



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Josefine Nilsson

Barns processuella ställning i
förhållande till *barnets bästa* i
rättsprocessen

- en jämförelse av barns roll i vårdnadstvister
och tvister enligt LVU

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare
Universitetslektor Eva Ryrstedt

Familjerätt

Vårterminen 2008

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Syfte	5
1.2 Frågeställning	5
1.3 Metod och materialval	6
1.4 Avgränsningar och förtydliganden	6
1.5 Disposition	7
2 DEFINITIONER	9
2.1 Partsbehörighet	9
2.2 Processbehörighet	9
2.3 Talerätt	10
2.4 Rättegångsombud	10
2.5 Ställföreträdare	11
3 FN:S BARNKONVENTION	13
3.1 Artikel 3 Barnets bästa	14
3.2 Artikel 12 Barns rätt att komma till tals	15
4 UTÖVANDEKONVENTIONEN	17
4.1 Ds 2002:13 Utövandet av barns rättigheter i familjerättsprocesser	18
5 SVENSK RÄTT	20
5.1 Civilprocessen	20
5.1.1 Innebörd av vårdnad, boende och umgänge	22
5.1.2 Barnets roll i civilprocessen	24
5.1.2.1 Barnets bästa	25
5.1.2.2 Barnets vilja och rätt att komma till tals	26
5.1.3 Praxis civilprocessen	27

5.2	Förvaltningsprocessen	30
5.2.1	Innebörd av tvångsvård	30
5.2.2	Barnets roll i förvaltningsprocessen	31
5.2.2.1	Barnets bästa	32
5.2.2.2	Barnets vilja och rätt att komma till tals	33
5.2.3	Praxis förvaltningsprocessen	34
6	ANALYS	35
6.1	Barnkonventionens påverkan för barns processuella ställning	35
6.2	Jämförelse mellan vårdnadsmål och LVU-mål	37
6.2.1	Krav på samförstånd mellan föräldrar	38
6.2.2	Barn och föräldrars motstående intressen	39
6.3	Barns processuella ställning	40
6.3.1	Barns företrädare	41
6.3.1.1	Vårdnadshavare som företrädare	41
6.3.1.2	Eget ombud	42
6.3.2	Barnets bästa i svensk rättstillämpning	43
6.4	Processregler utifrån vad som är barnets bästa?	44
7	AVSLUTANDE KOMMENTAR	46
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	48
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	51

Summary

The essay *Children's legal status and participation in family law proceedings, and the best interests of the child* discusses children's participation and legal status in family law proceedings concerning custody, residence and access. A comparison is made between custody proceedings and statutory care proceedings.

As a result of Sweden's ratification of the UN convention on the Rights of the Child (The Child Convention) an explicit prescription has been inserted in the Parental Code and in the Care of Young Persons Act, stating that the best interests of the child shall be the primary consideration. Children also have the right to state their views in cases and proceedings affecting them personally. The child's wishes shall be considered in relation to the child's age and maturity. The premises in the two compared proceedings are therefore the same. Nevertheless the way of looking at children's participation differs quite a lot between the two examined proceedings. In cases concerning statutory care children can be parties and, from the age of 15, make procedural decisions. The child is also entitled to a public counsel and a child under 15 years of age is represented in the proceeding by a legal representative. Further more they have the right to obtain relevant information about the case. In custody cases children have no such rights.

The question of the way in which children should participate in family law proceedings is one of the most discussed issues in Swedish family law. The issue of increased procedural rights for children was last discussed in the ministerial memorandum, Ds 2002:13 (Exercise of children's rights in family law proceedings, in Sweden) but was rejected due to the costs aspects and the fact that children would then risk getting into a loyalty conflict between the disputing parents. By contrast it is suggested that children shall be granted the right to receive all relevant information, and assistance in particularly problematic custody cases.

In the analytical part of the essay it is ascertained that children's legal status must be improved if the best interests of the child shall be de facto *the primary* consideration in custody rulings. If children, in a meaningful way, shall be able to influence the ruling they have to be entitled to a more extensive participation. The participation ought to be granted either by implementation of corresponding rights as those of the children in statutory care cases or by entitlement of a separate representative for all children who are part of a custody proceeding. The representative should determine the views of the child and present these views to the judicial authority and present the best interests of the child irrespective of the parents' interests.

Granting children increased procedural rights would also correspond with the principles proclaimed in the Child Convention regarding the child as a unique individual with inherent dignity, equal and inalienable rights.

Sammanfattning

Arbetet behandlar barns deltagande och rättsliga ställning i vårdnadstvister. En jämförelse görs mellan civilrättsliga vårdnadsmål och offentlighetsrättsliga mål om tvångsomhändertagande av barn enligt LVU.

En grundläggande princip i det kontradiktoriska tvistemålsförfarandet är att den som har ett av rättsordningen skyddat intresse även har talerätt om saken. Arbetet syftar till att undersöka hur denna grundsats överensstämmer med barnets roll i vårdnadsmål.

Som ett resultat av Sveriges ratifikation av FN:s barnkonvention har det i FB och LVU införts uttryckliga regler om att barnets bästa skall vara avgörande vid alla beslut som fattas. Det finns vidare uttryckliga stadganden om att barnets vilja skall tillmätas betydelse med hänsyn tagen till barnets ålder och mognad. Utgångspunkten i de två jämförda måltyperna är således densamma. Synen på barn och barns deltagande skiljer sig emellertid markant åt. I LVU-mål har barn tillerkänts partsrättigheter och processbehörighet från 15 års ålder. De har dessutom rätt att få relevant information om vad målet eller ärendet rör. Några motsvarande rättigheter finns inte för barn i vårdnadsmål.

Barns ställning i vårdnadsmål är ett av familjerättens mest diskuterade ämnen. Frågan om utvidgade partsrättigheter för barn behandlades senast i departementspromemorian *Utövande av barns rättigheter i familjerättsprocesser* men förkastades med anledning av kostnadsskäl och för att barn vid utvidgade partsrättigheter anses hamna i en onödig lojalitetskonflikt mellan föräldrarna. Vad som däremot föreslås är att barn skall få tillgång till ett biträde i särskilt konfliktyllda mål samt att barn ska ha rätt att erhålla relevant information om vad tvisten rör.

I arbetets analytiska del konstateras att barns ställning behöver stärkas för att avgöranden i vårdnadsmålen de facto skall kunna fattas utifrån vad som är barnets bästa. För att barn på ett betydelsefullt vis ska kunna påverka tvisten krävs att de har rätt att delta på ett mer omfattande sätt än vad som sker idag. Hur deltagande skall utformas bör ske antingen genom ett införande av partsrättigheter motsvarande dem som återfinns i LVU-processen eller genom att alla barn som är föremål för en vårdnadstvist ges rätt till ett biträde. Biträdets uppgift skall vara att, oberoende av föräldrarnas intressen, företräda barnet, informera barnet om tvisten, förmedla barnet synpunkter och i övrigt presentera vad som skulle vara barnets bästa.

Att stärka barns processuella ställning skulle även markera att det är barnets rätt till omvårdnad, ett tryggt boende och umgänge med sina föräldrar som tvisten behandlar, inte föräldrarnas rätt. I enlighet med barnkonventionens grundläggande utgångspunkter skulle barnets självständiga ställning som egen individ med okränkbart människovärde framhävas.

Förkortningar

Barnkonventionen	FN:s konvention om barnets rättigheter
BO	Barnombudsmannen
Ds	Departementsserien
FB	Föräldrabalk (1949:381)
FPL	Förvaltningsprocesslag (1971:291)
HD	Högsta domstolen
LSF	Lag (1999:997) om särskild företrädare för barn
LVU	Lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga
NJA	Nytt juridiskt arkiv
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RH	Rättsfall från hovrätterna
RÅ	Regeringsrättens årsbok
RegR	Regeringsrätten
SoL	Socialtjänstlag (2001:453)
Utövandekonventionen	Europeisk konvention om utövandet av barns rättigheter
ÄktB	Äktenskapsbalk (1987:230)

1 Inledning

1900-talet har definierats som barnets århundrade¹ och synen på barn har förändrats från egendom till egen individ. Vi befinner oss idag en bit in på det nya 2000-talet och barnrätten fortsätter att utvecklas både nationellt och internationellt. Det anses idag närmast som självklart att barn ska ha rätt till omvårdnad, trygghet och kontinuitet i sin uppväxtmiljö, psykisk och fysisk omsorg samt möjlighet att utvecklas. Barn skall dessutom behandlas som egna individer och deras åsikter skall respekteras. Barnets rättigheter gentemot sina föräldrar/vårdnadshavare har härmed fått en alltmer framträdande plats i samhället.

Att barn numera ses som möjliga bärare av rättigheter är således alltmer accepterat, det är dock inte lika självklart vem som är skyldig att se till att dessa införlivas. Genom FB åläggs föräldrarna huvudansvaret för sina barn. Samhällets uppgift har angetts till att stödja och komplettera föräldrarna så att goda och trygga uppväxtvillkor kan garanteras för alla barn.² Det står härmed klart att barnets rättigheter till största del skall tillförsäkras i barnets hem.

Arbetet behandlar just de tvister som kan uppstå kring ett barns hemförhållanden. Vare sig det handlar om så allvarliga missförhållanden i hemmiljön att ett tvångsingripande är nödvändigt och barnet placeras för vård utanför hemmet, eller om tvisten är ett resultat av att föräldrarna inte kan lösa sina inbördes förhållanden till varandra och barnet, har tvisterna det gemensamt att det är frågan om genomgående förändringar i barnets liv och hemförhållanden. I båda fallen blir det en rättslig fråga om vem som skall tillförsäkra barnet dess genomgående rättigheter.

Det är i båda fall tvister som rör barnets vårdnads-, hem- och umgängesförhållanden. Det vill säga tvister som rör just den plattform där barnets grundläggande rättigheter skall införlivas. Tvisterna som sådana har det gemensamt att ett ansvar ligger på domstolen att målet blir tillräckligt utrett. Likaså skall de beslut som fattas tas med avgörande i vad som är barnets bästa. Inga andra intressen kan i något avgörande gå före.

Tvisterna har dock likaså utmärkande skillnader. I LVU-mål är det ett missförhållande i hemmiljön³ som ligger till grund, och frågan rör om ansvaret för barnets omvårdnad skall övergå från vårdnadshavarna till samhället. Några jämförliga brister i omsorgen av barnet behöver inte ligga till grund för tvisten i de civilrättsliga målen.

¹ Ellen Key myntade begreppet i sin bok *Barnets århundrade* som utkom år 1900.

² Prop. 1997/98:182 s. 6.

³ Tvångsomhändertagande kan även bli aktuellt på grund av den unges eget beteende men de fallen behandlas inte vidare i arbetet.

Utgångspunkt för arbetet tas i de regler om barns grundläggande rättigheter som återfinns i föräldrabalken samt i barnkonventionen. Hur dessa rättigheter tillförsäkras barn som en följd av domstolsprocesser kommer att belysas. Det är särskilt principen om barnets bästa och hur den tillämpas i domstolsprocesser som utgör grundstommen i arbetet.

1.1 Syfte

En grundläggande princip i det kontradiktoriska tvistemålsförfarandet är att den som har ett av rättsordningen skyddat intresse även har talerätt om saken. Barns rätt till omvårdnad framgår som ovan redogjorts för av den svenska rätten men även av internationell rätt genom barnkonventionen. Denna barnets rätt får således sägas vara, i allra högsta grad, ett av rättsordningen skyddat intresse. Arbetet syftar till att undersöka hur denna grundläggande princip överensstämmer med barnets roll i rättsprocesser rörande barnets vårdnad, boende och umgänge. En jämförelse kommer att göras mellan indispositiva tvistemål som behandlar vårdnad, boende samt umgänge och offentlighetsliga mål rörande tvångsomhändertagande av barn enligt LVU.

Barn som en del av rättsprocessen har uppmärksammats och diskuterats under de senaste 25 åren. Barn har i dagsläget partställning i LVU-mål, rätt att bli informerade om vad tvisten rör samt rätt att göra sin inställning känd. Vad gäller vårdnadsmålen har barnet endast rätt att få sin vilja beaktad, en rätt som dock hör samman med barnets ålder och mognad.

1.2 Frågeställning

Vad som kommer att ifrågasättas är om utformningen av gällande rätt, avseende barns ställning i vårdnadsmål, är tillräcklig för att tillgodose kravet att barnets bästa skall vara avgörande vid frågor som rör vårdnad, boende och umgänge. Barns rätt att komma till tals har alltmer blivit en viktig och erkänd del i vårdnadstvister, men är det tillräckligt? Lagstiftaren har insett vikten av att höra barn och låta deras åsikter vara en del av processen. Men vad som kommer att utvecklas vidare är om en rätt att bli hörd är tillräcklig i dessa fall eller om det krävs att barn tillerkänns självständiga partsrättigheter för att barnets bästa, i realiteten, skall vara avgörande.

De frågeställningar som kommer att besvaras är;

- Huruvida barns ställning som intressent, med rätt att få sin vilja beaktad, i vårdnadstvister räcker för att uppfylla kravet på avgöranden utifrån barnets bästa?
- Behöver barn tillerkännas självständiga partsrättigheter i tvister om vårdnad, boende och umgänge?

- Bör det krävas att barn har en oberoende företrädare i dessa typer av mål?

1.3 Metod och materialval

I arbetet tillämpas en klassisk rättsdogmatisk metod. Den rättsdogmatiska metoden har sin utgångspunkt i befintliga rättskällor och innebär att vilka rättsregler som finns, eller vilka rättsregler som borde finnas, fastställs för att sedan beskriva hur dessa skall tillämpas och tolkas⁴. Lagstiftningen så som den är utformad i gällande rätt kommer i linje härmed att redogöras för. Utgångspunkt tas i de regler om barns grundläggande rättigheter som återfinns i föräldrabalken samt i barnkonventionen. Rättsfall från överrätter kommer att illustrera hur bedömningen av barnet bästa och barnet rätt att komma till tals tillämpas praktiskt. Arbetet utgår från ett *de lege lata* perspektiv, det vill säga utifrån de rättsregler som finns idag. Först i den avslutande analysen och i slutkommentaren kommer ett resonemang kring *de lege ferenda*, hur lagen borde vara, att föras.

Lagtext, förarbeten, rättspraxis och doktrin ligger till grund för arbetets deskriptiva del. Den rättspraxis som går att finna på området är begränsad. Vad gäller LVU-målen finns tydliga redogörelser för barnets vilja främst i mål som rör umgänge. Lagstiftningen om barns rätt till information i LVU-processen trädde ikraft i april 2008 vilken innebär att någon rättspraxis ännu inte finns på det området. Vad gäller praxis i civilrättsliga vårdnadsfall är det viktigt att ha i åtanke att de flesta tvister om barns vårdnad löses på ett tidigt stadium innan tvisten når domstol därav är utbudet av mål i överrätt begränsat. Hovrättsavgöranden har valts för att illustrera hur Högsta domstolens avgöranden har påverkat rättstillämpningen. I urvalet av domar finns samtliga vårdnadsavgöranden som fattats under 2008 från Svea Hovrätt med.

1.4 Avgränsningar och förtydliganden

Vad gäller civilrättsliga tvistemål kommer arbetet enbart att behandla barns processuella ställning i tvistemål som rör vårdnad, boende och umgänge. Det vill säga mål där tvisten rör barnets förhållande till dess rättsliga vårdnadshavare. Det rättsliga institutet vårdnadsöverflyttning till särskild förordnad vårdnadshavare kommer inte att behandlas inom ramen för arbetet. Barn kan även vara intressenter i till exempel mål om faderskap, underhållsmål och mål rörande icke ekonomiska rättigheter. Dessa typer av mål kommer på grund av arbetets omfattning inte att behandlas. Likaså kommer jämförelsen med offentlighetsrättsliga mål endast omfatta mål enligt LVU där tvisten behandlar tvångsomhändertagande av barn på grund av

⁴ Strömholm S., *Allmän rättslära: en första introduktion*, 1988, s. 9 ff.

missförhållanden i hemmiljön. Denna avgränsning har gjorts just på grund av den skiljande syn på barnets ställning gentemot sin vårdnadshavare som går att finna i dessa typer av mål. Samtidigt rör båda typerna av mål just barnets rätt till vårdnad, boende och umgänge men med den skillnad att det är olika personer eller samhällsorgan som anses som ansvariga för att dessa behov uppfylls. När begreppen *vårdnadsmål/vårdnadstvister* används avser det ett samlingsbegrepp för alla mål och ärenden som rör vårdnad, boende och umgänge.

Arbetets tyngdpunkt ligger på vårdnadsmålen och på barnets processuella ställning i dessa. Vad avser avsnitt 4.1 kommer den redovisade promemorian på grund därav endast att behandlas utifrån barns ställning i vårdnadstvister.

Arbetet behandlar barnets rättigheter. Med barn avses alla personer under 18 år. I LVU används begreppen barn och unga, detta på grund av att LVU i vissa fall även kan tillämpas på personer i åldersgruppen 18-20 år.

1.5 Disposition

Inledningsvis görs en genomgång av begrepp som har relevans för arbetets vidare framställning. Detta för att tydliggöra vad som menas med de olika partsrättigheterna som kommer att diskuteras utifrån barnets plats i rättsordningen. Barns rättigheter kommer först att presenteras utifrån internationell rätt med utgångspunkt i FN:s barnkonvention men även utifrån utövandekonventionen. Hur Sverige ställer sig till dessa internationella fördrag behandlas i varje avsnitt. Anledningen till att dessa internationella inslag finns med i arbetet är för att de på ett tydligt sett har stärkt barnets ställning som en självständig individ med okränkbart människovärde samt öppnat upp diskussionen om barns processuella rättigheter.

Efter den internationella utblicken fokuseras arbetet på den svenska rätten. Här är arbetets tyngdpunkt. Först presenteras civilrätten. Till att börja med görs en genomgång av hur vårdnadstvister handläggs i domstol. För att öka förståelsen för vad tvisterna rör sig om följer en genomgång av den rättsliga innebörden av vårdnad, boende och umgänge. Avsnittet avslutas med en redovisning för barnets plats i rättsprocessen utifrån grundläggande begrepp som *barnets bästa* och *barnets rätt att komma till tals*. Praxis behandlas för att utröna hur rättstillämpningen ställer sig till barnets roll i processen, hur bedömningen av vad som är barnets bästa görs samt hur barnets vilja kan påverka utgången för målen. Arbetets nästa del behandlar förvaltningsprocessen. Liksom under avsnittet för civilprocessen görs en genomgång av hur mål enligt LVU handläggs i domstol, vad det rättsligt betyder att ett barn tvångsomhändertaras samt vilken roll barnet tillerkänns i processen. Utgångspunkten är likaså här *barnets bästa* och *barnets rätt att komma till tals*. Praxis redogörs för utifrån dessa begrepp.

Analysen bygger på en jämförelse mellan vårdnadsmål och mål om tvångsomhändertagande. Inledningsvis görs en genomgång av hur den redovisade internationella rätten har påverkat barnets ställning i rättsprocesser. Allmänna skillnader och likheter mellan vårdnadsmål och LVU-mål redogörs för därefter. Diskussionen går sedan över till de intressekonflikter som kan föreligga mellan vårdnadshavare och barn i båda typerna av processer samt hur lagstiftaren ställer sig till denna möjliga konflikt. Barns övergripande processuella ställning utgör nästa del med fokusering på hur barn företräds samt vad som är att anse som barnets bästa. Här syns en tydlig skillnad från lagstiftarens sida i de båda processerna. Avslutningsvis i analysdelen besvaras den övergripande frågan om civilrättens processregler i vårdnadsmål är utformade utifrån barnets bästa och om så inte är fallet hur avgörandet då kan vara taget utifrån vad som är bäst för barnet.

Arbetet avslutas med en sammanfattning samt författarens egna kommentarer till det gällande rättsläget och vissa förslag inför framtiden.

2 Definitioner

Barnets roll i processer som rör deras personliga angelägenheter varierar beroende av om processen förs som civilprocess i allmän domstol eller som offentlighetslig process i förvaltningsdomstol. Lagstiftarens syn på barnets roll och deras behov av att ta plats i dessa processer skiljer sig. En viktig skillnad ligger i synen på relationen mellan barnet och dess förälder/vårdnadshavare. I processer om tvångsvård ses till det motstående intresse som kan föreligga mellan dessa två parter medan det i tvistemål förutsätts att föräldern ser till vad som är bäst för barnet och att det inte behövs någon ytterligare representation för barnet i dessa processer. För att öka förståelsen för vad det innebär att inneha processrättigheter görs nedan en genomgång av innebörden av partsbehörighet, processbehörighet, talerätt, rättegångsombud och ställföreträdare.

2.1 Partsbehörighet

Av 11:1 1 st RB framgår att alla fysiska personer har partsbehörighet. Partsbehörigheten hänger samman med förmågan att vara bärare av rättigheter och skyldigheter, det vill säga med den civilrättsliga rättssubjektiviteten. I och med att alla fysiska personer är rättssubjekt är de även partsbehöriga. För att uppnå partsställning i ett visst mål, och därmed talerätt, krävs dock att saken i målet rör personen på ett sådant sätt att partsställning kan uppnås.⁵

2.2 Processbehörighet

Med processbehörighet avses behörighet för part att själv eller genom befullmäktigat ombud vara verksam i processen. Den som visserligen är partsbehörig kan således sakna processbehörighet. Är detta fallet tillkommer processbehörigheten partens ställföreträdare. Processbehörighet för fysiska personer hänger samman med att personen saknar civilrättslig handlingsförmåga, det vill säga förmåga att själv företa rättshandlingar. Det råder således korrespondens mellan processbehörighet och rättshandlingsförmåga. Som huvudregler gäller följaktligen att part är processbehörig endast i den mån individen ifråga civilrättsligt kan förfoga över det som processen rör sig om. Ett rättssubjekts processbehörighet kan vara total eller partiell. Barn saknar som huvudregel helt processbehörighet. Barn som på grund av sin ålder saknar rätthandlingsförmåga kan inte själv utöva sin talerätt. Barn har emellertid talerätt i vissa fall i mål gällande äktenskap, faderskap och vissa andra processer som är av icke ekonomiskt

⁵ Mattsson T., *Barnet och rättsprocessen, Rättssäkerhet, integritetskydd och autonomi i samband med beslut om tvångsvård*, 2002, s. 168.

slag.⁶ Vad gäller mål om hävande av faderskapspresumtionen anses barnet själv kunna föra talan om det fyllt 15 och bedöms ha den mognad som krävs för uppgiften.⁷ I mål och ärenden enligt LVU är barn från 15 års ålder processbehöriga och kan själva föra sin talan.⁸

2.3 Talerätt

Talerätt innebär en rätt att vara part i rättegång såvida man har ett av rättsordningen erkänt intresse i den sak som rättegången gäller. För att ha talerätt krävs alltså normalt en viss anknytning till saken målet berör.⁹ Talerätten kan vara generell eller inskränkt. Talerätten innebär normalt initiativrätt, argumentationsrätt, rätt att vidta processhandlingar och överklaganderätt. Men det innebär även att man själv kan bli ålagd att utträda som motpart eller som svarande.¹⁰

Talerätt skall inte sammanblandas med partsbehörighet eller processbehörighet. En partsbehörig person kan sakna talerätt i mål av visst bestämt slag och talerätten sammanhänger sålunda inte med rättssubjektiviteten. Processbehörigheten skiljer sig från talerätten genom att bristande talerätt inte kan avhjälpas genom att en ställföreträdare utför partens talan. Ett rättssubjekt som saknar talerätt kan således överhuvudtaget inte vara part i målet om den ifrågavarande saken.¹¹

Barn har i regel ingen talerätt i mål om vårdnad, umgänge och boende. Däremot har barn vid mål rörande tvångsombändertagande givits talerätt på grund av att det i dessa typer av mål har ansetts vara fråga om att skydda barnet och att tillgodose dess vårdbehov. Det har därför ansetts mer naturligt att i sådana tvister ge barn partsställning.¹² Per Olof Ekelöf framför att anledningen till att barn saknar talerätt i vårdnadsprocesser hänger samman med synen om att barn traditionellt sett inte anses ingå i den närmaste kretsen av intressenter vid sådana mål.¹³

2.4 Rättegångsombud

I Sverige finns inget tvång att part måste företrädas av advokat, eller annan behörig person, i domstol. Ett rättegångsombud är emellertid ett processuellt institut som medför en rätt för en processbehörig part att föra sin talan genom annan.¹⁴ Det finns inga krav på att ett rättegångsombud ska vara

⁶ Ekelöf P. O., Boman R., *Rättegång andra häftet*, 1996, s. 50 f.

⁷ Walin G., Vängby S., *Föräldraskapet, En kommentar*, 2007, s. 3:10 ff.

⁸ LVU 36 § 1 st.

⁹ Prop. 1994/95:224 s. 14.

¹⁰ SOU 1987:7 s. 58.

¹¹ Ekelöf P. O., Boman R., 1996, s. 55.

¹² Mattsson T., 2002, s. 169.

¹³ Ekelöf P. O., Boman R., 1996, s. 80.

¹⁴ RB 12 kap. 1 §.

advokat eller ha avlagt juridisk examen. Ombudet skall av domstolen bedömas vara lämplig att vara ombud i målet, lämpligheten avgörs med hänsyn tagen till redbarhet, insikt och tidigare verksamhet.¹⁵ Vill part föra talan genom ombud krävs att ombudet har fullmakt från parten.¹⁶ För att ett ombud skall få väcka talan och motta stämning i ett indispositivt tvistemål krävs att det särskilt framgår av fullmakten att ombudet har behörighet därtill. Ombudets roll är att företräda part i mål och ärende. De processhandlingar som ombudet företar i processen har samma betydelse som om part själv utfört sin talan. Ombudet utesluter inte en parts plats i processen utan parten kan vara personligt verksam även om han/hon har befullmäktigat ett ombud.¹⁷

Part kan även anlita ett rättegångsbiträde vid utförandet av sin talan. För ett biträde gäller samma behörighetsvillkor som för ett rättegångsombud. Däremot är ett biträdes behörighet långt mer begränsad än ett ombuds. Ett biträde är endast behörigt att handla inför rätten i parts närvaro.¹⁸

2.5 Ställföreträdare

Den som saknar processbehörighet företräds av ställföreträdare. För barn gäller normalt att barnets vårdnadshavare eller förmyndare företräder barnet i rättsliga angelägenheter. Ställföreträdaren har liksom ett rättegångsombud ställning av representant för den ifrågavarande parten och för talan i partens namn. Vad ställföreträdaren företar i processen är bindande för parten och det är parten som träffas av domens rättsföljd. Ställföreträdarens behörighet grundar sig på lag eller myndighets förordnande.¹⁹

Avseende mål och ärenden enligt LVU gäller sedan januari 1996 att barn under 15 år, det vill säga de barn som i processen inte själva är processberörda, har ytterligare en ställföreträdare förutom vårdnadshavaren. Den som har förordnats som offentligt biträde är även ställföreträdare för barnet.²⁰ Genom ställföreträdare får barnet en självständig ställning gentemot sin vårdnadshavare och kan därmed överklaga beslutet samt vidta andra processhandlingar utan vårdnadshavarens samtycke. I egenskap av ställföreträdare skall han/hon företräda barnet i processen och framföra de åsikter och önskemål som barnet har. Skulle ställföreträdaren ha en annan uppfattning skall han/hon framföra den ställning som han/hon anser bäst tjänar barnets intresse. Ställföreträdaren är samtidigt barnets offentliga biträde och skall i den egenskapen ta till vara barnets bästa i olika hänseenden. I det ligger att fungera som barnets rådgivare samt bevaka att nödvändig utredning

¹⁵ RB 12 kap. 2 §.

¹⁶ RB 12 kap. 8 §.

¹⁷ Ekelöf P. O., Boman R., 1996, s. 86 f.

¹⁸ RB 12 kap. 22 §.

¹⁹ Ekelöf P. O., Boman R., 1996, s. 100 f.

²⁰ LVU 36 § 2 st.

angående barnets person, t.ex. utlåtanden från barnpsykologer eller annan expertis, inhämtas.²¹

Inga krav på specialkompetens angående barn och barns situation ställs på offentligt biträde enligt LVU. Frågan diskuterades vid 1996 års genomsyn av lagen. Men det bedömdes inte som nödvändigt. I propositionen pekas på att det offentliga biträdet kan inhämta kunskaper genom utredningar eller experthjälp om han/hon inte själv besitter särskilda sakkunskaper om barn.²² Detta kan jämföras med den särskilda företrädare som skall utses för barn enligt LSF när det finns anledning att anta att brott som kan föranleda fängelse har begåtts mot någon som är under 18, och dess vårdnadshavare kan misstänkas för brottet.²³ Lagen gäller endast vid brottsmisstanke och är tekniskt sett inte av intresse för arbetet men de krav som ställs på barnets företrädare är ändå av vikt. Till företrädare för barnet får endast den förordnas som på grund av sina kunskaper och erfarenheter samt personliga egenskaper är lämpad för uppdraget.²⁴ De personliga egenskaperna har särskilt betonats. En grundförutsättning anses vara att företrädaren skall ha en stor förmåga att sätta sig in i barnets situation, att kommunicera med barnet och att vinna dess förtroende.²⁵

I civilrättsliga vårdnadsmål har barn inga processuella rättigheter och har därmed inte heller någon ställföreträdare. Däremot anses det godtagbart att föräldrarna i sin egenskap av vårdnadshavare framför barnets åsikter och vad som skulle vara bäst för barnet i domstolsprocessen.

²¹ Prop. 1994/95:224 s. 57.

²² Prop 1994/95:224 s. 48 f.

²³ LSF 1 § 1 st.

²⁴ LSF 5 §.

²⁵ Prop. 1998/99:133 s. 33 f.

3 FN:s barnkonvention

Barnkonventionen antogs den 20 november 1989 av FN:s generalförsamling. Den tillkom efter ett initiativ som framlades av Polen under det internationella barnåret 1979. Syftet med konventionen var bland annat att stärka *barnets* rättigheter och skapades som ett komplement till övriga mänskliga rättigheter som gäller såväl barn som vuxna. Intentionen med barnkonvention kan härledas ur den grundläggande tanken som präglar hela konventionen att barn har fullt och lika människovärde och således inte är mindre värda än vuxna men att barn är sårbara och behöver särskilt stöd och skydd.²⁶

Konventionen består av en preambel och 54 artiklar. De materiella artiklarna stadgar barns rätt att få sina grundläggande behov och rättigheter tillgodosedda. Det är individen som skyddas av konventionen, det vill säga det enskilda barnet. Sverige undertecknade och godkände konventionens innehåll utan förbehåll. Det är idag endast USA och Somalia som enbart har signerat men inte ratificerat konventionen.²⁷

Genom ratificeringen 1990 har Sverige ett folkrättsligt ansvar att följa konventionens bestämmelser. Det finns dock ingen domstol att vända sig till eller andra sanktioner att tillgå om en stat inte följer konventionen. Konventionens efterlevnad bygger istället på konventionsstaternas vilja och de inhemska regler de sätter upp för dess efterlevnad.²⁸ Barnkonventionen är en folkrättslig traktat vilket innebär att det är staterna som är bundna av bestämmelserna, inte enskilda medborgare. Trots detta behandlar traktaten bland annat även det rättsliga förhållandet mellan föräldrar och barn²⁹.

I och med att Sverige har ratificerat men inte inkorporerat traktatstexten i svensk lag, är barnkonventionen inte direkt tillämplig i svensk rätt och domstolarna är inte bundna av konventionens artiklar som svensk lag. Däremot skall, enligt principen om fördragskonform tolkning, konventionsbestämmelserna användas när man tolkar svensk rätt, och tolkningen skall ske i fördragsvänlig anda.³⁰

Frågan om inkorporering av barnkonventionen i svensk lag har diskuterats vid ett flertal tillfällen. Under hösten 1995 behandlades frågan i riksdagen och konstitutionsutskottet framlade ståndpunkten att någon inkorporering inte skulle ske³¹. 1996 tillsattes en parlamentarisk kommitté, barnkommittén, med uppgift att bland annat se hur svensk lag överensstämmer med barnkonventionen. Kommittén kom till slutsatsen att

²⁶ Prop. 1989/90:107 s. 5 ff.

²⁷ Dahlstrand L., *Barns deltagande i familjerättsliga processer*, 2004, s. 28.

²⁸ Mattsson T., 2002, s. 124 f.

²⁹ Se t ex artikel 5 och 18

³⁰ Prop. 1993/94:117 s. 37 f. och 74 f.

³¹ Se bet. 1995/96:SoU4 och 1995/96:KU2y

det inte fanns anledning att inkorporera barnkonventionen i svensk rätt. Vidare anförde den att barn inte skulle ha något att vinna på en sådan åtgärd utan konventionen skall istället användas som ett instrument för fortgående förändring i syfte att förbättra barns ställning på alla områden.³²

I barnkonventionen kan fyra huvudprinciper utläsas som präglar konventionens grundsyn. Dessa är *rätten till liv*, artikel 6, *alla barns lika värde och lika rättigheter*, artikel 2, principen om *barnets bästa*, artikel 3 samt principen om *barnets deltagande* i beslut som rör barnet, artikel 12. Principerna är styrande för tolkning av konventionens övriga artiklar, men har även en egen självständig betydelse. Vad som dock skall observeras är att konventionen skall ses som en helhet och dess artiklar skall inte tolkas isolerade ifrån varandra.³³

Av särskilt intresse för att se till barns processuella ställning är således artikel 3 och artikel 12 som nedan kommer att redogöras för närmare.

3.1 Artikel 3 Barnets bästa

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

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

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

Artikel tre berör i första hand åtgärder vidtagna av offentliga myndigheter. Den svenska översättningen fastställer att barnets bästa ska komma i *främsta* rummet vid alla åtgärder som rör barn. Medan den engelska originaltexten stadgar att barnets bästa ska vara *a primary consideration*, inte *the primary consideration*. Den engelska originaltexten ger således uttryck för att en avvägning skall göras mellan barnets bästa och andra intressen. Konventionen kräver alltså inte att barnets bästa alltid ska vara utslagsgivande vid beslut, men barnets bästa ska vara en tungt vägande faktor när beslut som rör barn fattas. I de fall andra intressen väger tyngre krävs att beslutande myndigheter kan visa att en sammanvägning av relevanta intressen har gjorts i det enskilda fallet. Att en liknande

³² SOU 1997:115 s. 115.

³³ Prop. 1997/98:182 s. 9.

bedömning får göras även i den svenska texten framgår inte av den svenska översättning men likväl av förarbetena³⁴.

Vad som är att anse som barnets bästa definieras däremot inte i konventionen. Vad som enligt barnkonventionen skall vara att anse som barnets bästa diskuterades av barnkommittén i dess slutrapport. Barnkommittén belyser särskilt FN-kommitténs synsätt om att konventionen skall ses som en helhet och att bedömningen av barnets bästa skall göras med hänsyn särskilt tagen till icke-diskrimineringsprincipen, barnets rätt till utveckling och barnets rätt att komma till tals. Av denna hänvisning drar barnkommittén slutsatsen att man som beslutsfattare skall tala med det berörda barnet för att utröna vad som är förenligt med barnets bästa i det enskilda fallet. Barnkommitténs slutsats var att en kombination av vetenskap och beprövad erfarenhet å ena sidan tillsammans med att man låter barnet själv komma till tals och uttrycka sin åsikt och sina tankar om sin situation å andra sidan är en önskvärd metod för bedömningen av vad som är barnets bästa.³⁵

Vad man här skall uppmärksamma är att varken barnkonventionen eller barnkommittén ger svar på hur prövningen skall göras om den objektiva och den subjektiva bedömningen av vad som är bäst för barnet står i motsats till varandra. Denna brist har uppmärksammats och kritiserats av ett flertal författare³⁶. Hur man i svensk nationell rätt har valt att göra denna bedömning kommer att utvecklas och diskuteras nedan i avsnittet *Barnets bästa i svensk rättstillämpning*.

3.2 Artikel 12 Barns rätt att komma till tals

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

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

Artikeln ger barnet för det första möjlighet att delta i samband med att beslut som rör det fattas. För det andra påvisar artikeln en skyldighet för konventionsstaterna att beakta vad barnet framför.³⁷

³⁴ SOU 1997:116 s. 125 ff.

³⁵ SOU 1997:116 s. 134 f.

³⁶ Se bland andra Eklund H., *Barnkonventionen och barns processuella ställning*, 2004 s. 35 ff. och Singer A., *Föräldraskap i rättslig belysning*, 2000, s. 97 f.

³⁷ Mattsson T., 2002, s. 127 ff.

Artikel 12 ger barnet rätten att uttrycka sina åsikter. Den ålägger inte barnet någon motsvarande skyldighet. Det innebär att det helt är upp till barnet om det vill uttala sig. Det finns ingen nedre åldersgräns för när barn har rätt att uttrycka sig. Istället skall barnets åsikter tillmätas betydelse i förhållande till ålder och mognad. Det innebär att även små barn har rätt att bli hörda. Barnet behöver inte kunna kommunicera på samma sätt som vuxna. FN-kommittén betonade särskilt att även små barn har åsikter och det åligger myndigheterna att utveckla metoder för att även de minsta barnen skall kunna synliggöra sina åsikter.³⁸

Att enbart ge barnet *rätten* att uttrycka sina åsikter räcker inte för att uppfylla konventionens krav. Konventionsstaterna är även skyldiga att *beakta* de synpunkter som barnet framför. Graden av beaktande skall göras med hänsyn tagen till ålder och mognad hos det aktuella barnet. Båda kriterierna tillmätas samma betydelse. Det ges dock inget svar på, eller några riktlinjer för, hur bedömningen av barnets mognad skall göras utan det lämnas till konventionsstaterna att bestämma.³⁹

Konventionen ger inte heller svar på vilket sätt ett barn skall få komma till tals utan anger endast, i sin andra del, förslag på hur det kan komma att ske. Det finns således inget krav på att barn skall få komma till tals inför beslutsfattaren eller att det skall utses en särskild person som skall höra barnet. Som Mattsson⁴⁰ påpekar innebär det, enligt konventionen, att det kan anses tillräckligt att vårdnadshavaren formulerar barnets intresse.

Vid genomgången av hur Sverige uppfyller barnkonventionen uttalade barnkommittén att beträffande omfattning av vilka ärenden barn har rätt att bli hörda i innebär artikeln att det i praktiken inte finns någon begränsning överhuvudtaget av vilka frågor barnets rätt omfattar. Det råder således inget som helst tvivel om att barn har rätt att delta i beslut som rör dem personligen, som t ex vid frågor om vårdnad, boende och umgänge.⁴¹ Barnkommittén uttalade vidare att den gällande svenska ordningen gav barn en i stort tillfredsställande möjlighet att komma till tals i familjerättsmål och socialmål. Uppfattningen var att den svenska utformningen av hur barns hörs genom företrädare var fördelaktig till den del att barn personligen inte behövde höras i domstol.⁴²

³⁸ SOU 1997:116 s. 174 ff.

³⁹ Mattsson T., 2002, s. 129.

⁴⁰ Mattsson T., 2002, s. 129.

⁴¹ SOU 1997:116 s. 177.

⁴² SOU 1997:116 s. 202.

4 Utövandekonventionen

Den 25:e januari 1996 öppnades utövandekonventionen för undertecknade. Den är skapad inom ramen av Europarådet. Målet med konventionen är att förbättra barns rättsliga ställning i familjerättsliga processer och skall ses som ett komplement till FN:s barnkonvention. Dess övergripande syfte är att, för barns bästa, tillförsäkra barn processuella rättigheter och säkerställa att barn själva eller genom andra personer informeras och tillåts delta i förfaranden inför en judiciell myndighet som berör dem. Sverige har undertecknat konventionen men inte ratificerat den. Nedan redogörs för några av konventionens artiklar som är av särskild betydelse för arbetets vidare framställning.

Staterna åläggs i artikel 3 att tillförsäkra att barn får information och har möjlighet att redovisa sin inställning i rättsliga förfaranden som rör deras personliga angelägenheter. Barnet skall även informeras om de rättsliga följderna av deras uttalanden samt de möjliga följderna av ett rättsligt avgörande. Artikel 5 behandlar andra processuella rättigheter som konventionsstaterna frivilligt kan tillerkänna barn. I artikel 5 d uppmanas konventionsstaterna att överväga att ge barn processuella rättigheter.

Artikel 4 ger barnet rätt att självt eller genom ombud begära att en särskild företrädare förordnas. Detta gäller under förutsättning att vårdnadshavare, enligt inhemsk lag, hindras att företräda barnet på grund av en intressekonflikt mellan vårdnadshavaren och barnet. Det är den inhemska rättsordningen som avgör när en sådan intressekonflikt uppstår⁴³. I artikel 10 specificeras den särskilda företrädarens funktion. Denna skall, såvida det inte uppenbart strider mot barnets bästa, ge barnet relevant information, diskutera följderna av olika beslut med barnet samt klarlägga och redovisa barnets inställning. Rätten till särskild företrädare kan av konventionsstaterna inskränkas till att endast omfatta barn som anses ha uppnått tillräcklig mognad.

För Sveriges del skulle bestämmelsen i 5 d innebära att barn fick talerätt och processbehörighet i familjerättsliga processer. Konventionen kräver dock inte ett införande av partsrättigheter för barn, utan det är upp till varje stat att själv avgöra om de vill införa sådana rättigheter. Däremot ålägger konventionen staterna att som ett minimum tillförsäkra barn rätt till information samt rätt till bistånd av en vuxen i processen. Vissa delar har således brutits ut ur de fullständiga partsrättigheterna.⁴⁴

⁴³ Dahlstrand L., 2004, s. 118.

⁴⁴ Dahlstrand L., 2004, s. 117.

4.1 Ds 2002:13 Utövandet av barns rättigheter i familjerättsprocesser

Under 2001 tillsattes en utredning⁴⁵ för att föreslå på vilket sätt utövandekonventionen bäst kan införlivas i svensk rätt. Promemorians förslag har i augusti 2008 remissbehandlats men ännu inte resulterat i lagstiftning. Förslaget bereds i nuläget i regeringskansliet.

I promemorian föreslås att konventionen skall vara tillämplig på fem områden däribland vid mål och ärenden som rör vårdnad, boende och umgänge samt vid tillämpning enligt LVU. De valda områdena motiveras med att de är mål och ärenden som berör stora och betydelsefylla frågor i ett barns liv. Vårdnadsmål är även vanligt förekommande i domstol. Vad gäller LVU-mål uttalas att denna typ av mål har nära anknytning till de familjerättsliga målen och barnet befinner sig i dessa processer i en särskilt utsatt situation och de avgöranden som domstol och socialnämnd fattar kan innebära mycket ingripande konsekvenser för barnet.⁴⁶

Inledningsvis konstaterar utredaren att konventionens bestämmelser i huvudsak harmoniserar väl med gällande svensk rätt och att konventionen därför inte föranleder några mer ingripande lagstiftningsåtgärder.⁴⁷

Däremot med anledning av artikel 3 föreslås att barn i vårdnadstvister ges rätt, såvida det inte är olämpligt med hänsyn tagen till barnets ålder och mognad, att erhålla den information i sak som berör dem och som kan antas vara av betydelse för barnet. Barn skall även ha rätt att, oberoende av om domstol beslutar om en utredning eller inte, redovisa sin inställning. Barnet skall även informeras om de konsekvenser det rättsliga avgörandet har för barnet samt hur dess inställning kan påverka avgörandet.⁴⁸

Med anledning av artikel 5 d diskuteras barns partsställning och talerätt i mål rörande vårdnad, boende och umgänge. Utredaren avvisar emellertid tanken om att ge barn talerätt. Detta med hänvisning till de argument som anfördes i propositionen 1995/95: 224 om barns rätt att komma till tals, då frågan jämväl var uppe till diskussion. Utredaren menar att de argument som anfördes då, och som framför allt grundade sig i att man ville undvika att sätta barn i en lojalitetskonflikt mellan föräldrarna samt kostnadsaspekter, fortfarande måste anses vara lika aktuella. Vidare menar utredaren att det inte gör till eller från för barnet att ha varken en generell eller inskränkt talerätt eftersom barnets åsikter ändå inte kommer att beaktas i större utsträckning än vad föräldrarna är beredda att acceptera.⁴⁹

⁴⁵ Ds 2002:13.

⁴⁶ Ds 2002:13 s. 61.

⁴⁷ Ds 2002:13 s. 60.

⁴⁸ Ds 2002:13 s. 71 ff. och 80 ff.

⁴⁹ Ds 2002:13 s. 86 f.

Angående rätten till särskild företrädare, när föräldrarna är förhindrade att företräda barnet på grund av en intressekonflikt med barnet, i artikel 4 uttalas i promemorian att en dylik intressekonflikt, mellan barn och föräldrar, inte kan uppstå i svensk rätt vid mål och ärenden gällande vårdnad, boende och umgänge eftersom det endast är föräldrarna som har talerätt i sådana mål. Som förklaring hänvisas till att reglerna om talerätt i vårdnads mål bygger på uppfattningen att vårdnad är en rättighet och en skyldighet för föräldrarna och att det i linje därmed endast är föräldrarna som har talerätt i dylika mål och en intressekonflikt därför inte kan föreligga.⁵⁰

Däremot föreslås att barn under vissa omständigheter skall ges rätt till ett särskilt biträde i mål om vårdnad, boende och umgänge. Rättigheten skall dock inte vara förenad med några partsrättigheter. Förslaget grundas på artikel 5 b. Anledningen till förslaget är, enligt utredaren, att det inte kan uteslutas att ett sådant biträde kan underlätta barnets situation och väsentligt stärka barnets rätt. Rätten till biträde kommer dock enbart att omfatta mål som är särskilt konfliktfyllda, det vill säga när konflikten mellan föräldrarna är så svår och djup att de inte längre förmår se till barnets bästa. Som exempel framlyfts mål där den ena föräldern kommer med påståenden om misshandel eller sexuella övergrepp, eller då konflikten pågått under längre tid eller prövats av domstol flera gånger. Biträdet skall vara en utomstående person som enbart arbetar utifrån vad som är bäst för barnet och som försöker, utifrån barnets inställning och bästa, nå en samförståndslösning mellan föräldrarna. Ett av bitrådets viktigaste uppgifter blir således att försöka medla mellan föräldrarna för att nå en lösning på konflikten.⁵¹

Bland andra har BO kritiserat förslaget om särskilt biträde vid konfliktfyllda vårdnads mål. Kritik riktas särskilt mot att biträdet skall arbeta för en samförståndslösning, vilket BO menar förminskar bitrådets roll som företrädare för barnet och snarare bidrar till att ombudet övertar medlarens, domstolens eller socialtjänstens roll. Likaså anser BO att barns rätt till biträde inte skall begränsas till särskilt konfliktfyllda mål. BO framhåller att det inte kan förutsättas att barnets bästa har tillgodosetts om föräldrarna är överens. Att konflikten inte bedöms som särskilt konfliktfylld skall inte per automatik betyda att föräldrarna eller den som utfört vårdnadsutredningen har tagit barnets intresse i beaktande mer än i andra fall.⁵²

⁵⁰ Ds 2002:13 s. 83 och 121.

⁵¹ Ds 2002:13 s. 88 ff. och 106.

⁵² <http://www.bo.se/Adfinity.aspx?pageid=3458>.

5 Svensk rätt

5.1 Civilprocessen

Familjerättsliga tvister faller under det civilrättsliga tvistemålsförfarandet. Målen är indispositiva⁵³ vilket innebär att domstolen har en utredningsskyldighet och parterna kan inte förlikas i motsvarande mån som i dispositiva mål där parterna styr över processen. Hur processen går tillväga regleras i FB 20 kap. Det finns ingen specialdomstol för de familjerättsliga tvisterna utan de avgörs i allmän domstol. Vid huvudförhandling skall domstolen bestå av en domare och tre nämndemän⁵⁴.

En aspekt som särskiljer de familjerättsliga tvisterna är att de är de enda tvister där formell medling förekommer i form av samarbetsamtal. Rätten kan i och för sig även i andra typer av tvistemål uppmana parterna att förlikas⁵⁵ men förlikning är inte huvudsyftet bakom samarbetsamtalen. Samarbetsamtalens huvudsyfte är att komma till en samförståndslösning eller i vart fall skapa förståelse för den andra partens synpunkter.⁵⁶ Medlingen riktar sig mot frågor som rör vårdnad, boende och umgänge, det vill säga frågor som berör den rättsliga relationen mellan barn och förälder. Samarbetsamtal är inte obligatoriskt för att tvisten skall prövas av domstol. Om föräldrarna motsätter sig samtal tvingas de inte att genomgå dessa. Teoretiskt sett skulle domstolen kunna förordna om att samarbetsamtal skall ske men det anses inte produktivt att agera på det sättet bland annat därför att det inte finns några sanktionsmöjligheter att vidta om en förälder vägrar.⁵⁷

Rätten är skyldig att se till att frågor om vårdnad, boende och umgänge blir tillräckligt utredda. Innan ett avgörande i ovanstående måltyp skall socialnämnden ges tillfälle att lämna upplysningar. Har nämnden upplysningar som kan vara av betydelse för frågans bedömning är den skyldig att lämna sådana uppgifter. Om ytterligare utredning behövs får rätten ge socialnämnden eller annan nämnd i uppdrag att verkställa sådan. Om det inte är olämpligt skall den som verkställer utredningen försöka klarlägga barnets inställning och redovisa den för rätten. Nämnden skall överlämna förslag till beslut.⁵⁸ Det är alltså socialnämnden som har det primära ansvaret för att höra barn i vårdnadsfall. Den som genomför utredningen skall träffa barnet och ställa frågor som kan ge kunskap om barnets inställning. Om det enligt utredaren inte varit lämpligt att ställa frågor till barnet, bör det noteras i utredningen samt skälen härtill.⁵⁹

⁵³ FB 6 kap. 19 § 1 st.

⁵⁴ FB 20 kap. 1 § och ÄktB 14 kap. 17 §.

⁵⁵ RB 42 kap. 17 §.

⁵⁶ Prop. 1990/91:8 s. 27.

⁵⁷ Ryrstedt E., *Tvistlösning mellan separerade föräldrar – för barnets bästa*, 2007 s. 400 f.

⁵⁸ FB 6 kap. 19 §.

⁵⁹ Prop. 1994/95:224 s. 55.

Domstolens beslutandekompetens, avseende relationen mellan föräldrar och barn, omfattar endast frågor som rör vårdnad, boende och umgänge. Detta innebär att domstolen till exempel inte kan besluta om var barnet skall gå i skola eller huruvida den ena föräldern kan ta med barnet utomlands under en skolledighet. Istället har lagstiftaren intagit en ställning som tydligt markerar önskan om att föräldrar med gemensam vårdnad skall komma överens.⁶⁰

Vad gäller vårdnaden kan rätten besluta om den skall vara ensam eller gemensam. Den gemensamma vårdnadsformen är norm idag men kan inte utdömas om båda föräldrarna motsätter sig det. Vid bedömning av vårdnadsfrågan skall rätten fästa särskilt avseende vid föräldrarnas förmåga att samarbeta i frågor som rör barnet.⁶¹ Gemensam vårdnad förutsätter alltså att föräldrarna har ett någorlunda problemfritt samarbete. Det uttalas i förarbeten till lagen att om föräldrarna saknar förmåga att sätta barnets bästa före den egna konflikten färgar det omvårdnaden av barnet och gemensam vårdnad skall då inte användas som ett medel för att tvinga föräldrarna att samarbeta. Ingen av föräldrarna behöver i sig vara olämplig som vårdnadshavare, men deras oförmåga att samarbeta medför att en av dem tilldöms ensam vårdnad. I vilken grad vårdnadshavaren kan främja en nära och god relation mellan barnet och den icke vårdnadshavande föräldern blir då en av bedömningsgrunderna för vem av föräldrarna som skall tilldömas vårdnaden om de båda anses som lämpliga.⁶²

I frågan om boende kan rätten besluta om växelvis boende eller boende hos den ena vårdnadshavaren. Beslutet om var boendet skall vara torde enbart gälla den adress där boföräldern är bosatt vid tidpunkten för talan.⁶³ Likaså understryks i propositionen att ett växelvis boende kräver att föräldrarna kan samarbeta samt uppvisa flexibilitet och insikt i att barnets behov av boende förändras genom tiden beroende av exempelvis kamratkontakter och fritidsaktiviteter.⁶⁴ Schiratzki ifrågasätter om en sådan flexibilitet som eftersträvas kan anses vara kännetecknade för de föräldrar som drar boendefrågan inför domstol.⁶⁵ Ett ifrågasättande som bör observeras och som återkommer senare i arbetet.

På vilket sätt umgänget skall utformas finns det inga direkta bestämmelser om utan domstolen gör en in casu bedömning i det enskilda fallet. Domstolen kan dock i undantagsfall besluta om att umgänget skall ske på annat sätt än genom att barn och förälder träffar varandra. Umgänge genom annan kontakt kan innebära till exempel telefon- eller brevkontakt.⁶⁶ Normen för hur umgänget fördelas grundas på praxis. Det är uttalat att

⁶⁰ Schiratzki J., *Barnrättens grunder*, 2005, s. 94 ff. och Ryrstedt E., 2007, s. 404.

⁶¹ FB 6 kap. 5 §.

⁶² Prop. 2005/06:99 s. 51.

⁶³ Ryrstedt E., 2007, s. 404.

⁶⁴ Prop. 2005/06:99 s. 54.

⁶⁵ Schiratzki J., *Nya regler om vårdnad*, 2006, s. 57.

⁶⁶ FB 6 kap. 15 §.

umgänge mellan barn och föräldrar är bra för barnet och det är en av bedömningsgrunderna för vad som kan anses ligga i *barnets bästa* att en nära och god relation med båda föräldrarna upprätthålls.

5.1.1 Innebörd av vårdnad, boende och umgänge

Innebörden av den rättsliga vårdnaden regleras i 6:e kapitlet FB, där barnets rätt till omvårdnad, trygghet och god fostran markeras. Barnet skall behandlas med aktning för sin person och egenart och får inte utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling.⁶⁷ Vidare markeras att det är vårdnadshavaren som har rätt och skyldighet att bestämma i frågor som rör barnets personliga angelägenheter.⁶⁸ Den som har vårdnaden om ett barn har ansvaret för att dessa grundsatser förverkligas samt att barnet får en tillfredsställande försörjning och utbildning.⁶⁹ Att vara vårdnadshavare innebär normalt även att vara förmyndare för barnet och därmed ha ansvaret för barnets ekonomiska angelägenheter.⁷⁰ I syfte att förhindra att barnet orsakar skada för annan skall vårdnadshavaren se till att barnet står under uppsikt eller att andra lämpliga åtgärder vidtas.⁷¹

Barnets står automatiskt under båda föräldrarnas vårdnad om de är gifta med varandra vid barnets födelse. Om så inte är fallet står barnet under moderns vårdnad ensam. Ingår föräldrarna senare äktenskap, med varandra, kommer barnet från den tidpunkten att stå under deras gemensamma vårdnad såvida rätten inte dessförinnan anförtrott vårdnaden åt en eller två särskilt förordnade vårdnadshavare.⁷²

Ogifta föräldrar kan genom registrering i samband med fastställelse av faderskapet anmäla till socialnämnden att de vill ha gemensam vårdnad. Anmälan kan även göras till skatteverket men det kräver att både barnet och föräldrarna är svenska medborgare. Ingen prövning görs av vad som är bäst för barnet i dessa fall.⁷³

Likaså kan rätten på talan av båda föräldrarna besluta om gemensam vårdnad, rätten skall då besluta i enlighet med föräldrarnas önskan såvida gemensam vårdnad inte är uppenbart oförenligt för barnets bästa.⁷⁴ Står barnet under vårdnad av båda föräldrarna eller en av dem och vill någon av dem få till en förändring i vårdnaden kan den förälder som önskar få till stånd en förändring väcka talan härom i domstol.⁷⁵

⁶⁷ FB 6 kap. 1 §.

⁶⁸ FB 6 kap. 11 §.

⁶⁹ FB 6 kap. 2 §.

⁷⁰ FB 10 kap. 2 §.

⁷¹ FB 6 kap. 2 § 2 st.

⁷² FB 6 kap. 3 §.

⁷³ FB 6 kap. 4 §.

⁷⁴ FB 6 kap. 4 § 1 st.

⁷⁵ FB 6 kap. 5 § 1 st.

Föräldrar kan även skriftligt avtala om vårdnaden av sitt barn. Ett sådant avtal skall för att vara giltigt godkännas av socialnämnden. Socialnämnden godkänner avtal om gemensam vårdnad såvida det inte är uppenbart oförenligt med barnets bästa.⁷⁶ Det förutsätts i allmänhet att föräldrars överenskommelser om vårdnad, boende och umgänge stämmer överens med vad som är barnets bästa.⁷⁷

Med begreppet boende avses den plats där barnet har sin faktiska bostad. Det vill säga barnet anses ha sin bostad där det normalt sett bor. Tillfälliga avbrott i boendet på grund av exempelvis semester ändrar inte boendet.⁷⁸ Står barnet under gemensam vårdnad av sina föräldrar, kan rätten på talan av en av dem eller av dem tillsammans besluta om vem av föräldrarna barnet skall bo tillsammans med. Föräldrarna får själva avtala om barnets boende. Ett sådant avtal är giltigt om det är skriftligt och godkänt av socialnämnden.⁷⁹ Att reglera frågan om barnets bostad blir aktuellt vid vårdnadstvister då gemensam vårdnad utdöms mot den ena förälderns vilja samt då barnet står under gemensam vårdnad av båda föräldrarna men dessa inte lever tillsammans.⁸⁰

Av FB framgår att ett barn skall ha rätt till umgänge med den föräldern som barnet inte varaktigt bor tillsammans med.⁸¹ Det är uttalat att umgänget i första hand är till för barnet och att det är barnets intresse och behov som skall vara avgörande. Det finns således ingen absolut rätt för en förälder att få umgås med sitt barn. Det avgörande skall vara barnets behov av umgänge med sin förälder.⁸²

Barnets föräldrar har ett uttalat gemensamt ansvar för att barnets behov av umgänge med båda föräldrarna så långt det är möjligt tillgodoses.⁸³ Hur umgänget skall vara utformat kan fastställas av domstol eller avtalas om, föräldrarna emellan, inom ramen för gemensam eller ensam vårdnad. Ett sådant avtal är verkställbart om det är skriftligt och godkänt av socialnämnden. Socialnämnden skall godkänna avtalet om det som överenskommit är till barnets bästa.⁸⁴

Frågor om umgänge kan väckas självständigt utan samband med andra rättsfrågor som rör barnet. Många gånger väcks dock talan om umgänge i samband med tvister om vårdnad och boende. Finner rätten att barnet skall ha sin stadigvarande bostad endast hos den ena föräldern kvarstår ofta frågan hur umgänget med den andra föräldern skall regleras.⁸⁵

⁷⁶ FB 6 kap. 6 §.

⁷⁷ Schiratzki J., *Vårdnad och vårdnadstvister*, 1997, s. 226.

⁷⁸ Sjösten M., *Vårdnad, boende och umgänge*, 2003, s. 91.

⁷⁹ FB 6 kap. 14 a §.

⁸⁰ Sjösten M., 2003, s. 92.

⁸¹ FB 6 kap. 15 §.

⁸² Prop. 1997/98:7 s. 60 och 114.

⁸³ FB 6 kap. 15 § 2 st.

⁸⁴ FB 6 kap. 15 a § och 2 a §.

⁸⁵ Schiratzki J., 2005, s. 117.

Det är primärt den förälder som vill umgås med barnet som har rätt att väcka talan härom.⁸⁶ Även socialnämnden har talerätt om någon annan än barnets förälder har begärt umgänge med barnet. Att socialnämnden givits talerätt är huvudsakligen motiverat med att nämnden bör ha en möjlighet att väcka talan om ett minskat umgänge om det föreligger risk för att barnet far illa. Men nämndens talerätt kan även användas för att få till stånd ett umgänge med till exempel far- eller morföräldrar som står barnet nära.⁸⁷

Däremot finns inga möjligheter för barnet att väcka talan om umgänge med förälder som barnet inte varaktigt bor med. Inte heller boföräldern har några legala rättigheter att utverka att barnet får ett umgänge med den andra föräldern om denne inte är intresserad av att träffa barnet.⁸⁸ Boföräldern har emellertid rätt att väcka talan om en begränsning av umgänget.⁸⁹

5.1.2 Barnets roll i civilprocessen

Barn har ingen självständig partsställning i vårdnadstvister. De är inte processbehöriga, har inte talerätt och således inte rätt att självständigt framträda i domstol. De ges dock en roll som intressenter i tvisten i och med att deras vilja skall beaktas.⁹⁰

I utredningen om barns rätt föreslogs att barn skulle erhålla talerätt i mål om vårdnad, boende och umgänge, dock ej initiativrätt. Därmed skulle barn inta i princip samma ställning i dessa mål som i de sociala målen.⁹¹ Det har dock inte lagts fram något lagförslag om barns talerätt. I lagförslaget, till införandet om barns rätt att komma till tals, bedömdes att en självständig talerätt för barn inte skulle införas på grund av kostnadsskäl samt med hänsyn till att undvika lojalitetskonflikter för barnet.⁹² I Ds 2002:13 var frågan om barns talerätt återigen uppe till diskussion, som ovan redogjorts för under avsnitt 4.1, sammantaget anfördes samma argument mot en talerätt som i utredningen från 1994.

Emellertid skall den svenska rätten genomsyras av ett barnperspektiv vilket uttalas i ett flertal propositioner.⁹³ Det föreskrivs att med ett barnperspektiv menas att man vid beslutsfattande försöker förstå barnet och tar reda på hur barnet uppfattar sin situation och eventuella förändringar. Likaså skall man analysera vilka olika följder ett beslut kan få för barnet. Barnet skall hörsammas samt respekteras som en individ med egna åsikter och

⁸⁶ FB 6 kap. 15 a §.

⁸⁷ Walin G., Vängby S., 2007, s. 6:68 f.

⁸⁸ Schiratzki J., 2005, 117.

⁸⁹ Se RH 2000:99 och NJA 1994 s. 128.

⁹⁰ Ryrstedt E., Mattsson T., *Barn och föräldrar kan vi acceptera dem som motparter?*, 2007 s. 392 f.

⁹¹ SOU 1987:7 s. 85 och 92 f.

⁹² Prop. 1994/95:224 s. 28 ff.

⁹³ Se bland andra prop. 2003/04:48 s. 28, prop. 2001/02:123 s. 18 samt prop. 2005/06:99 s. 39.

uppfattningar. Det är däremot inte givet att ett barns åsikter alltid skall följas. I slutändan är det den vuxne som måste fatta ett beslut och ta ansvar för detsamma.⁹⁴ I linje härmed skall alla beslut som rör vårdnad, boende och umgänge avgöras utifrån vad som är bäst för barnet. Likaså skall barnets vilja beaktas med hänsyn tagen till dess ålder och mognad. Hur den svenska rätten ställer sig till detta barnperspektiv i civilprocessen undersöks nedan genom en redogörelse för vad som menas med *barnets bästa* samt hur man låter barnet komma till tals i processen.

5.1.2.1 Barnets bästa

År 1998 infördes en uttrycklig regel i FB om barnets bästa. Införandet skedde i form av en portalparagraf som angav att barnets bästa skulle komma i främsta rummet vid alla beslut om vårdnad, boende och umgänge. För att ytterligare stärka barnperspektivet i den svenska rätten ändrades paragrafens lydelse 2006 till att vid alla beslut som rör vårdnad, boende och umgänge skall barnets bästa vara *avgörande*⁹⁵. Vid bedömningen av vad som är bäst för barnet skall särskild hänsyn fästas vid risken för att barnet eller annan familjemedlem utsätts för övergrepp eller att barnet olovligen förs bort eller hålls kvar eller annars far illa. Likaså skall barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna beaktas. Vid beslut som rör vårdnad, boende och umgänge skall vidare hänsyn tas till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad.⁹⁶ Uttrycket *avgörande* är avsett att markera att det inte finns några andra intressen som kan gå före vad som är barnets bästa. Till exempel rättvisa mellan föräldrar eller en förälders behov av kontakt med sitt barn är därmed inte giltiga argument att åberopa mot barnets bästa.⁹⁷

Vad som är barnets bästa bestäms i svensk rätt utifrån vad som är bäst för det individuella barnet. I propositionen till vårdnadsreformen som trädde i kraft 2006 framgår att ”Vad som är barnets bästa måste avgöras i varje enskilt fall utifrån en bedömning av de individuella förhållandena”. Bedömningen skall bygga på kunskap och beprövad erfarenhet i kombination med att barnet självt får komma till tals. Hänsyn skall tas till allt som rör barnets fysiska och psykiska välbefinnande och utveckling. Så långt det är möjligt bör såväl långsiktiga som kortsiktiga effekter för barnet beaktas.”⁹⁸ I tidigare förarbeten framgår vidare att det inte är möjligt att en gång för alla bestämma vad som är barnets bästa utan att det måste vara möjligt att i varje individuellt fall avgöra vad som är bäst för det aktuella barnet.⁹⁹

⁹⁴ Prop. 2005/06:99 s. 39.

⁹⁵ Prop. 2005/06:99 s. 38 f.

⁹⁶ FB 6 kap. 2 a §.

⁹⁷ Prop. 2005/06:99 s. 39 f.

⁹⁸ Prop. 2005/06:99 s. 40.

⁹⁹ Prop. 1997/98: 7 s. 103 ff.

Vad gäller den materiella bedömningen i vårdnadstvister skall således alla beslut fattas med avgörande i barnets bästa.¹⁰⁰ Prövningen skall bygga på en bedömning av det enskilda barnets förhållanden och baseras på en prognos av de framtida förhållandena.¹⁰¹ Huvudpresumtionen för vad som är barnets bästa är dock gemensam vårdnad samt att barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna främjas.¹⁰² Det exakta innehållet av vad som är barnets bästa fastställs således i rättstillämpningen och det blir i handläggningen av vårdnadstvister vårdnadsutredarna och rättens ledamöter som i sin tillämpning tillskriver begreppet en konkret innebörd. Det medför att det är dessa personers kunskap, erfarenheter, uppfattningar, antaganden och bedömningar som ligger till grund för vad som anses vara det individuella barnets bästa i tvisten.¹⁰³

Vid domstols bedömning i boendefrågan gäller normalt att om föräldrarna är ense i boendefrågan finns i regel inte anledning för domstolen att ifrågasätta deras överenskommelse. Utgångspunkten i ett sådant fall är istället att den lösning föräldrarna valt är i allmänhet bäst för barnet.¹⁰⁴

Angående domstols och socialnämndens materiella prövning av om ett yrkat eller avtalat umgänge är till barnets bästa så är huvudpresumtionen att umgänge mellan barn och förälder är bra för barn.¹⁰⁵ Hänsyn skall tas till om umgänget på något sätt kan vara riskfyllt för barnet, med beaktande av de risker som anges i 6:2 a § FB. Även om vissa risker för barnets hälsa och välfärd föreligger är utgångspunkten att umgänge bör komma till stånd.¹⁰⁶

5.1.2.2 Barnets vilja och rätt att komma till tals

År 1996 infördes regler vad gäller barns rätt att komma till tals i mål om vårdnad och umgänge. En bestämmelse infördes om att domstolen vid bedömning av barnets bästa skall ta hänsyn till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad.¹⁰⁷ Genom 1998 års vårdreform gjordes regeln tillämplig även vid avgöranden om boende samt vid socialnämndens prövning av föräldrars avtal.¹⁰⁸ Den som genomför en vårdnadsutredning skall därför, om det inte är olämpligt, söka klarlägga barnets inställning.¹⁰⁹

Det finns ingen bestämd åldersgräns för när barnet skall anses ha uppnått sådan mognad att dess vilja skall beaktas. I förarbeten har det uttalats att det inte anses lämpligt att i lag fastställa en viss åldersgräns. Istället skall det i varje enskilt fall göras en bedömning av om det är olämpligt att tala med

¹⁰⁰ FB 6 kap. 2 a §.

¹⁰¹ Saldeen Å., *Barn och föräldrar*, 1997, s. 70.

¹⁰² FB 6 kap. 2 a, 5, och 6 §§.

¹⁰³ Rejmer A., *Vårdnadstvister, En rättssociologisk studie av tingsrätts funktion vid handläggning av vårdnadskonflikter med utgångspunkt i barnets bästa*, 2003, s. 124 f.

¹⁰⁴ Prop. 1990/91:8 s. 59 och bet 1990/91:LU13.

¹⁰⁵ Schiratzki J., 2005, s. 118.

¹⁰⁶ Se NJA 2003 s. 372.

¹⁰⁷ Prop. 1994/95:224 s. 53.

¹⁰⁸ Prop. 1997/98:7 s. 105 f.

¹⁰⁹ Prop. 2005/06:99 s. 45.

barnet och vilken betydelse barnets inställning kan tillmätas. Det framhålls även att små barn kan komma till tals genom att utredaren talar med personer i barnets omgivning som känner barnet väl.¹¹⁰

Vid avgörande av tvister om vårdnad, boende och umgänge gäller följaktligen att hänsyn skall tas till *barnets vilja*.¹¹¹ Schiratzki påpekar att två skilda perspektiv kan anläggas på hur domstolar skall ställa sig till hur barnets vilja skall komma till uttryck. Å ena sidan kan det hävdas att barnet bör få vara med och påverka tvisten som rör barnet. Å andra sidan kan det hävdas att barnet bör hållas utanför föräldrarnas konflikt.¹¹²

Barnets vilja skall inte endast beaktas för att utröna vad som är barnets bästa utan kan även beaktas fristående från den bedömningen. Det kan vara aktuellt till exempel när det är svårt att avgöra vad som skulle vara bäst för barnet och dess vilja kan då få en avgörande betydelse.¹¹³ När det gäller för domstolen att utröna barnets vilja behöver den inte ta hänsyn till barn som är så små att de omöjligt kan ha någon uppfattning. I övrigt skall domstolen se till att barnet har haft en möjlighet att redovisa sin inställning. Finns inte underlag för att bedöma barnets vilja skall utredningen kompletteras om barnet har nått sådan mognad att dess vilja kan tillmätas betydelse.¹¹⁴ Vad som dock särskilt bör uppmärksammas är att det inte är nödvändigt i en vårdnadstvist att förordna om utredning från socialnämnden. Bedöms det som obehövt kommer barnet inställning på sin höjd att redovisas genom föräldrarna. Likaså kan barnets föräldrar motsätta sig att socialnämnden samtalar med barnet.

Det är även möjligt att höra barn personligen i domstol. Möjligheten skall dock tillämpas restriktivt och det är endast om särskilda skäl talar för det samt att det är uppenbart att barnet inte tar skada av att höras.¹¹⁵

5.1.3 Praxis civilprocessen

För att se till hur domstol gör bedömningen av vad som är barnets bästa kommer nedan att redovisas ett antal fall från HD där frågan om yrkade vårdnadsformer, umgänge samt boende är förenligt med barnets bästa.

NJA 2007 s. 382 tog upp frågan om föräldrarnas samarbetsproblem var av sådan art att gemensam vårdnad inte kunde anses vara förenligt med barnets bästa. Föräldrarna hade ursprungligen gemensam vårdnad om deras dotter. De hade aldrig varit sammanboende. Rättsliga processer om vårdnad, boende och umgangesfrågor hade pågått sedan dottern var 4 månader. Modern hade tilldömts ensam vårdnad i hovrätten. Dottern var tre år när

¹¹⁰ Prop. 2005/06:99 s. 46.

¹¹¹ FB 6 kap. 2 a § 3 st.

¹¹² Schiratzki J., 2005, s. 111.

¹¹³ Prop. 1997/98:7 s. 105 och t ex RH 1983:54 och RH 1998:2.

¹¹⁴ Walin G., Vängby S., 2007, s. 6:22 f.

¹¹⁵ FB 6 kap. 19 § 5 st.

målet avgjordes i HD. HD uttalar att gemensam vårdnad förutsätter att det finns en realistisk möjlighet för föräldrarna att gemensamt och inom en rimlig tid lösa frågor kring barnet och hantera skiljaktiga meningar utan att ständigt behöva hjälp utifrån för att fatta beslut och utan att det ständigt uppstår konflikter som drabbar barnet. I det aktuella fallet hade processer pågått under lång tid. HD menade att det sätt yrkandena om umgänge var utformade samt den långdragna process som förelåg visade på parternas problem att få till stånd ett fungerande samarbete kring barnet. Samarbetsproblemen bedömdes vara av sådan omfattning att gemensam vårdnad inte var förenlig med barnets bästa.

Redan innan bestämmelsen, om att hänsyn skall tas till föräldrarnas samarbetsförmåga i vårdnadsärenden, trädde ikraft har gemensam vårdnad ansetts vara oförenligt med barnets bästa när föräldrarna vägrat har direkt kontakt med varandra. I NJA 2006 s. 26 var bakgrunden att modern dömts för dråpförsök på fadern. Han vägrade att ha någon som helst direkt kontakt med modern efter detta och yrkade att vårdnaden om deras två gemensamma barn skulle anförtros honom ensam. Modern motsatte sig faderns yrkande. Båda parter anförde att deras yrkanden var förenliga med barnens bästa. HD uttalar att det inte kan krävas att fadern ska ha kontakt med modern efter ett så allvarligt angrepp mot honom. I och med att föräldrarna inte kan kommunicera direkt med varandra ansågs det oförenligt med barnens bästa med gemensam vårdnad. Vårdnaden tillerkändes fadern.

I enlighet med ovan redovisade praxis har Svea hovrätt i tre avgöranden¹¹⁶ från 2008 dömt till ensam vårdnad på grund av samarbetsproblem mellan föräldrarna. I samtliga fall har ingen av föräldrarna i sig bedömts vara olämpliga som vårdnadshavare.

I NJA 2003 s. 372 var frågan om umgänge skulle vägras med hänsyn till risk för att barnet for illa. Fadern hade tillerkänts umgänge i begränsad omfattning av hovrätten. Modern överklagade och yrkade att HD skulle fastställa tingsrättens domslut där umgänge vägrats med hänvisning till att barnet inte fick tillräcklig omvårdnad och trygghet vid umgänge med fadern. Båda parter anförde att det är bäst för barnet att förordna i enlighet med parts talan. HD konstaterade att det förelåg konkret risk för att barnet skulle kunna fara illa psykiskt av ett umgänge med fadern men bedömde att risken kunde motverkas av att umgänget skedde i närvaro av kontaktperson samt i begränsad omfattning. Det ansågs således att barnets intresse av kontakt med sin far vägde högre än risken för att barnet for illa. HD gör härmed inledningsvis en bedömning av de individuella förhållanden som föreligger och konstaterar att det finns i det specifika fallet en risk för att barnet kommer att fara illa. Därefter övergår bedömningen till att snarast avse en generell bedömning av barns behov av umgänge, och det är detta behov som ger utslag när det konstateras att det utifrån barnets bästa skall förekomma ett umgänge med fadern. Schiratzki¹¹⁷ framför kritik mot HD:s bedömning

¹¹⁶ HovR T 8375-07, HovR T 5336-07 samt HovR T 9238-07.

¹¹⁷ Schiratzki J., *Högsta domstolen meddelar dom om umgänge med barn – kränks Europakonventionen?*, 2003-04 s. 642.

och menar att rättstillämpningen inte följer det individuella perspektiv på barnets bästa som finns uttalat i förarbetena.

I RH 1998:2 tog hovrätten, vid valet av vårdnadshavare till en 11-årig pojke, hänsyn till barnets bestämda vilja. Pojken hade varit bosatt hos modern sedan han var 6 år men ville nu flytta till fadern. Flytten skulle innebära byte av skola, kamratkrets samt mindre kontakt med övriga syskon. Hovrätten ansåg att pojken nått sådan ålder och mognad att det inte gick att bortse från hans önskemål om vart han skulle bo. Båda föräldrarna ansågs vara lämpliga vårdnadshavare. Diskussionen i målet rörde främst om pojken förstod konsekvenserna av sitt önskemål. Det fanns tvivel om han förstod följderna av att flytta från syskonen. Möjligheten till en nära kontakt med fadern övervägde dock och fadern tilldömdes vårdnaden.

5.2 Förvaltningsprocessen

Det är socialnämnden som hos länsrätt ansöker om vård enligt LVU. Det är enbart socialnämnden som kan initiera en LVU-process. Både barnets vårdnadshavare och barnet själv saknar initiativrätt. Det är länsrätt som prövar en ansökan om tvångsvård. Rätten är lagför med en domare och tre nämndemän. I LVU-mål skall muntlig förhandling hållas om det inte är uppenbart obehövt. Förhandlingen är i princip offentlig med rätten kan besluta om stängda dörrar, vilket regelmässigt sker i dessa mål.

Domstolen har ansvar för utredningen i målet, enligt den så kallade officialprincipen.¹¹⁸ Domstolens ansvar innebär att den skall leda utredningen och se till att tillräckligt beslutsunderlag finns tillhanda. Domstolen behöver dock inte själv utföra utredningen.¹¹⁹ I LVU-mål ligger detta ansvar huvudsakligen på socialnämnden. Eftersom det är socialnämnden som är ansökande part ligger det vidare på den att bevisa att förutsättningarna för tvångsvård föreligger. Rättssäkerheten kräver att den person som är föremål för ett ingripande inte skall behöva bevisa att förutsättningarna för ett ingripande inte är uppfyllda. I linje härmed finns det ingen skyldighet för vare sig barnet eller vårdnadshavaren att framföra något material till utredningen.¹²⁰

I ärenden enligt LVU har den eller de föräldrar som är vårdnadshavare samt barnet eller den unge rätt till offentligt biträde.¹²¹ Den som förordnas som offentligt biträde åt barn som är under 15 år, och som inte samtidigt är biträde åt vårdnadshavaren, är också den unges ställföreträdare i det mål eller ärende som förordnandet avser.¹²²

5.2.1 Innebörd av tvångsvård

Ansvaret för att bedöma om ett barn far så illa att det behöver omhändertas och placeras utanför det egna hemmet ligger på socialtjänsten. Utgångspunkten i svensk rätt är dock att man alltid ska ge en utsatt familj möjlighet att klara av sin situation på egen hand eller med den hjälp familjen frivilligt är beredd att ta emot. Socialtjänstlagen vägledande principer bygger på frivillighet och självbestämmande. Syftet med LVU är däremot att bereda vård för utsatta barn och unga när frivilliga insatser inte fungerat eller inte bedöms kan komma att fungera. Lagen är en skyddslag för just det utsatta barnet och inte för andra samhällsintressen. Lagen är ett komplement till socialtjänstlagen, med stöd av LVU kan undantag göras från socialtjänstlagens frivillighetsprincip. När LVU tillämpas innebär det inte

¹¹⁸ FPL 8 §.

¹¹⁹ Prop. 1971:30 s. 529 f.

¹²⁰ Mattson T., 2002, s. 267.

¹²¹ LVU 39 §.

¹²² LVU 36 § 2 st.

att socialtjänstlagen inte längre gäller utan de båda lagarna skall tillämpas parallellt. Det är med stöd av LVU som socialnämnden kan ansöka hos länsrätt om omhändertagande av barn och unga. Det är rätten som avgör om förutsättningar för tvångsvård föreligger. Vårdingripandet sker genom tvång på grund av att frivilliga vårdinsatser inte har fungerat eller inte anses kunna komma att fungera. Tvångsvård av barn är en ingripande åtgärd i den familjerättsliga strukturen och skall vidtas som en sista åtgärd vid risk för att barnets hälsa eller utveckling annars kan komma att skadas.¹²³

Tvångsvård av barn förutsätter således att ett missförhållande föreligger i antingen barnets hemmiljö eller på grund av barnets eget beteende. Missförhållandet skall vara av så allvarlig art att påtaglig risk föreligger för att den unges hälsa eller utveckling skadas. Ytterligare en förutsättning för tvångsvård är att frivilliga insatser inte kan genomföras, det vill säga att samtycke för vård saknas från vårdnadshavaren, eller från barnet självt om denne fyllt 15 år.¹²⁴ Ett beslut om vård enligt LVU innebär att vårdnadshavarnas bestämmanderätt över barnet begränsas i den omfattning som behövs för att vården skall kunna genomföras. Den rättsliga vårdnaden om barnet ligger emellertid alljämt kvar hos vårdnadshavarna.¹²⁵

5.2.2 Barnets roll i förvaltningsprocessen

Synen på barnets roll i processer som rör tvångsomhändertagande av barn skiljer sig markant från barnets roll i vårdnadstvister. I motsats till vårdnadstvister där barnets skyddsbehov poängteras ges barn i LVU-processen en framträdande plats som aktörer.¹²⁶

Barns talerätt i LVU-mål omfattar rätten att som part lägga fram åsikter och argument i domstolsprocessen samt rätten att överklaga det rättsliga beslutet. I talerätten ingår även rätt att lägga fram bevisning och att utnyttja reglerna om kommunikation och partsinsyn.¹²⁷ Barnets talerätt gäller oavsett ålder, formerna för talerättens framställning varierar dock. Barnet har egen partsstatus och processbehörighet från 15 års ålder.¹²⁸ Innan dess måste barnet företrädas av en ställföreträdare. Den eller de som är vårdnadshavare för ett barn är automatiskt barnets legala ställföreträdare, detta gäller oavsett barnets ålder. Med hänsyn till att barn och föräldrar kan ha motstridiga intressen i vissa mål och ärenden har det ansetts vara mindre lämpligt att barn under 15 år är beroende av sina föräldrars vilja och handlande när det gäller t.ex. överklagande av beslut.¹²⁹ I vissa mål enligt LVU kan barn under 15 år därför få ytterligare en ställföreträdare. Den som förordnats som offentligt biträde för barnet är utan ytterligare förordnande

¹²³ Flodström Nilsson H., *Vad säger LVU?*, 2004, s. 5 f. och 28 f.

¹²⁴ LVU 1, 2, och 3 §§.

¹²⁵ Norström C., Thunved A., *Nya sociallagarna*, 2008, s. 297.

¹²⁶ Mattsson T., Ryrstedt E., 2007, s. 394.

¹²⁷ FPL10, 12 och 18 §§.

¹²⁸ LVU 36 §.

¹²⁹ Prop. 1994/95:224 s. 57.

även barnets ställföreträdare.¹³⁰ Genom den särskilda ställföreträdaren har således även barn under 15 år en självständig ställning gentemot sina vårdnadshavare i mål och ärenden enligt LVU. Med hjälp av ställföreträdaren kan barnet överklaga domstolens avgöranden¹³¹ och vidta andra processhandlingar. Ställföreträdarens uppgift är att tillvarata barnets intressen i målet. Han/hon ska framföra de synpunkter och de önskemål som barnet har. Skulle ställföreträdaren vara av annan uppfattning än barnet, skall den uppfattning framföras som bäst tjänar barnets intresse. Ställföreträdaren är samtidigt barnets offentliga biträde och skall i egenskap härav företräda barnet och tillvarata barnets bästa. Han/hon ska bevaka att nödvändig utredning inkommer till rätten i form av till exempel utlåtanden från barnpsykolog.¹³²

Från 15 års ålder kan barnet själv utöva sin talerätt genom processbehörigheten. Även processbehöriga barn har rätt till offentligt biträde. Olika offentliga biträden skall utses till barnet och vårdnadshavaren såvida det inte är uppenbart att några motstridiga intressen inte föreligger dem emellan.¹³³ Det offentliga bitrådets funktion är detsamma för barn över som under 15 år. Det processbehöriga barnet avgör själv hur omfattande bitrådets roll skall vara. Barnet bestämmer självt om det vill inta plats som fullvärdig part som för sin egen talan eller som en mer passiv part som då kan överlåta betydande delar av talan till sitt biträde.¹³⁴

5.2.2.1 Barnets bästa

I LVU:s inledande paragraf anges att vad som är bäst för den unge skall vara avgörande för frågan om tvångsvård.¹³⁵ Stadgandet har tillkommit som ett resultat av barnkonventionens tredje artikel men sträcker sig längre än vad barnkonventionen kräver. Barnkonventionen ger utrymme för att andra intressen än barnets kan vägas in vid beslut såsom till exempel samhällsintresset. Ett beslut enligt LVU får däremot endast fattas om det har som mål att förbättra barnets situation och inget annat överordnat intresse kan därmed komma mellan.¹³⁶ Inte heller i LVU definieras innebörden av vad som är barnets bästa. Det uttalas i förarbetena att det ligger i begreppets natur att det inte, en gång för alla, går att precisera innebörden av begreppet. Det blir istället domstolens respektive socialnämndens uppfattningar, antaganden och bedömningar om den aktuella situationen som blir avgörande för vad som är det specifika barnets bästa.¹³⁷

¹³⁰ LVU 36 § 2 st.

¹³¹ RÅ 2006 ref. 10.

¹³² Prop. 1994/95:224 s. 57.

¹³³ LVU 39 §.

¹³⁴ Mattsson T., Ryrstedt E., 2007, s. 394.

¹³⁵ LVU 1 § 5 st.

¹³⁶ Prop. 2002/03:53 s. 105.

¹³⁷ Prop. 2002/03:53 s. 77 f.

5.2.2.2 Barnets vilja och rätt att komma till tals

Barnets rätt att yttra sig poängteras i flera bestämmelser i LVU. Det framgår att barnets inställning till sin situation skall klarläggas och att hänsyn skall tas till den unges vilja med beaktande av dennes ålder och mognad. Vad gäller yngre barn bör de höras om det kan vara till nytta för utredningen och det kan antas att barnet inte kommer att ta skada av att höras. I de flesta fall uttalas att det kan förutsättas vara till barnets bästa att barnet får komma till tals.¹³⁸ Barnets rätt att få uttrycka sina åsikter och få dem beaktade gäller i alla beslutssituationer och åtgärder som vidtas med stöd av LVU. Endast i undantagssituationer, där beslutet kräver extrem brådska, kan beslutsfattaren åsidosätta att inhämta den unges inställning i förväg.¹³⁹

I april 2008 infördes i LVU en uttrycklig rätt för den unge att få relevant information om sin situation.¹⁴⁰ I propositionen till lagändringen uttalas att anledningen till införandet är att det ansågs som en förutsättning för att kunna bilda sig en inställning att barnet i fråga även hade information om sin situation. De barn som är i kontakt med socialtjänsten skall få information om, och bli delaktig i det som pågår och planeras. Informationen bör ges så tidigt som möjligt dels för att lugna den unge dels för att barnet skall ges möjlighet att uttrycka sin inställning tidigt i processen. Informationen skall lämnas såvida det inte kan anses olämpligt med hänsyn till barnets ålder och mognad. Det poängteras vidare att all information som lämnas skall anpassas efter barnets förutsättningar och behov. I uttrycket relevant information avses den information som är av betydelse för barnet i ärendet eller målet. Inte bara faktauppgifter omfattas utan även information om följderna av barnets inställning och möjliga resultat av utredningen eller målet. Vad som vidare påpekas är att det kan förekomma situationer då det är lämpligt att ge ett barn information men olämpligt att efterfråga barnets inställning eller tvärtom. Det viktiga är att det är en rättighet för barnet, inte en skyldighet, att bli informerad och att ge uttryck för sin inställning.¹⁴¹

Barnets rätt till information innebär dock ingen absolut rättighet att ta del av *all* information. Det anses finnas hinder och intressen av sådan natur att de är överordnade barnets rätt och som därmed innebär att socialnämnden inte kan eller ska ge information i de fallen. Sådana överordnande intressen kan vara att barnets vårdnadshavare inte samtycker till att barnet har kontakt med socialnämnden och barnet inte har rätt att självt föra talan. Så länge vårdnadshavarens rätt att bestämma över barnet i dessa avseenden är absolut är socialnämnden förhindrad att informera barnet. Även reglerna om sekretess är överordnade barnets rätt till information. Om uppgifterna är sekretessbelagda i förhållande till barnet kan de därför inte lämnas ut.¹⁴²

¹³⁸ LVU 1 § 6 st. och 36 § 3 st. samt prop. 2006/07:129 s. 37.

¹³⁹ Prop. 2002/03:53 s. 105.

¹⁴⁰ LVU 1 § 6 st.

¹⁴¹ Prop. 2006/07:129 s. 37 ff.

¹⁴² Prop. 2006/07:129 s. 39 f.

För att tillförsäkra att relevant information kommer att lämnas till barnet, när så är möjligt, infördes i samband med lagändringen ytterligare krav på innehållet i socialnämndens ansökan om vård.¹⁴³ Ansökan skall i linje härmed innehålla uppgifter om vilken typ av information som lämnats, i vilket sammanhang och hur detta skett samt när, och på vilket vis socialnämnden fått kännedom om barnets inställning. Om barnet inte kunnat informeras eller dess inställning inte kunnat inhämtas skall upplysning om det lämnas tillsammans med skälen för detta. Att redan ansökan innehåller dessa uppgifter säkerställer att barnet får information på ett tidigt stadium i processen samt att domstolen får tillgång till uppgifterna för sin bedömning.¹⁴⁴

5.2.3 Praxis förvaltningsprocessen

För att illustrera hur barns vilja tillmäts betydelse, utifrån vad som anses vara bäst för barnet, kommer nedan några mål från regeringsrätt och kammarrätt att kort refereras. I RÅ 2005 ref. 66 tillmättes en 12-årig flickas vilja avgörande betydelse. Flickan var omhändertagen enligt LVU och frågan gällde begränsning av umgänget med vårdnadshavaren. Flickan motsatte sig all form av umgänge med vårdnadshavaren. Regeringsrätten uttalade att hennes vilja skulle tillmätas avgörande betydelse och att det bästa för henne fick anses vara att något umgänge inte utövades så länge hon själv inte kunde acceptera det.

Samma bedömning gjorde kammarrätten i mål 8530-07. Även i detta fall var det fråga om begränsning av umgänget med den biologiska föräldern. Flickan var 13 år vid domstolens prövning. I domen konstateras att flickan klart och tydligt uttryckt att hon ville att umgänget med den biologiska föräldern skulle upphöra. Flickan bedömdes uppnått en mognad som motsvarade hennes ålder och hennes ställningstagande ansågs vara ett uttryck för hennes verkliga vilja. Kammarrätten fann att flickans vilja skulle tillmätas avgörande betydelse och att det bästa för henne fick anses vara att något umgänge inte utövades så länge hon själv inte kunde acceptera det.

I mål 4018-06 som avgjordes i kammarrätt var frågan om fortsatt vård, för en pojke i åttonde klass¹⁴⁵, på grund av missförhållanden i hemmet. Genom sitt ombud gav pojken uttryck för att han ville komma hem samt att han överdrivit påståendena om våld. Ombudet gjorde ändå bedömningen att pojken var i behov av vård med hänsyn till de uppgifter om övergrepp pojken tidigare lämnat till ombudet. Rätten konstaterade att oberoende av orsakerna till att pojken senare i processen ville tona ner allvaret i övergreppen fanns det ingen omständighet som talade för att pojken initialt hade ljugit eller fantiserat om dem. Rätten fann att vårdbehov förelåg då det var utrett att det till följd av psykisk och fysisk misshandel i hemmet förelåg påtaglig risk för att pojkens utveckling och hälsa skulle skadas.

¹⁴³ LVU 4 § 2 st.

¹⁴⁴ Prop. 2006/07:129 s. 42.

¹⁴⁵ Uppgifter om pojkens exakta ålder finns inte att tillgå då dessa är sekretessbelagda.

6 Analys

Analysens uppbyggnad följer arbetets tidigare disposition. Inledningsvis kommer internationell rätts påverkan på barns processuella ställning att redogöras för. Härfter följer en övergripande redogörelse för de generella skillnader och likheter som tydligast framträder i civilprocessen och förvaltningsprocessen vad gäller barns deltagande i de redovisade måltyperna. Den svenska rättens krav på samförstånd och frivillighet behandlas separat, och följs av en diskussion kring barn och föräldrars motstående intressen. Härfter avhandlas barns processuella ställning. Frågan vem som företräder barns intressen samt begreppet barnets bästa behandlas utifrån barnets plats i processen. Avslutningsvis kommer den övergripande frågeställning, om barns ställning i civilprocessen uppfyller kravet på beslut enligt barnets bästa, att diskuteras och besvaras.

6.1 Barnkonventionens påverkan för barns processuella ställning

Grundprincipen i barnkonventionen utgår från barns okränkbara människovärde och integritet. Den ger uttryck för en uppfattning om barn som självständiga individer med egna rättigheter men som är i behov av särskilt stöd och skydd. Denna grundtanke får sägas är väl förankrad i det svenska rättsmedvetandet överlag. Sverige kan i många avseenden ses som ett föregångsland för barns rättigheter. Vad gäller barnkonventionens mer specifika bestämmelser om barnets bästa och barns rätt att komma till tals bör ändå en diskussion föras. För att tydligare stärka barnperspektivet i den svenska rätten och förtydliga barnkonventionens betydelse har det införts, i både FB och LVU, uttryckliga bestämmelser om att barnets bästa skall vara avgörande vid beslut som rör barnet samt bestämmelser om barns rätt att komma till tals.

Bestämmelsen, i FB och LVU, om barnets bästa som den avgörande faktorn vid beslut som rör barn får sägas gå längre än vad barnkonventionen kräver, en uppfattning som i stort delas av båda regeringen¹⁴⁶ och inom doktrin¹⁴⁷. Enligt konventionen skall barnets bästa komma i främsta rummet men även hänsyn till andra intressen får tas som till exempel hänsyn till ett tyngre vägande samhällsintresse eller överordnad ordning och säkerhet. I de fall andra intressen väger tyngre kräver dock konventionen att beslutande myndigheter så långt det är möjligt har försäkrat sig om att barnets bästa har kommit med i bedömningen och har redovisats i beslutsprocessen. Vad gäller vårdnadsfrågor och tvångsomhändertagande är det, i den svenska rätten, barnets bästa som skall vara avgörande och inga andra intressen kan gå före. Av allt att döma går således den svenska rätten, i detta avseende,

¹⁴⁶ Se till exempel prop. 1997/98:182 s. 18.

¹⁴⁷ Se till exempel Eklund H., 2004, s. 40.

längre än vad konventionen kräver. Vad som ändå bör efterlysas är en tydligare redogörelse kring bedömningen av barnets bästa i domar och beslut. Det skall inte ses som en självklarhet att det är barnet bästa som har fått avgöra beslutet bara för att det är en lagstadgad rättighet. Kravet i konventionen att barnets bästa tydligt skall redogöras för bör uppmärksammas och förtydligas för att det på ett klarare sätt skall gå att identifiera domstolars och beslutande organs resonemang kring barnets bästa. Den praxis som har använts i arbetet är av alltför ringa omfattning för att några generella slutsatser skall kunna dras men det bör ändå uppmärksammas att det är högst ovanligt att det i domar från överrätt finns ett utförligt resonemang kring vad som anses vara barnets bästa i det aktuella fallet.

Artikel 12 i barnkonventionen ger alla barn som är i stånd att bilda egna åsikter rätten att fritt uttrycka dessa i alla frågor som rör barnet. Barnets åsikter skall tillmätas betydelse i förhållande till barnets ålder och mognad. I linje härmed har motsvarande bestämmelse införts i FB och LVU. Vid införandet uttalades att det var nödvändigt för att barnets bästa skulle kunna beaktas att barn verkligen fick komma till tals och synliggörs i mål och ärenden¹⁴⁸. Således har vikten av att barns vilja kommer till uttryck dels blivit uttryckligt lagstadgad dels poängterats för att en bedömning av vad som är bäst för barnets skall vara möjlig att genomföra. Vad som dock uttalas i de svenska förarbetena är att domstolen inte behöver ta hänsyn till små barn, som bedöms inte kunna ha någon uttrycklig vilja. Stöd för detta finns ej i konventionen. FN-kommittén poängterade särskilt att betydelsen av att barnets vilja skall beaktas med hänsyn tagen till barnets ålder och mognad innebär att alla barn har rätt att uttrycka sig. Det skall inte krävas att barnet kan kommunicera på vuxnas vis, utan det åligger staterna att införa metoder för att även de minsta barnen ska kunna synliggöra sina åsikter. Vad gäller vårdnadstvister är det normalt genom socialnämndens utredning som barnets åsikter i frågan inhämtas. Detta har kritiserats av Dahlstrand¹⁴⁹ som konstaterar att barns möjlighet att komma till tals härigenom kopplas till förekomsten av en utredning, en utredning som inte är obligatorisk för rätten att förordna om, vilket innebär en klar inskränkning i förhållande till vad konventionen stadgar. I och med att konventionen inte ger svar på vilket sätt barn skall komma till tals är det i enlighet med konventionen att föräldrar formulerar och framför barnets inställning i vårdnadsmålen. Något som i mångt och mycket kan ses som en brist i fråga om föräldrarnas objektivitet inför barnets vilja och den egna tvisten med motparten.

Sammanfattningsvis kan konstateras att barnkonventionen för svensk rätts vidkommande har bidragit till lagstadgade regler, i FB och LVU, om att barnets bästa skall vara avgörande samt om barns rätt att komma till tals. Även om viss kritik kan riktas mot det svenska förfarandet gällande barns möjlighet att komma till tals i vårdnadsmålen överensstämmer den svenska rätten i sin helhet väl med konventionen. Konventionens mer övergripande

¹⁴⁸ Prop. 1997/98:182 s. 37 f.

¹⁴⁹ Dahlstrand L., 2004, s. 282.

grundsatser om barn som självständiga objekt och rättighetsinnehavare lär i framtiden även kunna bidra till ökade processuella rättigheter för barn.

6.2 Jämförelse mellan vårdnadsmål och LVU-mål

Inledningsvis kan konstateras att den svenska rätten som behandlar barn och föräldrars inbördes förhållanden tydligt uppvisar en önskan om samförståndslösningar och konfliktlösning som bygger på frivillighet. Konflikter som rör barn och föräldrars inbördes relationer och rättsförhållanden skall så långt det är möjligt lösas av parterna själva utan inblandning av tredje part – myndigheter och domstolar. Även när domstol är inblandad i konflikten är detta utgångspunkten.¹⁵⁰

Likaså är det en allmän uppfattning att barn skall så långt det är möjligt hållas utanför domstolsprocesser då dessa anses skadliga för barnet.¹⁵¹ Det finns en önskan om att skydda barn från obehaget en rättslig process kan innebära och barns framträdanden inför domstol skall i möjligaste mån begränsas. I de familjerättsliga vårdnadsmålen är skyddsperspektivet framträdande, barn hörs endast undantagsvis inför rätten och de har ingen egen rätt att framträda inför domstolen. I LVU-målen kan dock ett mer omfattande aktörsperspektiv urskiljas. Barn har givits partsrättigheter och är processberöriga från 15 års ålder.

Utgångspunkten i de båda måltyperna är dock densamma; att barnet bästa skall vara avgörande för utgången av målet eller ärendet. Likaså har barnet i båda fallen rätt att ge uttryck för sin vilja och inställning. En aspekt som däremot skiljer sig markant är barnets rätt till information som är en lagstadgad rättighet i LVU. I förarbetena till införandet markeras att för att kunna ha en inställning och ge uttryck för en vilja krävs att barnet är informerat dels om situationen dels om vilka konsekvenser som kan följa av tvisten som sådan.

Skillnaden i synen på barn som en del i den rättsliga processen kan hänföras till förklaringsmodeller som är beroende av svaren på följande frågor:

- Vem bär ansvaret för barnet?
- Vilka ses som intressenter i målet?
- Finns det motstående intressen mellan barnet och föräldern/vårdnadshavaren i konflikten?

En förklaringsmodell utgår ifrån frågan om det är samhället eller vårdnadshavaren som skall ha huvudansvaret för barnets omvårdnad. I Sverige ligger ansvaret för barn ursprungligen på den som är

¹⁵⁰ Se bland annat FB 6 kap., SoL 5 kap. 1 §, och LVU 1 §.

¹⁵¹ Se FB 6 kap. 19 § och LVU 36 §.

vårdnadshavare. Ansvariet omfattar bland annat att ge barnet omvårdnad, ett tryggt boende och en säker uppväxtmiljö. I vårdnadstvister gäller frågan hur detta ansvar skall fördelas mellan föräldrarna. Det är föräldrarnas ansvar och skyldighet som skall klarläggas. I LVU-målen är frågan om samhället skall överta detta föräldraansvar på grund av brister hos föräldrarna eller på grund av barnets eget beteende. Det har ansetts vara en så genomgripande förändring, när samhället tar över vårdnaden, som rör barnet i LVU-målen att barnet självt har tillerkänts partsställning. Medan det i vårdnadsmålen har ansetts vara föräldrarnas skyldigheter och rättigheter som skall fastslås. Barnet anses vidare ha ett viktigt intresse i LVU-målen som skall skyddas medan ett motsvarande intresse för barnet fattas i vårdnadsmålen. Vad gäller synen på barn och föräldrar som motparter har det uttalats att barnet och föräldern i LVU-målen kan tänkas ha motstående intressen som kräver att barnet ges en självständig ställning gentemot sin vårdnadshavare. Det anses inte föreligga något motsvarande motsatsförhållande mellan barnet och vårdnadshavaren/föräldern i vårdnadstvister.

6.2.1 Krav på samförstånd mellan föräldrar

Synen på föräldraansvar bygger på krav på samförstånd och samarbete mellan föräldrarna. Föräldrarnas förmåga att samarbeta vid frågor som rör barnet är en av bedömningarna som ligger till grund för om domstolen skall utdöma gemensam vårdnad eller inte. Även om båda föräldrarna i och för sig bedöms vara lämpliga vårdnadshavare kan domstolen besluta om ensam vårdnad om föräldrarna bedöms oförmögna att ha ett fungerande samarbete gällande barnet. Tecken på sådan oförmåga kan vara att föräldrarna haft pågående konflikter om barnet under lång tid eller att en förälder känner sig hotad av den andra och inte kan tänka sig någon form av direkt kontakt. Likaså krävs det för växelvis boende att föräldrarna kan samarbeta och anpassa sig efter att barnets behov av bostad kan förändras över tid beroende av till exempel skolgång och fritidsaktiviteter. Önskan om att tvister skall lösas i samförstånd ses även i möjligheterna till samarbetssamtal och medling som är utmärkande för vårdnadstvister. Likaså det faktum att domstol endast kan fatta ett avgörande i vårdnad, boende och umgängesfrågan markerar en önskan om att föräldrar med gemensam vårdnad skall komma överens angående övriga frågor som rör barnet som till exempel barnets skolgång.

Dessa krav på ömsesidig förståelse mellan föräldrarna som gemensam vårdnad och växelvis boende kräver, kan knappast sägas känneteckna de föräldrar som drar frågor om vårdnad och boende inför domstol. Något som framförts inom doktrin av bland andra Schiratzki¹⁵².

Vad som bör ifrågasättas är hur brist på samarbetsförmåga kan leda till ensam vårdnad, samtidigt som båda föräldrarna kan företräda barnets bästa och förutsätts ha barnets position framför sig när de framför barnets åsikter

¹⁵² Se avsnitt 5.1.

inför rätten? Är det möjligt att å ena sidan säga att samarbetsproblemen mellan parterna är så allvarliga att de inte skall ha gemensam vårdnad samtidigt som de under processen båda två i egenskap av vårdnadshavare förutsätts förmedla vad som är barnets vilja och bästa? I flertalet av de fall som undersökts i arbetet har båda föräldrarna hävdat att deras yrkanden stämmer överens med vad som är deras barns bästa. Önskan om samförstånd i konfliktlösningen har skapat en övertro till att föräldrarna alltid kommer att prioritera barnets bästa, även om föräldrarna är varandras motparter i tvisten. Det bör krävas en tydligare förståelse för det konfliktperspektiv som råder mellan föräldrar i vårdnadsmål, och att detta konfliktperspektiv givetvis påverkar hur föräldrarna verbaliserar sitt barns bästa. Avgöranden i enlighet med barnets bästa är enbart en skyldighet för domstol och administrativa myndigheter, föräldrar har ingen motsvarande skyldighet att se till vad som är bäst för sitt barn.

6.2.2 Barn och föräldrars motstående intressen

I mål och ärenden om tvångsvård enligt LVU har konflikten mellan barn och föräldrar uppmärksammats. Det framgår att det kan föreligga motstående intressen mellan barnet och dess vårdnadshavare. Konflikten kan ligga i vad som är bäst för barnet samt vad barnet vill. Det är mycket möjligt att det i dessa mål förhåller sig så att vårdnadshavarens och barnets vilja överensstämmer men vad som är bäst för barnet överensstämmer inte med denna vilja eller vice versa. Lagstiftningen har uppmärksammat denna konflikt framförallt utifrån den aspekten att barn har egen partsstatus och processbehörighet från 15 års ålder och barn under 15 år har givits en ytterligare ställföreträdare som åt barnets vägnar är verksam i processen. Likaså har barnet rätt till ett eget ombud i processen. Detta ombud skall inte samtidigt vara ombud för vårdnadshavaren. På detta vis har barnet givits en självständig ställning i processen som är skild från vårdnadshavaren.

Reglerna om talerätt i vårdnadsmål bygger på uppfattningen att vårdnad, boende och umgänge är en rättighet och skyldighet för föräldrarna. Därav saknas ett erkännande av ett jämförbart konfliktperspektiv mellan barnet och föräldern. Det är föräldrarna som i första hand är ansvariga för att barns vårdbehov tillfredsställs och det har i linje härmed ansetts vara deras angelägenhet och rätt att bestämma hur vårdnadsfrågor skall avgöras, inte barnets eller samhällets. I doktrin har bland andra Ryrstedt och Mattsson¹⁵³ framfört synpunkter som understryker det faktum att föräldrar som inte lever tillsammans ej särskilt ofta kan antas ha sammanfallande mål eller intressen. I linje härmed framför de att barnets intresse omöjligtvis kan sammanfalla med båda föräldrarnas motsatta intressen, kanske rentav inte med något av dem.

Att barn inte ges partsställning i processer angående vårdnad, boende och umgänge visar på en ovilja att erkänna möjligheten att det finns motstående

¹⁵³ Se Ryrstedt E., Mattsson T., 2007 s. 389

intressen och att ta parti om så skulle vara fallet. Man kan inte utgå från, eller kräva, att barnets föräldrar i en vårdnadstvist alltid kommer att kunna se till vad som är bäst för barnet utan att låta sig påverkas av den egna konflikten med motparten och av egna intressen.

Att barn i LVU-processen givits en skiljd plats från vårdnadshavaren kan även ses i beslut som grundas på barnets vilja. För i vart fall äldre barn har barnets bestämda uppfattning givit utslag i mål som rör umgänge med den biologiska föräldern. Detta bör ses som ett tecken på att domstolen insett att det finns motstående intressen i tvisten och att barnets intresse har respekterats.

6.3 Barns processuella ställning

Som arbetet visat skiljer sig barns processuella ställning markant åt mellan de redovisade måltyperna. Vid ett tvångsomhändertagande har barn processbehörighet från 15 års ålder, rätt att komma till tals samt en fristående ställning gentemot sin vårdnadshavare genom det offentliga biträdet som även fungerar som ställföreträdare åt det processobehöriga barnet. I vårdnadsmålen är barnet inte processbehörigt, och har således ingen fristående ställning gentemot sin vårdnadshavare/förälder i form av eget biträde. Rätten för barnet att komma till tals tillgodoses normalt genom socialnämndens utredning i målet. En utredning som dock inte är obligatorisk.

Att ge barn självständiga partsrättigheter, därmed inbegripet talerätt i vårdnads mål, har diskuterats vid ett flertal tillfällen. Senast genom ovan redovisade promemoria Ds 2002:13. Bedömningen har alltså varit densamma, barns talerätt har avvisats dels med hänvisning till kostnadsaspekter dels med hänvisning till att man inte vill sätta barnet i en situation där det tvingas välja mellan sina föräldrar.

Det finns för- och nackdelar med att stärka barns processuella ställning i vårdnads mål. Övergripande skulle det innebära att principen om att den som har ett av rättsordningen skyddat intresse även har talerätt i saken förverkligas även vad gäller barn. Detta skulle på ett klart sätt markera barns lika värde och autonomi, ett markerande som av allt att döma ligger i linje med barnkonventionens överordnade principer. Att ge barn partsrättigheter skulle likaså förtydliga att det är barnet som har rätt till omvårdnad, ett tryggt boende samt ett fungerande umgänge med den förälder som barnet inte stadigvarande bor med eller som inte har del i vårdnaden om barnet. Att ge barnet en aktiv roll som part skulle vidare garantera barnet rätt att komma till tals på ett mer tillfredsställande vis än vad som sker idag. Med ökade partsrättigheter följer även partsinsyn, rätt till kommunikation, motivering av beslut och domar samt en rätt att överklaga. Det skulle även synliggöra att det kan föreligga en konflikt mellan barns och föräldrarnas intressen vad gäller vårdnadsfrågorna. De nackdelar som främst framförs i debatten är att det är påfrestande att vara part i en rättslig process, att det skulle tvinga barn

att ta ställning i tvisten vilket ökar risken för påverkan och tryck från föräldrarna samt att det medför ökade kostnader antingen för den enskilda eller för det allmänna. Motargumenten stämmer väl överens med uppfattningen att barn så långt det är möjligt bör skyddas från obehaget av en process som även går att finna i den restriktiva hållningen om när barn skall framträda inför rätten.

Den gällande rättsordningen ger upphov till en del ogynnsamma lösningar sett från barnets perspektiv. Det är endast den förälder som vill få till stånd ett umgänge med sitt barn som har talerätt i saken. Varken barnet eller boföräldern kan framtvunga ett umgänge med en förälder som inte vill umgås med sitt barn. Barnets vårdnadshavare kan endast väcka talan om inskränkning av umgängesrätten mellan barnet och umgängesföräldern. En förälder som inte vill få del i vårdnadsansvaret skulle lagtekniskt sett kunna tilldömas vårdnaden, men att så skulle ske är dock tveksamt. De gällande reglerna om talerätt bidrar till att föreställningen om att det är föräldern som har en rätt att vårda, bo och umgås med sitt barn ytterligare stärks.

Det finns således inget medel för ett barn att framtvunga en ändring av vårdnadsförhållandena, boendesituationen eller hur umgänget med föräldrarna skall utformas såvida inte ett missförhållande föreligger som rättfärdigar ett ingripande med stöd LVU.

6.3.1 Barns företrädare

Vem som företräder barns intressen i mål och ärenden som rör deras personliga förhållanden skiljer sig mellan civilrättsliga och offentlighetsrättsliga mål. I vårdnadsmålen har barn inga självständiga partsrättigheter och det är föräldrarna som är aktörer i tvisten. Barnets inställning kommer vanligtvis rätten tillkänna antingen genom föräldrarnas utsagor eller genom socialnämndens utredning. I tvångsomhändertagandemålen har barn självständiga partsrättigheter och företräder antingen sig själva om de är över 15 år eller genom ställföreträdare om de är under. De har rätt att få ett offentligt biträde utsett för att bistå dem i processen.

6.3.1.1 Vårdnadshavare som företrädare

Föräldrar saknar legal skyldighet att i domstolsprocesser se till vad som är barnets bästa. Ändå presumeras de beakta barnets vilja och se till vad som är bäst för barnet när de framför deras åsikter i vårdnadsprocessen. Till och med i den ovan redovisade promemorian ges ett medgivande om att föräldrar i vissa fall inte kan se till vad som är barnets bästa på grund av den egna tvisten. Likaså kan det utläsas i yrkanden från praxis¹⁵⁴ att båda föräldrar hävdar att just deras yrkanden och önskemål är förenliga med barnets bästa. Hur kan detta komma sig? Begreppet *barnets bästa* har närmast blivit ett slentrianmässigt uttryck som används som ett

¹⁵⁴ Se bland andra ovan redovisade mål NJA 2006 s. 26 och NJA 2003 s. 372.

processgynnande verktyg för att ge tyngd åt de tvistande föräldrarnas ståndpunkter. Det kan mycket väl tänkas att båda föräldrarna anser att deras mening och yrkanden ger uttryck för just vad som är deras barns bästa, det finns dock ingenting som tvingar föräldrarna att opartiskt sett se till vad som skulle kunna vara deras barns bästa. Det är i detta sammanhang som barnets plats i rättsprocessen måste utvärderas. Är det de individuella barnen dessa föräldrar har i åtanke eller är det den egna konflikten med den motstående parten som ligger närmast framför ögonen? Hur ska ett barn kunna bli representerat av två vårdnadshavare när de inte alls har sammanfallande mål med processen?

6.3.1.2 Eget ombud

I LVU-målen har barnet, i vissa fall, rätt till ett offentligt biträde. Biträdet får inte samtidigt företräda vårdnadshavaren om det finns motstående intressen mellan barnet och vårdnadshavaren. Den som är biträde för barn under 15 år är även det barnets ställföreträdare i tvisten jämsides vårdnadshavaren. Bitrådets funktion är att företräda barnet och tillvarata dess intressen samt bevaka att nödvändig utredning inkommer i målet. I egenskap av ställföreträdare skall biträdet framföra barnets önskemål och synpunkter. Skulle biträdet vara av en annan uppfattning skall den uppfattning som är bäst för barnet framföras. Praxis visar att biträdet i de fallen framför barnets åsikter men kan göra en annan bedömning till exempel vad gäller att medge fortsatt vård eller inte. Under LVU-processen har barnet en lagstadgad rätt att ta del av relevant information. Det är i första hand socialtjänsten som skall se till att barnet informeras. I de fall vårdnadshavaren motsätter sig kontakt mellan barnet och socialtjänsten blir det först under den pågående processen som barnet kan informeras och då ligger detta på biträdet.

Vad som dock bör uppmärksammas är att det inte föreligger krav på specialkompetens på den som företräder ett barn i LVU-processen. Det har ansetts obehövt eftersom biträdet har möjlighet att förordna om specialutlåtanden från exempelvis barnpsykologer och sakkunniga. Detta bör jämföras med de krav, gällande personlighet, kunskaper och erfarenheter, som ställs på barnets företrädare enligt LSF. Att inte inse att de personer som företräder barn i processer skall ha specialkompetens, måste enligt min mening, ses som ett uttryck för en ovilja att ta barns situation och speciella behov på allvar.

I Ds 2002:13 ges förslag om att barn skall få tillgång till eget ombud i särskilt konfliktfyllda vårdnadsfall. Tillsättningen av ett ombud innebär dock inte att barnet får några partsrättigheter. Ombudet skall vara en utomstående person som arbetar utifrån vad som är barnets bästa. Ombudet skall, enligt förslaget, arbeta för att en samförståndslösning uppnås mellan föräldrarna som grundas i vad som är bäst för barnet och i möjligaste mån överensstämmer med barnets vilja. Förslaget har kritiserats på grund av att det bara är vissa särskilt konfliktfyllda mål som omfattas samt på grund av

ombudets uppgift att komma fram till en samförståndslösning mellan föräldrarna.

I promemorian föreslås vidare att barn skall ha rätt att bli informerade på motsvarande sätt som i LVU-målen. Information som berör barnet och som kan antas vara av betydelse skall lämnas såvida det inte är olämpligt med hänsyn tagen till ålder och mognad. Likaså föreslås att barnet alltid skall ha rätt att redovisa sin inställning oberoende av om socialtjänsten gör en utredning eller inte. Hur barnets inställning skall komma rätten tillkänna diskuteras dock inte mer omgående. Det torde emellertid inte vara meningen att barn skall höras inför rätten i högre utsträckning än som sker idag.

En lagstadgad rätt för barn att ta del av information skulle innebära att barnet blir mer delaktig i processen. Den lojalitetskonflikt som används som argument mot barns deltagande skulle kunna minskas om barnet visste vad konflikten rörde, vad resultatet av barnets vilja skulle kunna bli samt vilka möjliga följder rättens beslut skulle kunna få. Likaså skulle en förälders tänkbart otillbörliga påverkan kunna minskas om barnet fick information från annan källa än föräldrarna. I dagsläget har ett barn som står inför en vårdnadsprocess endast sina föräldrars utsagor att sätta sin tillit till, utsagor som varken socialnämnd eller rätten vet vad de innehåller. Domstolen skulle vidare inte i samma grad behöva ifrågasätta om barnet har förstått innebörden av sin uttalade vilja.

Vad som dock saknas i promemorian är tydliga förslag om hur barnet skall informeras samt av vem. Enligt min mening bör alla barn som står inför en vårdnadsprocess i domstol ha rätt till ett ombud i processen. I ombudets uppdrag skall då ligga att informera barnet samt redovisa hur informationen lämnats samt barnets inställning härtill.

6.3.2 Barnets bästa i svensk rättstillämpning

Det är barnets bästa som skall vara avgörande i vårdnadsmålen på samma sätt som i målen om tvångsvård enligt LVU. Begreppet har ingen närmare precisering i vare sig svensk lag eller i barnkonventionen. Det är det individuella barnet som skall ligga till grund för prövningen. Utredningen i målet skall röra just det aktuella barnet och det är det barnets situation som skall kartläggas och utifrån den bedömningen göras.

Angående vårdnadsfrågor kan dock vissa utgångspunkter om vad som normalt är att anse som barnets bästa utläsas. Det är bra för barn att få en god fysisk och psykisk omvårdnad, trygga och stabila uppväxtförhållanden samt möjlighet att utvecklas. I frågan om umgänge förstås att en nära och god kontakt med båda föräldrarna är bra för barn, och att det normalt inte är bra att splittra syskonkaror, något som även stöds av praxis. Vidare förutsätts att vad föräldrar i samförstånd beslutar i fråga om vårdnads, boende och umgängesfrågor kan antas vara bra för barnet.

En återkommande fråga kring bedömningen av barnets bästa är hur prövningen skall göras när det subjektiva barnets bästa, det vill säga vad barnet vill och omständigheter i det enskilda fallet, och det objektiva, vad man vet av beprövad erfarenhet är bra för barn, inte överensstämmer. Praxis visar att en bestämd åsikt hos ett, i vart fall lite, äldre barn inte går att helt bortse ifrån. Vad gäller frågor om boende har uttalats, under förutsättning att båda föräldrarna anses lämpliga som vårdnadshavare, att barnets åsikter bör få genomslag. Motsvarande gäller frågor om umgänge, när barnet bestämt motsätter sig umgänge med föräldern. Praxis¹⁵⁵ ger likväl utslag åt andra hållet, att vad som objektivt sett är bra för barn får genomslag även om omständigheterna i det enskilda fallet talar däremot.

Hur frågan skall lösas ligger i slutändan hos domstolen. Under förutsättning att barnet under processen hade en företrädare, likt ställföreträdaren i LVU-mål, som framför både barnets åsikter och en mer objektiv bedömning av situationen skulle det underlätta bedömningen samt synliggöra barnet i processen. Man skall vidare inte vara nog vaksam på möjligheten att barn skyddar sina föräldrar och uttrycker vilja att stanna hos dem som är rakt olämpliga som vårdnadshavare, boendeföräldrar eller umgängesföräldrar. Ett faktum som ett ombud tydligare skulle kunna rikta rättens uppmärksamhet mot. Att undersöka de faktiska bakomliggande förhållandena blir aldrig så viktigt när barnets vilja skall få genomslag.

6.4 Processregler utifrån vad som är barnets bästa?

Barnkonventionen har bidragit till att stärka barnets självständiga ställning. Grundprincipen i konventionen utgår från barns okränkbara människovärde och integritet. Barnet skall ses som en självständig individ och inte enbart som del av en familjegemenskap. En individ som dock är i behov av extra skydd och omvårdnad. Barnet är inte föräldrarnas egendom utan har ett eget värde oberoende av sin familjestatus och har egna rättigheter. Dessa rättigheter skall barnet kunna använda även i situationer som rör barnets förhållande till dess vårdnadshavare. Ett personligt förhållande som i allra högsta grad angår barnet är vem som har föräldraansvaret och vårdnaden om det, var det har sin bostad samt om, och i så fall hur, ett umgänge med den förälder som barnet inte stadigvarande bor med skall vara utformat.

Idag har barn ställning som intressent i vårdnadsmålen. Rätten skall ta hänsyn till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad. Vad som är barnets bästa skall vara avgörande för alla beslut som fattas. En redogörelse för barnets vilja kommer normalt rätten tillhanda genom socialnämndens vårdnadsutredning. Begärs ingen utredning är det föräldrarna som redogör för barnets vilja. Det är endast i undantagsfall barn framträder personligen inför rätten. Ett avgörande av vad som är barnets

¹⁵⁵ NJA 2003 s. 372.

bästa kan dock inte endast baseras på barnets vilja, och görs heller inte idag. Det är utifrån de faktiska omständigheter i fallet, föräldrarnas yrkanden samt presumtioner om vad som normalt sett är bra för barn som bedömningen kommer att göras. Det är i ljuset av dessa utgångspunkter som barnets processuella ställning i vårdnadsmålen måste utvärderas. I och med att barn inte har partsrättigheter är det inte heller garanterat att de kommer till tals och kan göra sin vilja hörd. Att tillerkänna barn utvidgade processuella rättigheter skulle innebära ett medel för barn som garanterar deltagande i vårdnadsprocesser. Det skulle försäkra att barn blir hörda och att de har rätt att ta del av beslutsunderlag, samt att de har rätt att överklaga. För att kunna tillgodogöra sig dessa rättigheter krävs dock att barnet har rätt till ett ombud som är obundet från föräldrarna.

Barns vilja kan ändras från dag till dag och barn är påverkbara. Barnets vilja måste uttolkas för att beslut som överensstämmer med barnets bästa skall kunna fattas. När äldre barn ger uttryck för en bestämd uppfattning kan denna uppfattning få utslagsgivande verkan för det rättsliga beslutet. Det har uttryckts i flera förarbeten att lagstiftaren i vidaste mån bör undvika att sätta barn i en lojalitetskonflikt mellan föräldrarna. I detta hänseende är det av yttersta vikt att barn i vart fall ges en företrädare i vårdnadsmålen. En företrädare som oberoende kan redogöra för barnets vilja, som kan samtala med barnet och informera om den pågående processen; hur barnets vilja kan påverka och vilka möjliga utgångar processen har.

Det uttalas vidare att barn som är så små att de omöjligtvis kan ha en uppfattning och vilja behöver rätten inte ta hänsyn till. I barnkonventionen slås fast att även de barn som inte kan verbalisera sina åsikter skall ha en möjlighet att ge uttryck för dessa. Det är upp till varje fördragsslutande stat att se till att det finns vägar för barnet att få sin vilja beaktad. Även i detta avseende är det av vikt att det finns ett oberoende ombud med specialkunskaper om barn som kan uttrycka barnets vilja i ord och utifrån den samt övriga omständigheter göra en bedömning av vad som skulle vara barnets bästa i målet.

Sammanfattningsvis kan konstateras att barnets roll i rättsprocessen måste ses över och utvidgas om det i realiteten skall vara barnets bästa som är avgörande för beslut om vårdnad, boende och umgänge.

7 Avslutande kommentar

Konsekvensen av gällande lagstiftning rörande vårdnadsmål är att det inte finns någon som oberoende bevakar ett barns intresse utan lagstiftaren utgår ifrån att föräldrarna har sitt barns bästa för ögonen. Till skillnad från mål som rör omhändertagande av barn har man ansett att vårdnadsmål inte på motsvarande sätt rör barns rättigheter. Lagstiftaren har avstått från att ge barn en självständig partsställning med hänvisning till kostnadsaspekter samt att man inte vill att barnet skall hamna i en lojalitetskonflikt mellan föräldrarna. Vad man dock väljer att bortse ifrån är att det i dessa tvister saknas någon som representerar barnets position och som kan verbalisera barnets bästa. Dessa typer av mål är inte vanliga tvåpartsmål utan även barnet bör synliggöras genom att en självständig ställning som en tredje part ges. Det måste finnas en tydlig markering om, samt en förståelse för, att barnet och vårdnadshavarens intressen inte alltid sammanfaller. Därför är det av vikt att barnet ges utvidgade rättigheter i processen.

En förutsättning för att barn överhuvudtaget skall ses som intressenter är att barn ges en rätt till information med rätt att även få denna information förklarad på ett begripligt sätt. Att bli informerad medför en viktig förutsättning för att barn skall kunna delta på ett betydelsefullt vis i processen, oavsett hur deltagandet i övrigt är utformat. Det är av oerhörd vikt att barn förstår vad som pågår, vilka följder som är möjliga samt varför deras åsikter efterfrågas.

För att ytterligare öka barns inflytande i de familjerättsliga vårdnadstvisterna finns, enligt min mening, en del olika vägar att gå. Ett förslag går ut på att barn ges motsvarande partsrättigheter som i LVU-målen. Det vill säga rätt att som part framföra åsikter och argument; rätt att överklaga, rätt att lägga fram bevisning och rätt att utnyttja reglerna om partsinsyn och kommunikation, dock inte initiativrätt. Även i vårdnadstvisterna skulle barn då behöva företrädas av ett offentligt ombud som tillvaratar barnets intresse i processen. Genom detta förslag markeras det tydligt att barn påverkas av tvisten, att det är barnets rättigheter som tvisten berör, samt att det inte är en självklarhet att barn och föräldrar har gemensamma intressen i konflikten. Förvisso skulle denna lösning innebära kostnadsfrågor som måste lösas. Av allt att döma är det olägligt att denna kostnad skulle ligga på barnet med hänsyn tagen till barns i övrigt bristande rättshandlingsförmåga. Kostnaden skulle istället få ligga på samhället. Det är en kostnad som dock borde kunna motiveras.

Ett annat alternativ skulle vara att barn ges en företrädare i processen men inte partsrättigheter. Företrädarens roll skulle då vara att företräda barnet i egenskap av intressent i målet. Det skulle tillförsäkra att barnets vilja kommer till uttryck samt att någon oberoende tillvaratar vad som skulle vara den bästa lösningen för barnet.

En egen företrädare för barn skulle innebära att det fanns en opartisk person som utifrån barnets position kan se till vad som är barnets bästas, samt framför barnets åsikter och tankar inför rätten. Om det fanns någon som representerade barnet under domstolsförhandlingen undviks samtidigt det obehag för barnet som en förhandling kan innebära. Att en oberoende person framför barnets åsikter skall dock inte enbart gälla äldre barn utan det är minst lika viktigt för små barn som inte kan uttrycka sin vilja verbalt att det finns någon som kan framföra deras synpunkter eller icke-synpunkter. Det bör riktas en tydlig kritik mot uttalanden som grundas på att små barn inte kan ha en egen vilja. Först när hänsyn tas till alla barn oavsett ålder kan sägas att barnets bästa har varit avgörande för beslutet.

Genom att genomföra en lagstiftning som kräver att barn har en egen företrädare som representerar dess intresse initierar man även kunskapsutveckling kring barn för att på ett professionellt sätt kunna avgöra vad som är barnets bästa. Avgörandet i de familjerättsliga målen bör inte endast grundas på det legala materialet utan även på förmågan att uttolka barnets vilja och därav komma fram till vad som subjektivt och objektivt skulle vara det bästa för barnet.

Man skall vidare inte bortse från lagens normgivande funktion vid diskussion om barnets rätt till omvårdnad, boende och umgänge som utgår från vad som är bäst för barn. Även om en ovillig förälder i det enskilda fallet inte kan tvingas till vare sig att ta sitt vårdnadsansvar, ha barnet boende hos sig eller ens ett umgänge med sitt barn kan lagstiftningen tydligt markera barnets rätt till sina föräldrar, en rättighet som barnet även bör kunna påverka genom domstolsprocessen. Att barn har rätt till en egen företrädare stärker vidare barnets ställning, inte bara rättsligt, utan även symboliskt inför föräldrarna. Det markerar barnets ställning som en egen individ och inte som egendom.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

- Prop. 1971:30
Med förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar m.m.
- Prop. 1989/90:107
Om godkännande av FN-konventionen om barns rättigheter
- Prop. 1990/91:8
Vårdnad och umgänge
- Prop. 1993/94:117
Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor
- Prop. 1994/95:224
Barns rätt att komma till tals
- Prop. 1997/98:7
Vårdnad, boende och umgänge
- Prop. 1997/98:182
Strategi för att förverkliga FN:s konvention om barns rätt i Sverige
- Prop. 1998/99:133
Särskild företrädare för barn
- Prop. 2001/02:123
Partnerskap och adoption
- Prop. 2002/03:53
Stärkt skydd för barn i utsatta situationer m.m.
- Prop. 2003/04:48
Åtgärder mot barnäktenskap och tvångsäktenskap
- Prop. 2005/06:99
Nya vårdnadsregler
- Prop. 2006/07:129
Utveckling av den sociala barn- och ungdomsvården m.m.

Utskottsbetänkanden

- 1990/91:LU13
Vårdnad och boende
- 1995/96:KUy2
FN:s konvention om barns rättigheter
- 1995/96:SoU4
Barn och ungdom

Statens offentliga utredningar

- SOU 1987:7
Barnets rätt 3. Om barn i vårdnadstvister - talerätt för barn, m.m.
- SOU 1997:115
Barnkonventionen och utlänningslagen
- SOU 1997:116
Barnets bästa i främsta rummet

Departementsserien

- Ds 2002:13
Utöandet av barns rättigheter i familjerättsprocesser

Övriga tryckta källor

Barnombudsmannen

<http://www.bo.se/Adfinity.aspx?pageid=3458>. Tillgänglig 2008-07-16, kl. 11:35.

Litteratur

Dahlstrand, Lotta

Barns deltagande i familjerättsliga processer, Universitetsstryckeriet Uppsala Universitet, Uppsala, 2004

Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert

Rättegång, Andra häftet, 8: e upplagan, Norstedts Juridik, Smedjebacken, 1996

Eklund, Hans

FN:s Barnkonventionen och barns processuella ställning, utdrag ur *Barn och rätt, barn som aktörer*, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2004

Flodström Nilsson, Hjärdis

Vad säger LVU?, Gothia AB, Stockholm, 2004

Mattsson, Titti

Barnet och rättsprocessen, Rättssäkerhet, integritetsskydd och autonomi i samband med beslut om tvångsvård, Juristförlaget i Lund, Lund, 2002

Norström, Carl & Thunved, Anders

Nya sociallagarna, Med kommentarer, lagar och förordningar som de lyder den 1 januari 2008, 21: a upplagan, Norstedts Juridik, Vällingby, 2008

Rejmer, Annika

Vårdnadstvister, En rättssociologisk studie av tingsrätts funktion vid handläggning av vårdnadskonflikter med utgångspunkt i barnets bästa, Studentlitteratur, Lund, 2003

Ryrstedt, Eva & Mattson, Titti

Barn och föräldrar - kan vi acceptera dem som motparter? Svensk Juristtidning, s. 389-397, 2007

- Ryrstedt, Eva *Twistlösning mellan separerade föräldrar – för barnets bästa*, Svensk Juristtidning, s. 398- 414, 2007
- Saldeen, Åke *Barn och föräldrar*, 3:e upplagan, Iustus Förlag AB, Uppsala, 1997
- Schiratzki, Johanna *Vårdnad och vårdnadstvister*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1997
- Schiratzki, Johanna *Högsta domstolen meddelar dom om umgänge med barn – kränks Europakonventionen?*, Juridisk Tidsskrift, s. 642-653, 2003-04
- Schiratzki, Johanna *Barnrättens grunder*, 2: a upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2005
- Schiratzki, Johanna *Nya regler om vårdnad m.m.*, Ny Juridik 3:06, s. 53-63, 2006
- Singer, Anna *Föräldraskap i rättslig belysning*, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2000
- Sjösten, Mats *Vårdnad, boende och umgänge*, 2:a upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2003
- Strömholm, Stig *Allmän rättslära: en första introduktion*, 6: e upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1988
- Walín, Göran & Vängby, Staffan *Föräldrabalken, En kommentar, Del 1, 1-13 kap*, Norstedts Juridik AB, Vällingby, 2007

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från Högsta domstolen

NJA 1994 s. 128

NJA 2003 s. 372

NJA 2006 s. 26

NJA 2007 s. 382

Rättsfall från Hovrätterna (publicerade avgöranden)

RH 1983:54

RH 1998:2

RH 2000:99

Rättsfall från Hovrätterna (opublicerade avgöranden)

Svea Hovrätt mål T 8375-07

Svea Hovrätt mål T 5336-07

Svea Hovrätt mål T 9238-07

Rättsfall från Regeringsrätten

RÅ 2005 ref. 66

RÅ 2006 ref. 10

Avgöranden från kammarrätt

Kammarrättens i Stockholm dom den 16 april 2008, mål nr 8538-07

Kammarrättens i Jönköping dom den 15 februari 2007, mål nr 4018-06