspektiv på rätten präglar till stor del rättsutvecklingen och den nuvarande regleringen kring gemensam vårdnad.

Det finns dock latenta motsättningar mellan intressena inom det harmoniska mönstret. Separerade föräldrar har till skillnad från samlevande föräldrar ofta motstående intressen och kan antas ha en mer konfliktfylld relation dvs. det uppstår särintressen inom det harmoniska mönstret. Trots dessa särintressen applicerar förarbetena ett harmoniskt perspektiv på rätten och det harmoniska mönstret försöker upprätthålla gemenskapen. Även barnets rätt har allt mer kommit att betonas i senare lagstiftning och ses som fristående från föräldrarnas rätt. Det är i ett steg mot ett konfliktperspektiv och ett *konfliktmönster*, som den senare utvecklingen av rätten med krav på tvistlösning och föreslagen beslutanderätt bör ses. Även om

harmonimönstret fortfarande är starkt och fortfarande drar regleringen mot sig. Den senaste vårdnadsreformen år 2006 betonade barnets rättigheter gentemot föräldrarna och det antyddes att barnets bästa, inte i alla fall innefattar en gemensam vårdnad när föräldrarna har samarbetssvårigheter och inte kan enas i frågor som rör den gemensamma vårdnaden. Ensam vårdnad kan alltså i fler fall än tidigare utdömas. Förslaget om självständig beslutanderätt avser att ytterligare frångå den tidigare strävan att dela beslutanderätten lika mellan föräldrarna och istället börjar föräldrarnas separata intressen att erkännas t.ex. boendeförälderns rätt att flytta med barnet. Den självständiga beslutanderätten ska dock endast tillämpas vid behov och undantagsvis dvs. huvudregeln är fortfarande ett gemensamt beslutsfattande vid gemensam vårdnad. Det finns alltså inte endast ett normativt mönster som kännetecknar rätten utan i det normativa fältet interagerar mönstren polärt och dra åt sig regleringen vid olika tidpunkter. Det andra mönstret som uppkommer inom det normativa fältet för gemensam vårdnad är alltså *konflikt*. Konfliktmönstret är ett rörligt mönster som innebär förändring och tar upp de latenta särintressena mellan föräldrar och barn till ytan. Mönstret kännetecknas av individen och ett accepterande av de skilda särintressenas inbördes konflikt. I detta mönster är det barnets individuella bästa som avses och barnet ses som en aktör. Det finns i ett sådant perspektiv möjlighet för individen att stärka sina rättigheter och skyldigheter och det går alltså att identifiera tre olika intressen inom den sistnämnda polen; föräldrarnas separata intressen och barnets intresse.

Dessa mönster gör sig tydligt gällande i förarbetena då lagstiftaren applicerar ett harmoniskt perspektiv på vårdnadsregleringen trots att ett konfliktperspektiv ligger närmare till hands och trots att konfliktmönstret börjar dra regleringen emot sig. Lagförslaget om en självständig beslutanderätt för ena föräldern inom vissa områden kan närmast ses som en kompromiss mellan mönstren, där individens rättigheter betonas samtidigt som lagstiftaren värnar om den gemensamma vårdnadens grund med gemensamma beslut. Det finns en återkommande tvetydlighet i lagstiftningsarbetet, då man diskuterar problemen med ett gemensamt beslutsfattande och samtidigt erkänner föräldrars svårigheter att nå konsensus i alla frågor som rör barnet men avvisar en utökad tvistlösning eller en förändring av kompetensfördelningen av beslutanderätten. En förändring har ansetts urholka principen om gemensamt beslutsfattande och grunden i den gemensamma vårdnaden. Förutom i frågor som rör boende och umgänge förväntas föräldrar med motstridiga intressen, på var sin sida i en konflikt, samarbeta i alla övriga frågor som rör den gemensamma vårdnaden. För att jämka samman föräldrarnas skilda intressen har lagstiftaren betonat samarbetsförmågan och utvecklat metoder för att underlätta samförståndslösningar som t.ex. medling och samarbetssamtal. Avsikten är att minimera extern tvistlösning och så långt det är möjligt lösa konflikten utanför domstolen. Underlåtenheten att införa ytterligare tvistlösning beror på tron att gemensam vårdnad bygger på samarbete och gemensamma beslut och ur det emanerar en god kontakt mellan föräldrar och barn. En tydligare fördelning av föräldraansvaret anses urholka den grunden och istället skapa konflikter mellan de olika intressena. Dagens

familjeförhållanden ser annorlunda ut än tidigare och ställer därmed andra krav på lagstiftning och föräldraansvar. Föreslagen ändring med en självständig beslutanderätt är en början till ett accepterande av föräldrarnas skilda intressen och föräldrarna liksom barnet ses som individer istället för en gemenskap. Lagförslaget innebär ett förstärkande av barnets rättigheter och har ett tydligt barnperspektiv som avser att tillgodose barnets rättigheter gentemot föräldrarna. Avsikten med den självständiga beslutanderätten för ena föräldern är att förhindra att konsensuskravet vid gemensam vårdnad ska motverka barnets bästa och fördelningen av föräldraansvaret ska underlätta föräldrarnas vardag. Domstolen får enligt förslaget möjlighet att besluta i frågor som tidigare ansetts bäst att överlämna åt föräldrarna och därmed ges en möjlighet att pröva beslutet enligt barnets bästa, men endast på ett fåtal områden och undantagsvis. Det gemensamma beslutsfattandet ska fortfarande vara huvudregel och det harmoniska perspektivet är således fortfarande starkt inom det normativa fältet för gemensam vårdnad. Detta trots att särintressena mellan föräldrar och barn uppkommit till ytan och hävdar sina enskilda rättigheter.

Hur vårdnadsansvaret ska fördelas för att tillvarata barnets bästa och tillgodose barnets rätt har diskuterats sedan 1970-talet men konsensustanken hindrar lagstiftaren från att se barnets och föräldrarnas intressen som divergerande. Istället presumeras barnets bästa sammanfalla med föräldrarnas gemensamma intressen. Det är dock inte konsensustanken som är den felande länken i systemet utan det kan antas att föräldrar och barn mår bra av en nära och god relation och att gemensam vårdnad och ett gemensamt vårdnadsansvar kan bidra till den relationen. Problemet är att lagstiftaren använder det som utgångspunkt för utformningen av regleringen. I den svenska regleringen är samförstånd alltså utgångspunkten och synonymt med gemensamt föräldraansvar. Den engelska rätten har samma grundtanke om ett gemensamt föräldraansvar i sitt tvistlösningssystem men visar att utgångspunkten inte behöver vara konsensus för att gemensamt föräldraansvar ska vara norm. Samförstånd är istället endast en strävan i den engelska rätten, vad som är målet med det gemensamma föräldraansvaret.

8.2.3 Kravet på samförståndslösningar till barnets bästa

Barnets bästa är inget statiskt begrepp utan begreppet varierar över tid och innehåller värderingar som återspeglas från samhället till lagen. Vad som är barnets bästa varierar även från barn till barn eftersom det är det individuella barnets bästa som avses. I svensk rätt presumeras alltså barnets bästa sammanfalla med föräldrarnas gemensamma uppfattning. Konsensustanken förutsätter att föräldrarna tillvaratar barnets bästa och att de har en gemensam syn på vad barnets bästa är dvs. hur vårdnaden ska utövas. Att barnet har en god kontakt med båda föräldrarna har en hög position i vad domstolen tar hänsyn till i sin bedömning. Det förefaller dock vara svårt för föräldrar som genomgår en separation eller äktenskapsskillnad att arbeta för barnets bästa utan att se till andra intressen. Möjligheten att utdöma

gemensam vårdnad mot ena förälderns vilja tyder dessutom på att det inte sällan finns en konfliktartad situation mellan föräldrarna och att de kan ha svårigheter att enas kring det gemensamma vårdnadsansvarets utövande i framtiden. Fokus i ett sådant synsätt kan sägas vara att skapa jämlikhet mellan föräldrarna. Regleringen är anpassad efter samlevande föräldrar som har samma inriktning och mål dvs. gemensamma intressen men då en förälder som inte valt att ha gemensam vårdnad, vilket regleringen och förarbetena förutsätter, kan konsensuskravet gå ut över barnets bästa. Föräldrarna kan tvingas till kompromisser som inte alltid har barnets bästa i förgrunden eller som inte heller ligger i något av föräldrarnas intresse. Lagstiftaren har valt att tillämpa ett harmoniperspektiv på vårdnadsregleringen istället för att acceptera den konflikt som föräldrar i en vårdnadstvist ofta befinner sig i.

I samband med vårdnadsreformen år 2006 uttalades det dock att syftet var att strama upp den gemensamma vårdnaden och ytterligare förstärka barnperspektivet. Barnets bästa ska numera vara avgörande vid alla beslut kring vårdnad, boende och umgänge och inga andra intressen som t.ex. jämlikhet mellan föräldrarna ska komma före. Reformen innebar att konsensuskravet fick en uppmjukning eftersom det numera krävs samarbetsförmåga mellan föräldrarna för att gemensam vårdnad ska vara möjlig. Gemensam vårdnad antyds därmed inte i alla fall, vara till barnets bästa. Gemensam vårdnad ska mot ena förälderns inte utdömas schablonmässigt och tillämpas med försiktighet men möjligheten kvarstår ändå. Det har dock inte fastställts vilka samarbetssvårigheter eller sakfrågor som kan leda till ensam vårdnad och det synes vara oklart vilka samarbetsproblem som kan föranleda att förälder tillerkänns ensam vårdnad. Det tycks dock vara så att det inte går att erhålla ensam vårdnad om samarbetssvårigheterna rör de områden som berörs av den självständiga beslutanderätten. Det har exempelvis inte ansetts vara skäl nog att upplösa den gemensamma vårdnaden när den tvistiga frågan gäller barnets skolgång, om föräldrarna kan samarbeta i övriga frågor inom ramen för det gemensamma vårdnadsansvaret. Det synes vara i sådana fall förslaget avser att ge den ena föräldern beslutanderätt, dock endast undantagsvis. Det krävs då att ett beslut inte kommer till stånd dvs. det måste finnas ett behov av en självständig beslutanderätt. Det måste dessutom vara, om domstolen anser att frågan är av mindre betydelse, värt att göra ingrepp i den gemensamma vårdnaden. I övriga fall kvarstår den gemensamma vårdnaden och den tvistiga frågan förblir olöst. Var gränsen går för upplösning av den gemensamma vårdnaden och vad samarbetssvårigheter innebär framgår, enligt min mening inte tydligt av förarbetena.

8.2.4 Samarbetssvårigheter mellan föräldrar – ett hot mot barnets bästa

Vid gemensam vårdnad intar föräldrarna samma rättsliga position och innehar ett gemensamt föräldraansvar som kräver gemensamma beslut i alla frågor, förutom vid boende och umgänge. En sådan begränsad möjlighet till tvistlösning kan leda till att situationen i familjen blir statisk och att

föräldrarna fastnar i status quo, där föräldrarnas egna intressen kan styra besluten och barnet fastnar i en situation där inget beslut fattas i en fråga. Det finns tre alternativa beslutsmodeller i den svenska rätten idag. Föräldrarna kan själva nå en överenskommelse, föräldrarna kan genom socialnämnden få hjälp att träffa avtal genom samarbetssamtal eller så avgör domstolen frågan. Lösningarna implicerar ett samarbete mellan föräldrarna. Den enda möjligheten, utöver boende och umgänge, när föräldrar inte kan enas kring en eller flera frågor angående det gemensamma barnet är att begära ensam vårdnad, med hänvisning till samarbetssvårigheter. Den förälder som inte innehar vårdnaden åtnjuter emellertid endast ett begränsat inflytande över barnets situation.

Den nuvarande regleringen med kravet på konsensus har visat sig innebära svårigheter för föräldrar i det vardagliga livet och det finns ingen pragmatisk lösning att tillgå vid föräldrarnas oenighet. Det finns t.ex. ingen möjlighet att förelägga förälder som bytt skola, att byta tillbaka eller möjlighet att förhindra en annan åtgärd som ena föräldern vidtagit utan den andra förälderns samtycke. En återgång kan efter en vårdnadsprocess också vara förenad med praktiska svårigheter t.ex. om barnet har etablerat sig på den nya skolan. Besluten så som nuvarande system är utformat ska fattas av särlevande föräldrapar med motstridiga intressen på samma sätt som förväntas av föräldrapar som lever tillsammans och som naturligt eftersträvar samma mål dvs. har ett gemensamt intresse. Den förälder som är boendeförälder och som därmed innehar den faktiska vårdnaden har en begränsad möjlighet att inverka på sitt och barnets liv till följd av den gemensamma vårdnaden och kravet på konsensus. Det gemensamma beslutet som den gemensamma vårdnaden grundar sig på uteblir i sådana fall och det blir istället för att boendeföräldern beslutar, ett status quo eller indirekt den förälder som inte innehar den faktiska men har en del av den rättsliga vårdnaden som beslutar att åtgärden inte ska vidtas. Det är även problematiskt att närmare precisera vilka beslut en vårdnadshavare kan ta även i den dagliga omsorgen eftersom sådana riktlinjer kan uttänjas till att omfatta mer omfattande beslut t.ex. kan kost vara ett mer omfattande beslut om det gäller religiösa eller ideologiska skäl. Det finns dock möjlighet att fatta beslut av ingripande betydelse om den ena vårdnadshavaren har förhinder och barnet har en medbestämmanderätt i vissa frågor men betoningen ligger på vårdnadshavarens rätt och skyldighet att bestämma i frågor som rör barnet.

Frågan om barn och barnets rättigheter är numera även en internationell företeelse. Föräldrarnas ansvar för barnet får ses som en utav Barnkonventionens utgångspunkter och det fastslås redan i inledningen att familjen utgör den grundläggande enheten. Både Europarådskonventionen och Barnkonventionen bygger på föräldrarnas ansvar att engagera sig i frågor som rör barnet och konsensustanken. Barnet och föräldrarna förutsätts alltså ha gemensamma intressen i de internationella konventionerna och även de ger uttryck för en gemenskap med familjen. Rättigheterna som Barnkonventionen och Europarådskonventionen tillskriver barnet måste förverkligas genom föräldrarna och de betonar starkt

ett gemensamt föräldraansvar. Vikten av ett gemensamt föräldraansvar framhålls i Barnkonventionens artikel 18 och artikel 5. Artiklarna korresponderar med FB 6 kap. 11 § och vårdnadshavarens rätt och skyldighet att besluta i frågor som barnets personliga angelägenheter. Vårdnadshavaren ska i takt med barnets stigande ålder och mognad ta större hänsyn till barnets vilja dvs. konventionen fastslår en medbestämmanderätt för barnet. Även Europarådsrekommendationen om föräldraansvar betonar det gemensamma föräldraansvaret och vikten av samförståndslösningar. Enligt rekommendationen ska en fördelning av föräldraansvaret ske i enlighet med barnets bästa. Det kan dock ifrågasättas hur konsensus vid gemensam vårdnad kan vara till barnets bästa om föräldrarna inte kan enas i frågor som rör de gemensamma barnen.

8.3 Tvistlösningar – kompetensfördelning av föräldraansvar

Avsikten med detta kapitel och det efterföljande kapitlet om självständig beslutanderätt är att diskutera för- och nackdelar med föreslagen tvistlösningsmetod. Analysen kommer att diskutera likheter och skillnader med den engelska rätten med avsikten att ytterligare belysa komplikationerna kring kompetensfördelning av föräldraansvar och möjligheterna till tvistlösningar. Den svenska och den engelska regleringen har gemensam vårdnad som utgångspunkt men har olika krav på konsensus och möjligheter till tvistlösning. Det är den gemensamma utgångspunkten med ett gemensamt föräldraansvar, som gör komparationen mellan länderna särskilt intressant med tanke på att länderna befinner sig på varsin ytterkant när det gäller krav på konsensus. I Sverige ska föräldrarna som huvudregel enas i alla frågor inom ramen för det gemensamma vårdnadsansvaret. Föräldrar antas därmed tillvarata barnets intresse och sätta barnets bästa i främsta rummet. I England finns som huvudregel ingen samrådsplikt och vårdnadshavarna kan oberoende av varandra fatta beslut inom ramen för parental responsibility. Även England har betonat vikten av samförståndslösningar men kan anses ha en mer progressiv och pragmatisk inställning till det faktum att separerade föräldrar inte alltid har samma utgångspunkter och mål dvs. de har anlagt ett konfliktperspektiv på rätten. Den långtgående metod för tvistlösning som England tillämpar visar att lagstiftaren har en realistisk inställning på barn- och föräldrarättens område. Föräldraansvar som begrepp har dock en vidare innebörd än i den svenska rätten och ansvaret är uppdelat för att separerade föräldrar ska kunna få en fungerande vardag. I England kan alltså föräldrarna agera självständigt trots att gemensamt föräldraansvar föreligger i de flesta fallen.

I både Sverige och England har man genom lagstiftning avsett att minska konflikterna när det gäller barn till separerade föräldrar, skillnaden är dock att samförståndslösningar är en strävan i England och inte ett medel för att tvinga föräldrar att samarbeta genom gemensam vårdnad. England har valt att markera en förändring i barnrätten och ersatt vårdnadsbegreppet med parental responsibility för att tydligt ta avstånd från den tidigare

föräldraorienterade lagstiftningen och istället betona föräldrarnas ansvar. Det är boendeföräldern som har störst möjlighet att bestämma i frågor som rör det gemensamma barnet men båda föräldrarna har ett gemensamt ansvar. Syftet är att uppmuntra till samarbete mellan föräldrarna. Föräldraansvaret kan inte förloras men kan delas mellan olika aktörer. Fördelningen är särskilt fördelaktig när beslut behöver fattas omgående t.ex. i hälso- och sjukvårdsfrågor. När föräldrarna inte kan enas ger möjligheten att utfärda olika orders en omfattande tvistlösning och stora möjligheter till detaljreglering. Systemet behöver dock inte innebära en detaljreglering utan är endast en möjlighet som kan erhållas vid behov. En order ska utformas så allmänt som det är möjligt enligt huvudregeln. Vårdnadsansvaret behöver då inte inskränkas mer än vad den tvistiga frågan kräver. Med metoden kan förälder t.ex. föreläggas att byta barnets skola eller förhindra att en medicinsk åtgärd vidtas mot barnet.

Det kan dock riktas kritik mot metoden eftersom den anses urholka det gemensamma beslutsfattandet. Det finns emellertid även tillgång till medling efter en separation som är fokuserad på föräldrarna till skillnad från Sverige där föräldrarna endast kan diskutera deras relation i förhållande till barnet. Den omfattande tvistlösningen förhindrar att ett status quo läge uppstår och underlättar till stor del vardagen för föräldrarna. Dessutom är det endast de tvister där föräldrarna är oeniga, som tas upp till domstol när den ena föräldern beslutar att ta upp tvisten i rätten. Ytterligare ett argument mot det engelska systemet är att tanken med gemensamt beslutsfattande inte är helt förenligt med en självständig beslutanderätt. Det kan å andra sidan anföras att föräldrar inte kan erhålla ensamt vårdnadsansvar. Det har också påtalats att det finns en risk att föräldrarnas intressen polariseras i allt för stor utsträckning och att rätten att besluta ensam, leder i vissa fall att föräldrarna inte kan enas i någon fråga. Tanken är dock att det gemensamma föräldraansvaret ska leda till samarbete och när det inte kan uppnås finns det stora möjligheter för föräldrarna att uppnå ett samarbete med extern hjälp. Sverige har under senare år utvidgat möjligheten till ensam vårdnad och erkänt att det finns fall då gemensam vårdnaden inte är till barnets bästa, vilket kan ses som en logisk utveckling med tanke på det bristfälliga tvistlösningssystemet i svensk rätt. Med tanke på att gemensamt vårdnadsansvar bygger på önskan att tillgodose barnets intresse framstår tvistlösningen i svensk rätt som bristfällig och för att tillgodose barnets intresse bör tvistlösning inom ramen för det bestående vårdnadsansvaret utöver boende och umgänge vara möjlig.

8.4 Självständig beslutanderätt vid gemensam vårdnad till barnets bästa

Den form av tvistlösning som föreslås i Sverige är en självständig beslutanderätt för ena föräldern. Den föreslagna lagändringen i vårdnadshavarnas bestämmanderätt vid gemensam vårdnad har som tydlig avsikt att underlätta ett gemensamt föräldraansvar och fokus ligger främst på barnet och ett tillgodoseende av barnets rättigheter. Barnets bästa är

föräldrarnas ansvar och begreppet är ett kriterium för vem av föräldrarna som ska tillerkännas vårdnadsansvaret samt hur barnets behov och intressen ska tillgodoses. Barnets bästa är utgångspunkten för framställningen men barnets bästa är ett normativt begrepp som innebär att det är svår att ge en entydig bild av begreppets innebörd. Förslaget utgår från att det är barnets bästa att ha en god kontakt med båda föräldrarna och att den gemensamma vårdnaden bör vara fortsatt norm. Regleringen ska vara den samma för samlevande som för särlevande föräldrar. Betonandet av barnets rätt leder dock med lätthet även till det motsatta förhållandet att föräldrarnas rätt tillgodoses. I de flesta sammanhang diskuteras dock barnets intresse som fristående från föräldrarnas medan föräldrarna fortfarande förutsätts ha ett gemensamt intresse även om förslaget om självständig beslutanderätt diskuterar föräldrarnas behov av att oberoende av den andra kunna fatta beslut i frågor angående barnets person, för barnets bästa.

Lagförslaget innebär i praktiken en utvidgning av den ena vårdnadshavarens beslutanderätt men lagstiftaren har ansett att tvistlösningen bör begränsas till vissa områden. Utvidgningen av den ena förälderns beslutanderätt sker för barnets bästa och innefattas i det normativa begreppet. Tanken är att beslutanderätten endast ska komma att bli aktuell i väldigt speciella fall och endast utdömas och tillämpas undantagsvis. Eftersom beslutanderätten endast ska tillämpas undantagsvis och i de fall det finns ett behov av tvistlösning, kan det antas att självständig beslutanderätt endast kommer att utdömas i de fall där föräldrarna har omfattande samarbetssvårigheter. Förslaget är dock ett klart framsteg för barnets intressen och rättigheter inom tillämpningsområdena, vilket sker på bekostnad av den i tidigare lagstiftningsarbete värnade likheten i ansvarsfördelningen mellan föräldrar. En positiv konsekvens av förslaget är att den förälder som inte givits den självständiga beslutanderätten ändå kvarstår som fullvärdig vårdnadshavare och kan känna sig delaktig i beslutsfattandet. Båda vårdnadshavarna ska alltså ha möjlighet att delta i beslutsfattande som gäller barnet, även om den ena vårdnadshavaren har givits rätt att på egen hand bestämma i vissa frågor.

Det kan dock ifrågasättas huruvida förslaget tillgodoser målet att underlätta den praktiska sidan av gemensam vårdnad. Tvistlösningsmodellen grundar sig på det gemensamma föräldraansvaret och har fortfarande ett gemensamt beslutsfattande som huvudregel med hänvisning till att tanken om gemensam vårdnad inte ska urholkas. Lagstiftaren väljer att kvarhålla harmoniperspektivet även om konfliktperspektivet har uppkommit till ytan och normen utgörs fortfarande av samlevande föräldrar. Förslaget medger alltså att gemensam vårdnad består trots att föräldrarna är oeniga i en eller flera frågor som rör barnet och innebär därmed en uppmjukning av konsensuskravet. Det betonas i utredningen att föräldrarnas samarbetsförmåga ska underordnas barnets bästa, som är den faktiska målsättningen med regleringen. Det har framförts kritik mot den begränsade omfattningen av beslutanderätten eftersom oenighet kan leda till problem även utanför de tilltänkta tillämpningsområdena.

För att underlätta vardagen för föräldrar med samarbetssvårigheter behövs möjlighet till tvistlösning inom fler områden. Det engelska systemet tillför i detta fall ett exempel på en vidare tillämpning. En nackdel med en omfattande tvistlösning är dock att det finns risk för att föräldrarna tar konflikter till domstol istället för att reda ut dem innan processen. Men med möjlighet till tvistlösningar i fler fall än de angivna i utredningen finns också möjligheten att överpröva förälders beslut och förenligheten med barnets bästa. Ett sådant förfarande torde även medverka till att föräldrarna tänker igenom beslutet och barnets intresse istället för sitt eget, samtidigt som föräldrarna inte ses som en enhet. Det kan emot den engelska lösningen och domstolens möjlighet att besluta i materiella frågor hävdas att vissa frågor inte lämpar sig för en sådan lösning och att risken finns att föräldrar vänder sig till domstol istället för att lösa konflikten. Det kan även innebära en risk för att processbenägna föräldrar återkommer till domstolen flera gånger i olika frågor. I sådana fall kan det dock föranleda domstolen att ifrågasätta den gemensamma vårdnaden och ge en klar gräns för när ensam vårdnad ska utdömas. Snabba beslut är en fördel med modellen men också en nackdel om ena föräldern inte hinner få ett rättsligt beslut mot åtgärden och åtgärden inte går att göra ogjord t.ex. kan det vara svårt att göra en medicinsk behandling ogjord. Det finns dock alltid möjlighet att få extern lösning på problemet när föräldrarnas åsikter går isär samtidigt som det gemensamma föräldraansvaret är intakt. Barnkonventionen betonar också vikten av att barnet erhåller adekvat vård enligt artikel 24 och det ligger i linje med konventionen att säkerställa den i form av förslaget. Vid sådana beslut är det ibland viktigt att snabba beslut kan fattas och med en självständig beslutanderätt på området säkerställs ett snabbt beslut. Det har även framförts kritik som innebär att båda föräldrarna bör tillerkännas en sådan rätt för att säkerställa barnets rätt.

8.5 Avslutande diskussion

En del av uppsatsens syfte och frågeställning berör hur den framtida utformningen av kompetensfördelningen mellan föräldrar med gemensam vårdnad bör se ut. Utgångspunkten för följande diskussion är att gemensamt vårdnadsansvar är till barnets bästa i de flesta fall men att samarbetet mellan föräldrarna ska vara en *strävan* och *inte en utgångspunkt* för utformningen. Om den gemensamma vårdnaden ska vara norm och föräldrarna endast är oense över ett par frågor men överlag kan utöva vårdnadsansvaret relativt problemfritt bör lagstiftaren inta en mer realistisk och pragmatisk inställning till tvistlösning mellan föräldrarna för att behålla den gemensamma vårdnaden intakt.

I den familjerättsliga lagstiftningen presumeras det att föräldrarna tillvaratar barnets bästa. Den ideala separationen där barnen har en god kontakt med båda föräldrarna och där båda föräldrarna deltar aktivt i föräldraansvaret utan samarbetssvårigheter torde dock vara långt borta för många familjer, där föräldrarna genomgår en separation eller en äktenskapsskillnad. När gemensam vårdnad kan utdömas mot ena förälderns vilja borde det kunna antas att föräldrarna har svårigheter att enas, om än inte i den utsträckningen

att ensam vårdnad anses vara till barnets bästa. En tvistlösningsmodell måste frångå det tidigare harmoniska perspektiv som lagstiftaren applicerat på rätten och anta ett konfliktperspektiv i högre grad än den föreslagna modellen. Det är av vikt att båda föräldrarna känner sig delaktiga i ansvaret för barnet men lagstiftaren ska även tillvarata barnets intresse och barnets bästa och i det ligger ett accepterande att föräldrarna inte alltid handlar till barnets bästa. Vid ett gemensamt föräldraansvar borde föräldraansvarets fördelning förtydligas och kompetensfördelningen av vårdnadsansvaret bör till övervägande delen ligga hos boendeföräldern. Vid en flytt med barnet är det min åsikt att flytten och de bakomliggande skälen bör prövas i domstol. Den möjligheten har framförts i samband med kritik mot förslaget[393] och kan även finna en motsvarighet i Englands möjlighet att förhindra flytt genom utfärdande av en order. Skälen till flytten bör alltså underställas barnets bästa. På detta sätt undviks missbruk av boendeförälderns rättigheter och istället betonas boendeförälderns skyldigheter gentemot barnet. En utökad tvistlösning skulle ge bättre möjlighet att anpassa föräldrarnas situation till barnets bästa. En självständig beslutanderätt för ena vårdnadshavaren inom vissa områden, anser jag inte vara en tillräcklig tvistlösning. Det finns som ovan påpekats fler frågor utöver de förslagna områdena där föräldrarna kan vara i behov av tvistlösning utan att den gemensamma vårdnaden för den sakens skull behöver upplösas.

Det finns alltså i den engelska rätten möjlighet att finna lagtekniska förebilder för en svensk utformning av fördelningen av föräldraansvaret. Det engelska systemet har en stor fördel eftersom det bidrar med flexibilitet till regleringen. En tvistlösningsmodell där föräldrar får hjälp att erhålla tvistlösning i sakfrågor torde vara ett bra medel för att vidhålla den gemensamma vårdnaden som norm. I den svenska rätten kan frågor som rör barnets ekonomiska angelägenheter överprövas av överförmyndaren och därmed underställas barnets bästa. För att säkerställa att barnets bästa tillvaratas bör domstolen inte vara hänvisad till att välja ett av föräldrarnas alternativ utan ska vara fri att pröva sakfrågan. Det skulle även innebära att status quo upphör eftersom föräldrarna får stora möjligheter att rättshandla, vilket förslaget som framlagts inte säkerställer. Det finns fortfarande risk med förslagets utformning för en status quo situation i de fall då föräldrarna inte kan enas utöver de angivna områdena. I de familjer där vårdnad, boende och umgänge prövas av domstol är det även rimligt att tro att frågan om beslutanderätt i enskilda frågor också kan prövas. Beslut bör dock endast utfärdas när det finns ett behov av tvistlösning. Det ska inte vara möjligt att missbruka systemet genom att en förälder, bara för att få bestämma, begär tvistlösning i viss fråga. En behovsprövning förhindrar detta och uppmuntrar föräldrarna att sträva efter en samförståndslösning.

Det har i den engelska litteraturen påpekats att systemet med en självständig beslutanderätt för vardera föräldern kan medföra vissa problem i de fall föräldrarna har samarbetssvårigheter. Ett omfattande tvistlösningssystem

[393] Jfr Kritik från Lunds universitet. Yttrande av juridiska fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet, Ju2007/6836/L2, dnr RÄ 2007/278, 2008-01-31.

tillhandahåller dock alltid lösningar i de fall som föräldrarna inte kan enas. Ett sådant system kan bidra med stabilitet till föräldrars och barnets relationer utan att grunden för samarbetet behöver äventyras. Det skulle då finnas möjlighet att lösa en fråga som föräldrarna tvistar över utan de behöver ifrågasätta den gemensamma vårdnaden som grund. Föräldrar i vårdnadstvister har i och med tvisten någon form av svårighet att enas. Att rätten avgör vårdnadsfrågan innebär inte i alla fall att konflikten föräldrarna emellan löses. Med mer extensiva möjligheter till tvistlösningar kan föräldrarna istället få hjälp med den direkta orsaken till samarbetssvårigheterna. Det är dessutom endast i de fall som den ena föräldern bestämmer sig för att ta frågan till domstol, som frågan blir ett problem. Den engelska rätten har ett system som erkänner konflikterna inom familjen och som förhåller sig till det faktum att föräldrar inte alltid sätter barnets bästa främst. Barnets bästa tillvaratas genom att domstol kan överpröva förälderns beslut och vetskapen om den prövningen borde få föräldrarna att fatta beslut i den riktningen, en liknande lösning skulle kunna tillämpas i svensk rätt. Det svenska systemet styrs istället av avtalsmässiga inslag och kan leda till kompromisser mellan föräldrar som inte alltid är i barnets intresse och inte heller i någon av föräldrarnas intresse.

Förslaget om självständig beslutanderätt för ena vårdnadshavaren är en början till att erkänna föräldrarnas separata intressen och stärka barnets rättigheter, vilket tyder på ett erkännande av barnets intressen. Det är emellertid inte enligt min mening tillräckligt för att lösa de problem som uppstår i splittrade familjesituationer, om än ett steg i rätt riktning. Det går att finna lagtekniska förebilder i den engelska rätten för ett framtida svenskt förslag eftersom England fullständigt accepterat konfliktmönstret i vårdnadskonflikter. Samförståndslösningen bör endast vara en *strävan* för ett framtida lagförslag och inte en utgångspunkt. Man ser i den engelska rätten att det går att utforma ett förslag med gemensam vårdnad som norm utan krav på strikt konsensus; dvs. en klar uppmjukning av konsensuskravet. En mer omfattande tvistlösning skulle kunna tillämpas när föräldrar inte kan enas utan att äventyra den gemensamma vårdnaden som grund och istället bidra till en stabil och god kontakt mellan föräldrar och barn. Det är dags för lagstiftaren att acceptera att föräldrar som separerat och är motparter i en vårdnadstvist ofta har ett så pass konfliktfyllt förhållande, att det av lagstiftaren applicerade harmoniperspektivet därmed förbytts mot ett konfliktperspektiv.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Prop. 2005/06:99 *Nya vårdnadsregler*
Prop. 1997/98:7 *Vårdnad, boende och umgänge*
Prop. 1990/91:8 *om vårdnad och umgänge*
Prop. 1989/90:170 *om godkännande av FN-konventionen om barnets rättigheter*
Prop. 1988/89:67 *om sekretessfrågor inom undervisningsväsendet m.m.*
Prop. 1981/82:168 *Om vårdnad och umgänge m.m.*
Prop. 1975/76:170 *Om ändring i föräldrabalken m.m.*

SOU 2007:52 *Beslutanderätt vid gemensam vårdnad m.m.*
SOU 2005:43 *Vårdnad- boende- umgänge. Barnets bästa, föräldrars ansvar*
SOU 1997:116 *Barnets bästa i främsta rummet. FN:s konvention om barnets rättigheter i Sverige*
SOU 1995:79 *Vårdnad, boende och umgänge*
SOU 1979:63 *Barnets rätt 2. Om föräldrars ansvar m.m.*

Dir. 2006:83 *Beslutanderätten vid gemensam vårdnad*
Dir. 2002:89 *Vårdnad, boende, umgänge*
Dir. 2005:35 *Tilläggsdirektiv till 2002 års vårdnadskommitté (Ju 2002:09)*

Ds 2002:13 *Utövandet av barns rättigheter i familjerättsprocesser*
Ds 1999:57 *Gemensam vårdnad för ogifta föräldrar samt en språklig och redaktionell översyn av 6 kap. föräldrabalken*

Lagberedningens förslag till revision av giftermålsbalken och vissa delar av ärvdabalken. III. Förslag till lag om barn utom äktenskap m.m. Stockholm 1915.

NJA II 1983 s. 19

NJA II 1921 s. 235

Offentligt tryck England

Law Commission No 172 (1988)

Litteratur

Göransson Anita (red), Björnberg Ulla, *Sekelskiften och kön. Strukturella och kulturella övergångar år 1800. 1900, 2000*, 2000, Prisma

Bogdan Michael, *Komparativ rättskunskap*, 2007, andra upplagan, Nordstedts Juridik AB, Solna

Cretney Stephen M, *Familiy Law*, 2000, fourth edition, Sweet & Maxwell, London

Cretney Stephen, Masson Judith, Bailey-Harris Rebecca, Probert Rebecca, *Principles of Family Law*, 2008, eighth edition, Sweet & Maxwell, London

Christensen Anna, *Konflikt eller harmoni två normativa strukturer. Politisk Filosofi. Rättigheter*, 1988, Stehag: Symposion Bokförlag & Tryckeri AB, Stockholm

Ewerlöf Göran, Sverne Tor, Singer Anna, *Barnets bästa. Om föräldrar och samhällets ansvar*, 2006, femte upplagan, Nordstedts Juridik AB, Stockholm

Freeman Michael, *Understanding Family Law*, 2007, Sweet & Maxwell, London

Herring Jonathan, *Family Law*, 2007, Pearson Education Limited, Edinburgh

Jacobsson Ulla, *Ett barns rättigheter*, 1978, Askild & Kärnekull Förlag AB

Lowe Nigel, Douglas Gillian, *Bromley's Family Law*, 2006, tenth edition, University Press, Oxford

Numhauser-Henning Ann m.fl., *Normativa perspektiv. Festskrift till Anna Christensen*, 2000, Juristförlaget, Lund

Ryrstedt Eva, *Konsensus – förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar?* 2002, Juristförlaget, Lund

Ryrstedt Eva, *Bodelning och bostad ekonomisk självständighet eller gemenskap*, 1998, Juristförlaget, Lund

Saldeen Åke, *Barn och föräldrar*, 2001, fjärde upplagan, Iustus förlag AB, Uppsala

Schiratzki Johanna, *Barnrättens grunder*, 2007, tredje upplagan, Studentlitteratur, Narayana Press, Danmark

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

Singer Anna, *Föräldraskap i rättslig belysning*, 2000, Iustus Förlag AB, Uppsala

Sjösten Mats, *Vårdnad, boende och umgänge*, 2003, andra upplagan, Nordstedts Juridik AB, Stockholm

Artiklar

Lowe Nigel, *The meaning and allocation of parental responsibility – a common law lawyer's perspective*, 1997, International Journal of Law, Policy and the family 11, 192-215

Ryrstedt Eva, *Tvistlösning mellan separerade föräldrar – för barnets bästa*, SvJT 2007, häfte 4, s. 398-414

Ryrstedt Eva, Mattsson Titti, *Barn och föräldrar – kan vi acceptera dem som motparter?* SvJT 2007 s. 390

Ryrstedt Eva, *Barnets rätt att komma till tals i frågor om vårdnad, boende eller umgänge*, JT 2005-06 Nr 2, s. 303-348

Ryrstedt Eva, *Kravet på konsensus – till barnets bästa?* SvJT 2003, häfte 3 s. 340-344

Ryrstedt Eva, *Gemensam vårdnad inte alltid det bästa för barn*, JT 2000-2001 Nr 2, s. 423-429

Schiratzki Johanna, *Föräldraansvar – om särlevande föräldrars ansvar för sina barn*, JT 2006-07 Nr 2 s. 352-364

Schiratzki Johanna, *Vad betyder det att ha gemensam vårdnad?* JT 1998-1999, Nr 4, s. 1049-1055

Singer Anna, *Samarbetsförmåga och gemensam vårdnad*, JT 2008-2009, Nr 3, s. 148

Wickström Anita, *Utövande av gemensam vårdnad*, JT 2002-2003, Nr 2, s. 328-351

Övrigt

Hammarberg Thomas, *Konventionen om barnets rättigheter*, 2006, UD INFO, Stockholm

Yttrande av juridiska fakultetsstyrelsen vid *Lunds universitet*, Ju2007/6836/L2, dnr RÄ 2007/278, 2008-01-31

Yttrande av *Stockholms tingsrätt*, Ju2007/6836/L2, adm. 5.1 2007/0460, 2008-01-17

Yttrande av juridiska fakultetsnämnden vid *Stockholms universitet*, Ju2007/6836/L2, dnr SU 302-2231-07, 2008-01-24

Yttrande, *Justitieombudsmannen*, Dnr 4588-2007, 2008-01-31

Remissvar *Barnombudsmannen*, Dnr: 9.1:1202/07, 2008-01-29

Rädda Barnens yttrande över betänkandet Beslutanderätt vid gemensam vårdnad mm, SOU 2007:52, 29 jan 2008

JO ämbetsberättelse 2001/2002 s. 392-400 (Dnr 3148-2000)

JO ämbetsberättelse 2003/2004 s. 314 (Dnr 3743-2001)

JO ämbetsberättelse 1999/2000 s. 283-286 (Dnr 2680-1997)

Rättsfallsförteckning

NJA 2007 s. 382

NJA 2000 s. 345

NJA 1999 s. 451

NJA 1995 s. 241

RH 2007:42

RH 2006:10

RH 1997:59

England

Re P (Shared Residence Order) [2006] 2 F.L.R. 347, CA

Re R (Residence: Shared Care : Children's Views) [2006] 1 FLR 491

A v A (Shared Residence and contact) [2004] 1 FLR 1195

D v D (Minors) (Shared Residence Order) [2001] 1 F.L.R 495, CA

Re J (Specific Issue Orders: Child's religious upbringing and circumcision) [2000] 1 F.L.R. 571 CA

Re P (A Minor) (parental responsibility) [1994] 1 FLR 578, CA

Re C and another (minors) (Mustill LJ) [1992] 2 All ER s. 86

Re H (Minors) (Local Authority: Parental Rights) (No 3) [1991] Fam 151, CA

Gillick v W Norfolk and Wisbech AHA [1986] 1 A.C.112