



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Stine Olsen

Barnets bästa i samband med olovligt bortförande

Examensarbete
20 poäng

Titti Mattsson

Familjerätt

Höstterminen 2003

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	4
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Inledande ord	6
1.2 Frågeställningar och syfte	6
1.3 Metod och material	6
1.4 Forskningsläget	7
1.5 Avgränsningar	7
1.6 Disposition	8
2 PRINCIPEN OM BARNETS BÄSTA	9
2.1 Inledning	9
2.2 Historik	9
2.2.1 Sverige	9
2.2.2 Internationellt	10
2.3 Definition av barnets bästa	11
2.3.1 Inledning	11
2.3.2 Barnets bästa i barnkonventionen	11
2.3.3 Barnets bästa i svensk lagstiftning	13
2.3.4 Barnets bästa i praxis	15
2.3.5 Barnets bästa som arbetsredskap	16
2.4 Sammanfattning	17
3 DOMSRÄTT	18
3.1 Inledning	18
3.2 Utomnordiska länder	19
3.2.1 NJA 1995 sidan 770	22
3.2.2 NJA 1997 sidan 196	23
3.2.3 NJA 2002 sidan 390	26
3.3 Nordiska länder	28
3.3.1 NJA 1995 sidan 241	29

3.4	Sammanfattning	32
4	LAGVAL	34
4.1	Inledning	34
4.2	Utomnordiska länder	36
4.3	Nordiska länder	36
4.4	Sammanfattning	37
5	ERKÄNNANDE OCH VERKSTÄLLIGHET	38
5.1	Inledning	38
5.2	Erkännande av utländska vårdnadsdomar	38
5.3	Verkställighet av utländska vårdnadsdomar	39
5.4	Sammanfattning	40
6	VÅRDNAD	42
6.1	Inledning	42
6.2	NJA 1992 sidan 93	43
6.2.1	Bakgrund	43
6.2.2	Tingsrätten	44
6.2.3	Hovrätten	45
6.2.4	Högsta domstolen	46
6.2.5	Slutsatser med hänsyn till barnets bästa	48
6.3	Sammanfattning	50
7	UMGÄNGE	52
7.1	Inledning	52
7.2	NJA 1995 sidan 727	53
7.2.1	Bakgrund	53
7.2.2	Tingsrätten	53
7.2.3	Hovrätten	55
7.2.4	Högsta domstolen	56
7.2.5	Slutsatser med hänsyn till barnets bästa	57
7.3	Sammanfattning	59
8	ÖVERFLYTTNING	61
8.1	Inledning	61
8.2	Lagstiftning	61
8.2.1	Haagkonventionen	62

8.2.2	Verkställighetslagen	65
8.3	Praxis	68
8.3.1	RÅ 1995 ref 99	68
8.3.2	RÅ 1996 ref 52	70
8.3.3	RÅ 2001 ref 53	73
8.3.4	RÅ 2002 ref 1	74
8.4	Sammanfattning	76
9	ANALYS	78
9.1	Inledning	78
9.2	Principens definition och hänsynen till den genom processen	78
9.2.1	Om principens definition	78
9.2.2	Hänsynen vid de formella frågornas avgörande	78
9.2.3	Hänsynen vid de materiella frågornas avgörande	80
9.3	Barnets bästa	82
9.3.1	Allmänt	82
9.3.2	Barnets behov och intressen	82
9.3.3	Rättstillämpningens betydelse	85
9.4	Diskussion de lege ferenda	85
9.5	Avslutande ord	87
	LITTERATURFÖRTECKNING	88
	Böcker	88
	Artiklar	88
	Offentligt tryck	89
	Opublicerat material	89
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	90

Sammanfattning

I enligt med Sveriges internationella åtaganden skall barnets bästa beaktas vid alla åtgärder som gäller barn, det vill säga i allt från lagstiftning till beslut i enskilda fall. I denna uppsats behandlas frågan om hur barnets bästa beaktas genom den process som omger olovligt bortförande av barn. Processen börjar med frågor om domsrätt och lagval och slutar med beslut om vårdnad och överflyttning.

Att hänsyn till principen om barnets bästa skall tas är numera självklart, mindre självklart är vad som menas med principen. Barnets bästa är tänkt att vara ett flexibelt begrepp som möjliggör att avgöranden så långt som möjligt står i överensstämmelse med vad som är bäst för varje enskilt barn. Presumtioner har dock växt fram som låst principen något och dessutom finns hänsyn till förutsägbarhet att beakta.

Den första frågan svensk domstol har att ta ställning till i fall med internationell anknytning är domsrätten, det vill säga domstolens egen behörighet. Inom familjerätten finns många skrivna domsrättsregler, men en del fall är oreglerade. Internationella överenskommelser är vanliga på detta område och spelar en stor roll. Det finns flera behörighetsgrundande faktorer i vårdnadsfall varav barnets hemvist kommit att bli den viktigaste. Praktiska hänsyn kan också grunda domsrätt exempelvis om barnet befinner sig i Sverige. Möjlighet till att göra en tillförlitlig utredning av barnets förhållanden och egen vilja är faktorer som värderas högt vid avgörandet av om ett mål skall tas upp av svensk domstol.

Har svensk domstol funnit sig behörig att ta upp en fråga blir nästa fråga enligt vilket lands lag den skall avgöras. Huvudregeln är att frågor rörande barn skall avgöras utifrån lagen i barnets hemvistland, eftersom detta anses bäst kunna leda till avgöranden som står i överensstämmelse med barnets levnadsförhållanden. Svensk domstol skall alltså tillämpa utländsk rätt om barnet anses ha hemvist annanstans än Sverige. Skulle resultatet av sådan tillämpning strida mot svensk ordre public tillämpas dock svensk rätt. Trots att huvudregeln är att lagen i barnets hemvistland skall tillämpas är det i praktiken ofta så att svensk domstol tillämpar svensk rätt av olika skäl. Om barnet vistas i Sverige skall svensk rätt enligt lag tillämpas i vårdnadsfrågan och det krävs alltså inte så mycket för att svensk rätt skall bli tillämplig och huvudregeln satt ur spel.

När det finns en utländsk dom rörande vårdnad eller umgänge blir frågan i vilken utsträckning sådan erkänns och är verkställbar här i landet. Huvudregeln är att utländska vårdnadsdomar inte erkänns i Sverige utan lagstöd. Sådant stöd finns i internationella överenskommelser och är relativt omfattande rörande vissa delar av världen. Domar från andra EU-länder både erkänns och verkställs i stor utsträckning här i landet enligt Bryssel II-förordningen och situationen är den samma med nordiska domar som

erkänns och verkställs i enlighet med internordiska konventioner. Även verkställighetslagen kan utgöra stöd för erkännande och verkställighet av utländsk dom. Ordre public-klausuler som hindrar erkännande och verkställighet om sådan skulle strida mot den inhemska rättsordningen finns i flera av de internationella instrumenten och är till skydd för barnets bästa. Att vårdnadsavgöranden och dylikt erkänns och kan verkställas i fler länder än ursprungslandet ger barn en viss säkerhet och ett visst skydd mot olovliga bortföranden eftersom det blir mindre lönsamt för en förälder att föra sitt barn till sådant land mot den andre förälderns vilja.

När vårdnads- och umgängesfrågor skall avgöras skall hänsyn tas till risken för att barnet olovligt bortförs eller kvarhålls. Olovligt bortförande ses som en typ av övergrepp mot barnet och sådana skall barnet givetvis skyddas mot. Gemensam vårdnad är huvudregel i svensk rätt, men i fall där ett olovligt bortförande skett eller det finns risk för ett sådant är gemensam vårdnad sällan ett alternativ som har utsikter att fungera. Den konflikt som finns mellan föräldrarna är ofta av sådan art att det inte är möjligt för dem att ha gemensam bestämmanderätt över barnet och en av dem måste alltså utses till ensam vårdnadshavare. Beroende på hur situationen ser ut och hur allvarlig risken för ett bortförande är kan den förälder som inte får del i vårdnaden tillerkännas umgängesrätt. När vårdnadshavare utses lägger domstol normalt stor vikt vid vilken av föräldrarna som bäst kan tänkas komma att främja umgänget mellan barnet och den andre föräldern. Att barnet får ett gott förhållande till båda sina föräldrar är något som värderas högt. När en förälder bortfört eller hotat med att bortföra sitt barn uppstår givetvis frågor kring denne persons lämplighet som vårdnadshavare och det kan väl kännas tveksamt om umgänget mellan barnet och den andre föräldern skulle komma att främjas av ett sådant val av vårdnadshavare. Trots detta är det inte alls omöjligt att en förälder som bortfört sitt barn utses till dess vårdnadshavare med hänvisning till vad som är bäst för barnet. Om barnet funnit sig till rätta i det nya landet kan det anses så skadligt för barnet att återigen ryckas upp från sin invanda miljö att vårdnaden tillerkänns den förälder som redan har den faktiska vårdnaden av barnet.

Den umgängesrätt som kan tillerkännas en förälder som inte får del i vårdnaden är till för barnet, inte föräldern. Detta innebär att det är barnets bästa och barnets behov som är avgörande för i vilken utsträckning ett eventuellt umgänge skall förekomma. Umgänge kan vägras helt om sådant skulle anses vara till skada för barnet exempelvis om risken anses stor att barnet vid umgänge skulle kunna komma att utsättas för någon form för övergrepp som till exempel olovligt bortförande. När denna riskbedömning görs krävs inte att det är ställt utom all rimlig tvivel att barnet kommer att fara illa, utan det räcker med att det föreligger en beaktansvärd risk därför. Att en förälder har utländsk härkomst räcker dock inte för att en risk för ett olovligt bortförande skall anses föreligga, utan det krävs någon form för konkret fara för att risken skall tas med i bedömningen. Sådan konkret fara kan anses föreligga om föräldern uttalat hot om bortförande eller vidtagit faktiska förberedande åtgärder för ett sådant, men till och med då behöver det inte innebära att faran anses så stor att umgänge skall vägras helt, utan

det är viktigt att se uttalanden och handlingar i sina sammanhang. Kommer domstol fram till att viss fara för bortförande föreligger, men inte tillräcklig för att vägra umgänge helt, kan restriktioner vid umgänget förordnas. Restriktioner är till för att göra umgänget säkrare för barnet och de kan bestå i att umgänge bara får ske inom landets gränser, i närvaro av tredje person eller endast under kortare stunder.

Vid avgörande av vårdnads- och umgägesfrågorna är risken för olovligt bortförande eller kvarhållande en faktor att ta med i bedömningen. När överflyttning blir aktuellt har ett sådant bortförande eller ett kvarhållande redan inträffat. Det handlar då om att så snabbt som möjligt återföra barnet till ursprungslandet och i detta syfte tillkom Haagkonventionen. Konventionen är det viktigaste internationella instrumentet för att bekämpa olovliga bortföranden av barn och Sverige ratificerade den 1989 då den också trädde ikraft för svensk del. Konventionen innebär att ett barn som bortförts omedelbart skall föras tillbaka till ursprungslandet såvida ingen vägransgrund är uppfylld. Syftet med ett återförande är dels att skydda barnet mot att ryckas upp från sin invanda miljö och dels att möjliggöra en prövning av vårdnadsfrågan i ursprungslandet då detta anses vara den lämpligaste plats att göra en sådan. Tyvärr är det många länder som inte ratificerat Haagkonventionen och om ett barn olovligen förs eller kvarhålls i ett sådant finns det mycket lite den kvarvarande föräldern kan göra. Det är därför viktigt att man arbetar för att få fler stater till att anta konventionen så att skyddet för barnen mot olovligt bortförande blir så globalt som möjligt.

Vid varje avgörande som berör barn skall hänsyn till barnets bästa tas. Domstol har att ta ställning till många frågor vid fall av olovligt bortförande och flera av dem är mycket basala så som frågor om domsrätt och lagval. Frågan hur väl hänsyn till barnets bästa tas i denna typ av mål är den jag ämnar besvara i denna uppsats.

Förord

Under sjätte terminen på juristutbildningen undervisade Michael Bogdan i internationell privaträtt och han väckte mitt intresse för frågan om olovligt bortförande av barn till utlandet. Att det är vanligt att barn bortförs till länder i västvärlden fångade mitt intresse eftersom detta inte alls stämde överens med min uppfattning. Jag hade alltid trott att det nästan uteslutande rörde sig om bortföranden till mer ”främmande” länder med annan kultur, religion och rättsordning. Jag tror inte att jag varit ensam om denna uppfattning, eftersom det är den typen av mål som oftast lyfts fram i media, och jag hoppas därför att denna uppsats kan bidra till att visa hur verkligheten faktiskt ser ut.

Uppsatsen är ingen renodlad redogörelse för gällande rätt på området utan mitt intresse för barn- och familjerätt har varit avgörande för mina avgränsningar och frågeställningar. Principen om barnets bästa är avsedd att vara den röda tråden genom hela arbetet. På så sätt vill jag sätta fokus på den som verkligen är det oskyldiga offret i sammanhanget, nämligen barnet, och på vad som görs för att tillvarata dess intressen.

Jag vill här slutligen ta tillfället iakt och säga tack till min mamma, pappa och Christian, ert stöd har betytt allt för mig och jag vill att ni skall veta hur mycket jag uppskattat det och älskar er för det.

Förkortningar

HD	Högsta domstolen
IMF	Lag (1990:272) om vissa internationella frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden
IÄL	Lag (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmyndarskap
NEVL	Lag (1977:595) erkännande och verkställighet av nordiska domar på privaträttens område
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avd. I
NÄF	Förordning (1931:429) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmyndarskap
RH	Rättsfall från hovrätterna
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SOU	Statens offentliga utredningar
Verkställighetslagen	Lag (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn

1 Inledning

1.1 Inledande ord

Begreppet barnets bästa växte fram under förra århundradet, det som kallats barnets århundrade.¹ Under samma århundrade ökade globaliseringen och äktenskap mellan människor från olika länder blev vanligare. Som en naturlig följd av den ökade rörligheten och lagändringar under tiden har antalet olovliga bortföranden ökat. Det som var tillåtet för tjugo år sedan är idag ett brott och det som är naturligt i ett land är ett brott i ett annat.

1.2 Frågeställningar och syfte

Uppsatsens röda tråd är principen om barnets bästa. Den övergripande frågeställningen är vilka hänsyn som tas till principen genom hela processen omkring ett olovligt bortförande från domsrätt och lagval till beslut om vårdnad, umgänge och överflyttning. Tre delfrågor kan urskiljas:

- Hur definieras barnets bästa i denna typ av mål?
- Vilka hänsyn tas till barnets bästa i den formella delen av bedömningen? Exempelvis frågan om hur barnets bästa beaktas vid domsrätts- och lagvalsfrågor.
- Vilka hänsyn tas till barnets bästa i den materiella delen av bedömningen? Bland annat frågan om hur ett olovligt bortförande eller risken för ett bortförande påverkar frågor rörande vårdnad och umgänge.

Syftet med uppsatsen är att läsaren skall kunna följa en process och se hur hänsyn till barnets bästa tas vid varje enskilt beslut.

1.3 Metod och material

Inom svensk rätt är rättskälleläran, som bygger på normhierarkin, rådande. Detta innebär att lagen står över praxis och doktrin. Prejudikat är vägledande, men inte bindande. Förarbetena kan också ge vägledning, men inte heller dessa har samma status som de lagar de lett fram till.

¹ Sandin, B. & Halldén, G. (red.), *Barnets bästa – en antologi om barndomens innebörder och välfärdens organisering*, sidan 7.

Rättspraxis, främst rättsfall från Högsta domstolen och Regeringsrätten, är mitt viktigaste material eftersom det är dessa som visar hur domstolarna dömer. Lagtext, förarbeten, offentliga utredningar och doktrin har jag också använt mig av. Jag tar upp praxis som utifrån vad jag läst av doktrin och utredningar med mera framstår som den mest relevanta.²

Det är inte alltid bara av intresse var man hittat sitt material, ibland kan det vara lika intressant att veta var en författare inte hittat något. Jag blev själv förvånad när jag inte hittade något av intresse för min uppsats på någon av barnrättsorganisationernas hemsidor. Ingen hade något eget material, utan jag hänvisades vidare till Utrikesdepartementet. Informationen skulle behöva finnas på så många ställen som möjligt för att öka tillgängligheten och chanserna att hitta den för dem som behöver den.

Jag har gått tillväga så att jag först har sett på vilka rättsregler som gäller i varje fråga. Därefter har jag läst och refererat relevanta rättsfall för att sedan övergå till att göra en bedömning av hur barnets bästa tillgodosetts.

1.4 Forskningsläget

Mycket har skrivits om barnets bästa respektive olovliga bortföranden, men jag har inte stött på en enda uppsats, artikel eller bok som sammanfört dessa på det sätt jag vill göra i denna uppsats. Visst berörs frågor om barnets bästa i samband med olovliga bortföranden, men det är aldrig den röda tråden från början till slut.

När det handlar om olovligt bortförande ligger tyngdpunkten inom både doktrin och praxis på Haagkonventionen och överflyttning enligt denna. Mindre har skrivits om till exempel de hänsyn som skall tas enligt 6 kapitlet 2a § föräldrabalken vid avgörande av vårdnads- och umgängesfrågor.

I de avsnitt som handlar om de formella frågorna har jag haft stor hjälp av Michael Bogdans bok *Svensk internationell privat- och processrätt*. Boken måste anses vara ledande på området och den hänvisas flitigt till både i doktrinen och i domstolarnas avgöranden. Johanna Schiratzki har skrivit mycket inom barnrätten som varit till nytta för mig.

1.5 Avgränsningar

Min utgångspunkt är svensk praxis och det är fall rörande olovligt bortförande med internationell anknytning som behandlas. Olovliga bortföranden har inte alltid anknytningar till andra länder än Sverige, utan

² Särskilt SOU 1997:116, Barn – Familj – Samhälle, var till stor hjälp som utgångspunkt. Sökningar i databaser över praxis och artiklar har också hjälpt mig finna fram till de rättsfall som haft störst betydelse för rättsutvecklingen.

ett olovligt bortförande eller kvarhållanden inom landets gränser av svenska föräldrar är fullt möjligt. Jag har dock valt att se på fall med internationell anknytning och dessa familjers specifika situation. Bedömningen är delvis den samma i båda typer av mål, men den internationella anknytningen aktualiserar frågor som inte kommer upp vid inhemska mål. Den internationella anknytningen ger bland annat den intressanta vinkeln på barnets bästa vid domsrätt, lagval och överflyttning. Internationella dokument aktualiseras, förloppet blir längre och perspektivet större.

I den del som handlar om den formella bedömningen tar jag upp frågor kring domsrätt, lagval, erkännande och verkställighet. Även andra frågor som berör processen kan bedömas utifrån om de tar hänsyn till barnets bästa, men jag tar enbart upp de frågor som är specifika för fall med internationell anknytning.

1.6 Disposition

I det inledande kapitlet behandlas principen om barnets bästa. Möjligen kan detta uppfattas som lite långt, men eftersom principen är central för framställningen tycker jag att det är befogat.

I kapitel 3, 4 och 5 behandlas de formella bedömningarna. Kapitel 3 handlar om domsrätt och svarar på frågan när svensk domstol är behörig att ta upp ett mål med internationell anknytning. I kapitel 4 besvaras sedan frågan enligt vilket lands lag en fråga skall prövas. I kapitel 5 behandlas slutligen förutsättningarna för erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsdomar.

De materiella bedömningarna är föremål för behandling i kapitel 6, 7 och 8. Hur ett olovligt bortförande kan påverka avgörandet i vårdnadsfrågan tas upp i kapitel 6 medan påverkan på umgängesrätten behandlas i kapitel 7. I kapitel 8 tas överflyttning av barn upp.

Jag har lagt ner mycket tid och utrymme på rättsfallen eftersom det är i dessa man kan se de konkreta hänsyn som tas till barnets bästa. De noggranna genomgångarna gör mina slutsatser lättare att följa och möjliggör också för läsaren att bilda sig egna åsikter.

Analysen i kapitel 9 sammanfattar mina slutsatser och återanknyter till frågeställningarna.

2 Principen om barnets bästa

2.1 Inledning

I detta kapitel behandlas principen om barnets bästa. Principen är min röda tråd och det redskap jag kommer att använda mig av i min analys. Eftersom principen är en sådan viktig del av min metod är det viktigt att den definieras på ett sådant sätt att jag kan använda den i min analys av konkreta fall. Först kommer jag dock att kort beskriva principens historia och sedan följer definitionen. Definitionen utgår huvudsakligen från lagstiftningen med dess förarbeten och praxis. Sist kommer avsnittet med den definition jag kommer att använda som arbetsredskap.

Barnets bästa är en central princip inom barnrätten. Även på andra rättsområden som berör barn spelar principen en viktig roll. Mycket har skrivits om barnets bästa, men principen är för mig ett arbetsredskap och för att uppnå syftet med min uppsats krävs inte en heltäckande kartläggning av principen, det är således inte en sådan jag siktar på i detta kapitel.

2.2 Historik

2.2.1 Sverige

Principen om barnets bästa dök upp i Sverige i början på 1900-talet. Vid denna tid började man reagera på hur illa barn behandlades och resultatet blev en serie lagar rörande barns villkor. Lagarna var Lagen om barn i äktenskap, Lagen om barn utom äktenskap, Lagen om adoption, Lagen om förmyndarskap och barnavårdslagen. Tillsammans kom dessa lagar att utgöra den första egentliga barnlagstiftningen i Sverige och gemensamt var att de alla innefattade principen om barnets bästa.³ Ett exempel på hur det kunde lyda är 9 § 1920 års lag om barn i äktenskap som stadgade:

Äro föräldrarna ense, give rätten sitt beslut i överensstämmelse med vad de önska såfram det ej är uppenbart stridande mot barnens bästa; åsämjas de ej, bestämme rätten, efter vad med hänsyn främst till barnens bästa finnes skäligt.

Under 1900-talet byggdes välfärdsstaten upp och i centrum för ansträngningarna att förändra samhället stod barnet. Barnets rättigheter gavs

³ SOU 1997:116, *Barn – Familj – Samhälle*, sidan 140.

ökat utrymme gentemot föräldrarnas och statens åtaganden i förhållande till barnet definierades. Att 1900-talet kallades barnets århundrade var alltså inte ogrundat.⁴

Även om föräldrarnas ansvar för barnen betonas mer nu än förr,⁵ har Sverige ändå en förhållandevis stark stat, som är intresserad av barns välfärd. Barn är inte bara föräldrarnas angelägenhet, utan även samhällets och samhället har ytterst rättslig befogenhet att skilja barn och föräldrar åt.⁶

2.2.2 Internationellt

Liksom i svensk rätt har principen om barnets bästa, eller i vart fall grunden till den, funnits i den internationella lagstiftningen sedan tidigt 1900-tal. I den första deklARATIONEN om barnets rättigheter som antogs av Nationernas Förbund 1924 kunde man läsa att:

mankind owes to the child the best that it has to give

Principen formades ytterligare i 1959 års deklARATION om barnets rättigheter där artikel 2 stadgade att:

*in the enactment of laws for this purpose the best interest of the child shall be the paramount consideration*⁷

Även i instrument som inte direkt handlar om barns rättigheter har barnets bästa ibland tagits in.⁸ Kommittén för mänskliga rättigheter, som övervakar tillämpningen av konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter, har hänvisat till barnets intressen i sina allmänna kommentarer, särskilt i skilsmässofall. Slutligen har organ inom FN, exempelvis UNHCR och UNICEF, tagit med principen i sina program.

Grunden till att principen om barnets bästa slagit igenom och utvecklats inom den internationella rätten är att den funnits under lång tid i många länders nationella lagstiftning. Det är inte bara i Sverige som stora delar av familjerätten bygger på vad som är bäst för barnet, utan även länder som Canada, Frankrike, Indien och Zimbabwe har principen som utgångspunkt.⁹

⁴ Sandin, B. & Halldén, G. (red.), *Barnets bästa – en antologi om barndomens innebörder och välfärdens organisering*, sidan 7.

⁵ A. a., sidan 8.

⁶ A. a., sidan 28.

⁷ SOU 1997:116, sidan 126.

⁸ Så är exempelvis fallet i konventionen om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor.

⁹ SOU 1997:116, sidan 126.

2.3 Definition av barnets bästa

2.3.1 Inledning

Att på ett kort och koncist sätt definiera barnets bästa låter sig inte göras. Principen har en relativt vag innebörd, som inte är fastslagen en gång för alla, vilket annars är fallet med många principer inom juridiken. För att förstå vad som menas med barnets bästa får man gå till lagstiftningen med dess förarbeten, praxis och doktrin. Jag kommer här först att försöka utläsa ur förarbeten och praxis vad principen innebär. Doktrinen kommer in i det avsnitt där jag tar upp den definition av principen som jag kommer att använda i min analys.

2.3.2 Barnets bästa i barnkonventionen

FN:s konvention om barnets rättigheter, som i dagligt tal kallas barnkonventionen, antogs av FN:s generalförsamling 1989. Sverige ratificerade, som en av de första staterna, konventionen 1990. Av alla erkända stater i världen är det enbart USA och Somalia som inte har ratificerat barnkonventionen och denna nästan universella anslutning gör konventionen till det viktigaste internationella instrumentet inom barnrätten.

Barnkonventionen anger grundläggande rättigheter som skall gälla för alla barn i hela världen. De skall gälla i alla samhällen, oavsett kultur, religion och andra särdrag.¹⁰

Den breda anknytningen till konventionen är en framgång, men ett stort antal konventionsstater har gjort omfattande reservationer vid ratifikationen. Dessa reservationer innebär att det folkrättsliga åtagande som de staterna gjort blir relativt innehållslöst. Reservationerna visar att staternas ambition att följa barnkonventionen varierar och att världssamfundets kollektiva syn på barn är relativt splittrad.¹¹

Principen om barnets bästa är en av barnkonventionens fyra huvudprinciper och artikel 3 lyder:

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.

¹⁰ SOU 1997:116, sidan 131.

¹¹ Sandin, B. & Halldén, G. (red.), Schiratzki, J., *Barnets bästa – en antologi om barndomens innebörder och välfärdens organisering*, sidan 32.

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 ett 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.

Eftersom det är staterna, inte de enskilda medborgarna, som är bundna av konventionen är det naturligt att konventionen i första hand tar sikte på åtgärder som det offentliga vidtar inom det rättsliga området.¹²

Barnkonventionen är internationell rätt som implementerats i svensk rätt genom fördragskonform tolkning. Detta innebär att ratifikationen av konventionen inte ledde till någon ny svensk lagstiftning, utan svensk rätt ansågs stå i överensstämmelse med förpliktelsen. Barnkonventionen ratificerades genom att riksdagen bekräftade att normharmoni mellan konventionen och svensk lag förelåg. Det åligger riksdag och regering att anpassa den svenska normgivningen till barnkonventionens innehåll. Domstolar och förvaltningsmyndigheter som utövar sin makt under lagarna har däremot inte att följa barnkonventionens bestämmelser eftersom dessa inte utgör svensk lag.¹³

Trots att domstolar och myndigheter inte är bundna av barnkonventionen som sådan är konventionen dock viktig som tolkningsinstrument vid tillämpningen av svensk lag.¹⁴ Enligt FN:s kommitté för barns rättigheter skall tolkningen av vad som är barnets bästa stå i överensstämmelse med barnkonventionens anda.¹⁵ Omvänt skall konventionens sakartiklar tolkas i ljuset av konventionens huvudprinciper, varav barnets bästa utgör en.

Formuleringen av artikel 3 är relativt vag. Arbetsgruppen valde medvetet en bred och något vagare formulering framför en snävare och tydligare.¹⁶ Barnkonventionens nästan universella anknytning betyder inte att det finns ett universellt barnets bästa. Visserligen skall de grundläggande rättigheterna gälla alla barn, men konventionen ger utrymme för skilda tolkningar av barnets bästa, dels beroende på sociala och kulturella värderingar i det aktuella samhället, dels beroende på i vilken omfattning staten har åtagit sig att respektera de rättigheter som barnet tillerkänns. En

¹² Schiratzki, J., *Barnrättens grunder*, sidan 27f.

¹³ Sandin, B. & Halldén, G. (red.), Schiratzki, J., *Barnets bästa – en antologi om barndomens innebörder och välfärdens organisering*, sidan 26f.

¹⁴ Ewerlöf, G., Sverne, T. & Singer A., *Barnets bästa: om föräldrars och samhällets ansvar*, sidan 23.

¹⁵ Schiratzki, J., *Barnrättens grunder*, sidan 29.

¹⁶ SOU 1997:116, sidan 129.

stat som Sverige, som inte har gjort några reservationer mot barnkonventionen, kan däremot inte tolka barnets bästa på ett sådant sätt att barn förvägras de rättigheter som de tillerkänns enligt barnkonventionen. Det gäller också barn med anknytning till stater vilka gjort omfattande reservationer.¹⁷

Formuleringen av artikel 3 innebär egentligen en försvagning av skyddet för barnets bästa jämfört med äldre internationella instrument. Originaltexten stadgar att barnets bästa skall vara "a primary consideration", men inte "the primary consideration". Detta innebär att en avvägning mellan barnets bästa och andra intressen är tillåten, vilket dock inte framgår lika tydligt av den svenska texten, men alltså är avsikten.¹⁸ När en avvägning görs och en myndighet låter andra intressen väga tyngre än barnets bästa måste den beslutande myndigheten kunna visa att en sammanvägning av relevanta intressen i det enskilda fallet har gjorts. Beslutande myndigheter skall också enligt barnkonventionen så långt som möjligt säkra att barnets bästa kommer med och redovisas i beslutsprocessen.

Just denna typ av förhandsprövning, där konsekvenserna av olika beslutsalternativ bedöms, framhålls av FN-kommittén som en av de viktigaste följderna av principen om barnets bästa.¹⁹

En förbättring i barnkonventionen jämfört med tidigare internationella instrument är att barnets bästa enligt den skall komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn. Tidigare gällde detta enbart i familjerättsliga frågor, men nu gäller det på alla samhällsområden, vilket ger konventionen en bredd som inget annat internationellt dokument har. Konventionens artikel 3 skall vara en garanti för att barnperspektivet finns med på alla nivåer där beslut rörande barn fattas.²⁰

2.3.3 Barnets bästa i svensk lagstiftning

Att hänsyn skall tas till barnets bästa i beslut som rör barn är stadgat i allt fler svenska lagar. Principen har funnits länge i vissa lagar så som föräldrabalken, medan den är ett nyare tillskott i andra så som socialtjänstlagen och utlänningslagen.²¹ Meningen med detta avsnitt är inte att lista alla de lagar som innefattar principen om barnets bästa, utan att se på vad som faktiskt menas med principen enligt lagarnas förarbeten.

¹⁷ Sandin, B. & Halldén, G. (red.), Schiratzki, J., *Barnets bästa – en antologi om barndomens innebörder och välfärdens organisering*, sidan 35.

¹⁸ Schiratzki, J., *Barnrättens grunder*, sidan 28.

¹⁹ SOU 1997:116, sidan 131.

²⁰ SOU 1997:116, sidan 126f.

²¹ SOU 1997:116, sidan 141.

Lagstiftaren ger inget entydigt svar på vad som avses med barnets bästa, utan innebördens föränderlighet framhävs istället. I förarbetena kan man läsa att:

*Vad som är barnets bästa är inte en gång för alla givet. Begreppet är relativt och betyder olika saker för olika människor beroende på hur barnets behov uppfattas av dem. Begreppets innebörd förändras över tid i takt med att ny kunskap växer fram och värderingar i samhället förändras.*²²

I propositionen 1996/97:25 sägs att de grundläggande behov som skall beaktas vid tolkningen av barnets bästa är barnets behov av:

- omvårdnad och skydd för att kunna överleva och utvecklas
- respekt för sin integritet
- ett stabilt och varaktigt förhållande till bägge föräldrarna

Den svenska Barnkommittén har lagt fram ett förslag på hur barnets bästa skall tolkas. Här föreslås att tolkningen skall utgå från två olika perspektiv; det objektiva och det subjektiva. Det objektiva är det man vet om barn genom forskning och erfarenhet och det subjektiva det man får fram genom att prata med barnet. Barnets synpunkter byggs alltså in i beslutsfattandet.²³

Det här skall dock inte ses som någon slutgiltig lösning, i proposition 1997/98:7 gör regeringen nämligen en annan bedömning. I specialmotiveringen till bestämmelsen i 6 kapitlet 2a § föräldrabalken skriver departementschefen om vilka hänsyn som skall tas vid en bedömning av vad som är bäst för det enskilda barnet. Samtidigt påpekar han att beslutet ofta måste omfatta subjektiva antaganden och bedömningar.

*Vid bedömningen måste hänsyn tas till allt som rör barnets fysiska och psykiska välbefinnande och utveckling. Så långt det är möjligt skall därvid såväl kortsiktiga som långsiktiga effekter för barnet beaktas. Det säger sig självt att det ofta är nära nog omöjligt att objektivt slå fast vad som är bäst för barnet. I sådana fall blir det till sist domstolens resp. socialnämndens uppfattning, antaganden och bedömningar som blir avgörande.*²⁴

Ett problem vid tolkning av barnets bästa är frågan om vem som skall göra tolkningen. Vilken grupp av personer är bäst lämpad att avgöra vad som är bäst för ett barn, föräldrarna (tillsammans eller var för sig), psykologer, läkare, lärare eller jurister.

Jurister är någorlunda överens om att barnets bästa måste ses som ett öppet koncept, vilket innebär att begreppet skall stämma överens med samhällets kulturella och moraliska värderingar.²⁵ Länders kultur, ekonomiska och

²² Prop. 1996/97:124, sidan 100.

²³ Schiratzki, J., *Barnrättens grunder*, sidan 30. SOU 1997:116, sidan 134.

²⁴ Prop. 1997/98:7, sidan 104f.

²⁵ Schiratzki, J., *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige*, sidan 53f.

sociala utvecklingsnivå är inget statistiskt och det är inte heller barnets bästa. Innebörden varierar över tid och från ett land med dess värderingar till ett annat. Vad som är barnets bästa varierar också från ett barn till ett annat med hänsyn till varje barns individuella situation.²⁶

Enligt barnombudsmannen skall innehållet i principen om barnets bästa tolkas som den bästa tänkbara lösningen för varje enskilt barn. Bedömningen av vad som är barnets bästa skall bygga på kunskap och erfarenhet i kombination med en bedömning av det berörda barnets livssituation. Systematisk uppföljning och utvärdering är nödvändig. Det är viktigt att barnet får ge uttryck för sina åsikter och att de sedan vägs in i beslutet, i den mån det är möjligt med hänsyn till barnets ålder och mognad.²⁷

2.3.4 Barnets bästa i praxis

Innebörden av barnets bästa har till stor del tagit form genom praxis. Eftersom lagstiftaren varit sparsam i sin vägledning om vad som är barnets bästa har det genom åren vuxit fram vissa tendenser i domstolarnas sätt att döma, vilka kan sägas ha blivit till presumtioner om vad som är barnets bästa.

I mål rörande vårdnad kan man se flera tendenser. För det första kan man se att domstolarna ofta anser att mamman är mer lämplig att ha vårdnaden om små barn. Domstolarna har också lagt stor vikt vid vilken av föräldrarna som kan tänkas bäst komma att tillgodogöra barnets behov av umgänge med den andra föräldern. Att barnet skall få stanna i sin invanda miljö är också en faktor som fått stor betydelse och ofta har andra faktorer fått ge vika inför just detta övervägande.²⁸

Gemensam vårdnad är huvudregeln, men enskild vårdnad anses vara att föredra när den ena föräldern gjort sig skyldig till våld eller övergrepp mot barnet eller mot den andra föräldern. Beviskravet på att våld faktiskt förekommit är inte menat att vara lika högt ställt som i brottmål. Domstolen skall beakta om det finns en risk för att barnet i framtiden far illa och det är barnets framtida skydd från övergrepp som skall säkerställas. Det är viktigt att framhålla att det inte enbart är barn som själva utsatts för våld som är offer, utan även barn som tvingas bevittna våld inom familjen lider och kan ses som brottsoffer.

I mål rörande umgänge är utgångspunkten att ett barn bara i undantagsfall inte skall umgås med den förälder som inte har vårdnaden. De situationer då umgänge skall vägras är oftast då sådant kan vara till psykisk skada för

²⁶ SOU 1997:116, sidan 131.

²⁷ *Barnets bästa i rättsprocessen – frågor om vårdnad, boende och umgänge*, Barnombudsmannen informerar (BI), 2003:01.

²⁸ SOU 1997:116, sidan 149ff.

barnet, vilket oftast är i de situationer då barnet självt motsätter sig umgänget. En domstol är inte bunden av föräldrarnas överenskommelse om umgänge, utan har ett självständigt ansvar för att frågan om umgänge blir utredd på tillfredsställande sätt enligt 6 kapitlet 19 § föräldrabalken. Det är viktigt att komma ihåg att umgänget i första hand är till för barnet och att en förälder inte har någon absolut rätt till umgänge med sitt barn. Vid beslut om umgänge kan domstol ta hänsyn till vilken kontakt barnet haft med föräldern tidigare och om den varit väldigt sparsam kan det vara anledning att förordna om begränsat umgänge. Umgänge kan vägras om det finns misstankar om misshandel eller andra övergrepp, samt om det finns risk för olovligt bortförande. NJA 1992 sidan 93, som behandlas i kapitlet om vårdnad, är ett mycket bra exempel på fall då umgänge vägrats på grund av risken för ett bortförande. NJA 1995 sidan 727, som tas upp i kapitlet om umgänge, handlar också om denna bedömning. Även vid mål om överflyttning lägger man stor vikt vid barnets bästa, vilket kapitel 8 handlar om.

Andra faktorer att ta hänsyn till vid bedömningen av frågor om vårdnad och umgänge handlar om hur djup en eventuell konflikt mellan föräldrarna är och hur de hanterar den. Om äldre syskon omfattas av samma umgängesförordnande och formen för föräldrarnas tidigare förhållande kan också vara av betydelse. Exempelvis kan det vara skillnad beroende på om föräldrarna tidigare bott tillsammans med barnet eller om barnet sällan har träffat den förälder som det skall ha umgänge med.²⁹

Fördelen med att använda sig av presumtioner är att förutsägbarheten ökar och risken minskar för att traditionella rättssäkerhetskriterier träds för nära. Nackdelen är att vissa aspekter av barnets bästa prioriteras framför andra. Problem kan uppstå då en förälder som yrkar avsteg från en presumtion kan anses ha "fel" i rättsordningens ögon och därmed måste kunna förklara varför avsteg från den rådande tolkningen av barnets bästa skall göras. Används presumtioner förloras poängen med barnets bästa i lagtext om den anses vara att principen skall ge domstol och myndighet möjlighet att förutsättningslöst se till barnets behov i varje enskilt fall.³⁰

2.3.5 Barnets bästa som arbetsredskap

Principen om barnets bästa är min röda tråd och det redskap jag kommer att använda mig av i min analys. Principen är en viktig del av min metod och det är därför nödvändigt att den definieras på ett sådant sätt att jag kan använda den i min analys av konkreta fall. Som jag understrukt finns det

²⁹ *Barnets bästa i rättsprocessen – frågor om vårdnad, boende och umgänge*, Barnombudsmannen informerar (BI), 2003:01.

³⁰ Sandin, B. & Halldén, G. (red.), Schiratzki, J., *Barnets bästa –en antologi om barndomens innebörder och välfärdens organisering*, sidan 39f.

ingen sådan enhetlig vedertagen definition, så jag har valt att ta hjälp av Mattssons definition av principen.³¹

Mattsson delar in de faktorer som kan ingå i en prövning av barnets bästa i två grupper; barnets behov och barnets intressen. Barnets behov omfattar det som vuxna anser att barn behöver, medan barnets intressen omfattar det barnet behöver sett ur barnets egen synvinkel. Det första är ett objektiva betraktelsesätt, ett utifrånperspektiv, medan det andra är ett subjektivt betraktelsesätt, ett inifrånperspektiv. Vidare kan barnets behov delas in i typiska och specifika behov för att skilja mellan vad barn i allmänhet behöver och vad det enskilda barnet behöver, liksom barnets intressen kan delas in i vad barn anser att barn i allmänhet behöver och vad ett visst barn anser sig själv behöva.³²

2.4 Sammanfattning

Barnets bästa är en vag och svårdefinierad princip. Den är tänkt att möjliggöra en helhetsbedömning av varje barns unika situation och på så sätt skall man kunna fatta beslut som är bäst för just det barnet. Ses barnets bästa som ett öppet koncept kan rättstillämparen alltså göra en friare bedömning än vad som är fallet när traditionella rättsregler tillämpas. Bristen på definition har dock lett till att vissa presumtioner vuxit fram, vilka gör principen mindre flexibel, men resultaten mer förutsägbara. För att kunna använda principen som redskap i en analys krävs att man själv tar ställning till innebörden och arbetar utifrån en egen definition.

³¹ Mattsson, T., *Barnet och rättsprocessen – rättssäkerhet, integritetsskydd och autonomi i samband med beslut om tvångsvård*, 2002.

³² Mattsson, T., sidan 37f.

3 Domsrätt

3.1 Inledning

Svenska domstolars behörighet i förhållande till utlandet betecknas som svensk domsrätt och tillhörande regler kallas domsrättsregler.³³ I fall med internationell anknytning har svensk domstol först att ta ställning till om domsrätt föreligger innan någon prövning i sak kan göras. Domstolen gör denna prövning av behörighet ex officio.³⁴

Frågan om domsrätt tillhör den internationella privat- och processrätten, som reglerar privaträttsliga rättsförhållanden med internationell karaktär.³⁵ Den internationella privat- och processrätten tillhör den nationella rättsordningen, vilket innebär att det i princip är upp till varje enskild stat att lagstifta på området.³⁶ Det finns dock ett omfattande internationellt lagstiftningssamarbete och många svenska lagregler bygger på internationella instrument. Bland de viktigaste märks de nordiska konventionerna, EU-förordningar och ett antal Haagkonventioner.³⁷

För att det skall finnas ett svensk rättskipningsintresse krävs vanligtvis att tvisten eller parterna har en viss anknytning till Sverige. Inom familjerätten är det vanligt med lagfästa domsrättsregler, men det finns fall som är oreglerade.³⁸

Sett ur barnets synpunkt är domsrätsfrågor relevanta eftersom de avgör möjligheterna att få frågor som rör barnet prövade av en svensk domstol. Som vi skall se tas hänsyn till vad som är bäst för barnet redan på detta tidiga stadium i avgörandet om en fråga överhuvudtaget skall tas upp till prövning.

I nästa avsnitt behandlas grunderna för domsrätt när mål har anknytning till utomnordiska länder och i avsnittet därefter tas reglerna som gäller mellan de nordiska länderna upp.

³³ Bogdan, M., *Svensk internationell privat- och processrätt*, 2004, sidan 112.

³⁴ NJA 1993 sidan 65. Handlar också om vilken anknytning till Sverige som krävs för svensk domsrätt.

³⁵ Bogdan, M., sidan 23.

³⁶ Bogdan, M., sidan 21.

³⁷ Bogdan, M., sidan 22.

³⁸ Bogdan, M., sidan 112.

3.2 Utomnordiska länder

Svensk domsrätt i mål rörande vårdnad behandlas fläckvis i svenska författningar och hänger till viss del ihop med domsrätten i äktenskapsmål. Beträffande stater inom EU är det i första hand Bryssel II-förordningen som aktualiseras och denna kommer också att behandlas först. Sedan kommer framställningen att övergå till vad som gäller när ingen medlemsstat är behörig enligt förordningen eller det gäller ett icke EU-land.

Den första Bryssel II-förordningen³⁹ trädde i kraft den 1 mars 2001 och har varit direkt tillämplig inom EU sedan dess. Förordningen behandlar domstols behörighet och erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar för makars gemensamma barn. Regleringen innebär bland annat att ett avgörande som meddelats i ett EU-land kan verkställas i ett annat genom ett särskilt förfarande. Rörande frågor om föräldraansvar finns det vissa begränsningar i förordningens tillämplighet. Förordningen gäller bara makars gemensamma barn och bara när frågan uppkommer i samband med äktenskapsskillnad. Ogifta föräldrars barn omfattas alltså inte och inte heller frågor om föräldraansvar som inte prövas i samband med äktenskapsskillnad. Nyligen har en ny Bryssel II-förordning börjat tillämpas och den råder i viss mån bot på den äldres brister.⁴⁰

Den nya förordningen har ett vidare tillämpningsområde än den gamla i det att den omfattar alla avgöranden om föräldraansvar oavsett om frågorna uppkommit i samband med ett äktenskapsmål.⁴¹ I förordningen införs också regler som kompletterar 1980 års Haagkonvention om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn.⁴²

Bryssel II-förordningen har företrädare framför både Europarådskonventionen och Haagkonventionen⁴³ enligt artikel 60, medan 1930 års nordiska konvention gäller framför förordningen enligt artikel 59.

Artiklarna 8-15 i förordningen reglerar föräldraansvar. Enligt artikel 8.1 grundar barnets hemvist behörighet för en domstol, samtidigt som möjligheten att ta upp frågor om föräldraansvar i samband med äktenskapsmål kvarstår.⁴⁴ Artikel 10 stadgar att om ett barn olovligen

³⁹ Rådets förordning nr 1347/2000 av den 29 maj 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar för makars gemensamma barn.

⁴⁰ Förordning 2201/2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar samt om upphävande av förordning nr 1347/2000. Den nya förordningen började tillämpas den 1 mars 2005.

⁴¹ SOU 2004:80, *Kompletterande bestämmelser till den nya Bryssel II-förordningen*, sidan 9.

⁴² Förordningens artikel 11.

⁴³ Haagkonventionen behandlas i avsnitt 8.2.1.

⁴⁴ Artikel 12 som hänvisar till artikel 3.

bortförts eller kvarhålls i en stat behåller domstolarna i den stat där barnet hade hemvist omedelbart innan bortförandet eller kvarhållandet sin behörighet tills barnet har fått hemvist i en annan medlemsstat och den som har vårdnaden om barnet har godtagit bortförandet eller kvarhållandet, eller barnet har varit bosatt i den andra medlemsstaten i minst ett år efter att den som har vårdnaden om barnet fått eller borde ha fått kännedom om var barnet befinner sig och barnet funnit sig till rätta i sin nya miljö. Dessutom skall något av de fyra villkoren i punkt b vara uppfyllda, exempelvis att ingen begäran om återlämnande har lämnats in i tid.

Bryssel II-förordningens artikel 11 tillämpas när en begäran om återlämnande har gjorts enligt Haagkonventionen. Artikel 11 kompletterar konventionen genom att sätta upp krav på att barnet ges möjlighet att yttra sig, förutsatt att det inte är olämpligt med hänsyn till barnets ålder eller mognad. Krav ställs också på en snabb handläggning. Punkt 4 stadgar att en domstol inte kan vägra att återlämna ett barn på grundval av artikel 13 b i konventionen om det styrks att lämpliga åtgärder har vidtagits för att garantera barnets skydd efter återlämnandet. Artikel 13 b motsvaras av verkställighetslagen 12 § 2 punkten som innebär att överflyttning av barn får vägras om det finns en allvarlig risk för att överflyttningen skadar barnets kroppsliga eller själsliga hälsa eller i övrigt försätter barnet i en situation som inte är godtagbar.⁴⁵ Sådana lämpliga åtgärder som artikeln syftar på kallas ”undertakings” och kan exempelvis innebära att sökande åtar sig att ordna ett separat boende för barnet och den återvändande föräldern när de återvänder eller att barnet överlämnas till sociala myndigheter vid återvändandet istället för till den sökande i avvaktan på ett avgörande i vårdnadsfrågan. Det är viktigt att understryka att det rör sig om frivilliga åtaganden.⁴⁶

Skulle domstol i en medlemsstat finna sig behörig att ta upp ett mål om föräldraansvar, men samtidigt anse att domstol i en annan medlemsstat är bättre lämpad att pröva målet finns i artikel 15 möjlighet att överföra målet till denna. Överföring får bara ske om det är till barnets bästa.

Om ingen EU-stats domstol är behörig enligt Bryssel II-förordningen bestäms behörighet av varje enskild stat.⁴⁷ För Sveriges del är det i sådana fall främst Lag 1904:26 s. 1 om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap (IÄL) som aktualiseras⁴⁸ och här kommer det ovan nämnda sambandet med äktenskapsmål in. I 3 kapitlet 2 § stadgas när svensk domstol är behörig att ta upp äktenskapsmål:

Äktenskapsmål får upptagas av svensk domstol, om
1. båda makarna äro svenska medborgare,

⁴⁵ Kritik mot detta har framförts av Maarit Jänterä-Jareborg i *Olovliga bortföranden av barn och Haagkonventionerna*, Festskrift tillägnad Elsa Eschelsson.

⁴⁶ SOU 2004:80, sidan 46.

⁴⁷ Bryssel II-förordningen artikel 7.1 rörande äktenskapsmål och artikel 14 rörande mål om föräldraansvar.

⁴⁸ Bogdan, M., sidan 217.

2. *käranden är svensk medborgare och har hemvist här i riket eller tidigare haft hemvist här sedan han fyllt aderton år,*
3. *käranden ej är svensk medborgare men har hemvist här i riket sedan minst ett år,*
4. *svaranden har hemvist här i riket,*
5. *saken rör ogiltighet av vigsel som förrättats av svensk myndighet,*
6. *i annat fall än som avses i 1-5 regeringen eller myndighet som regeringen bestämmer finner skäl att talan prövas här i riket, under förutsättning att endera maken är svensk medborgare eller käranden ej kan få sin talan prövad i den stat där han är medborgare.*

I 3 kapitlet 6 § stadgas sedan rörande vårdnadsfrågor att:

Frågor angående vårdnaden om och underhåll till barn få upptagas i äktenskapsmål. Om barnet vistas här i riket skola sådana frågor alltid prövas enligt svensk lag.

Denna reglering är mycket ofullständig och täcker exempelvis inte de fall där frågan om vårdnad och underhåll inte uppkommer i samband med ett äktenskapsmål eller där barnet inte vistas i Sverige.⁴⁹ Lydelsen innebär att en svensk domstol kan ta upp vårdnadsfrågor i samband med äktenskapsmål men inte är skyldig att göra det. Domsrätten i vårdnadsfrågan beror på om praktiskt behov därav anses föreligga. Praktiskt behov anses exempelvis föreligga när barnet vistas här i landet.⁵⁰

Det är sannolikt att 3 kapitlet 6 § IÄL skulle kunna få analogisk tillämpning även då frågorna inte uppkommer i samband med ett äktenskapsmål, det finns nämligen ingen saklig grund till att bedöma frågorna olika beroende på i vilket sammanhang frågorna uppkommer.⁵¹

Forumreglerna i 6 kapitlet 17 § föräldrabalken leder till att det antagligen är tillräckligt att barnet har hemvist i Sverige för att svensk domstol skall anses behörig att döma i vårdnadsfrågor. Att hemvist beror på ett olovligt bortförande kan beaktas vid domstolsprövningen, men förlorar i betydelse efter ett tag.⁵² Barnets hemvist är alltså en viktig jurisdiktionsgrund för vårdnadstvister. Vårdnadshavarens hemvist i Sverige är normalt också tillräckligt för att grunda svensk domsrätt, förutsatt att denne är svarande i tvisten.⁵³ Ibland kan det vara nödvändigt att utvidga svensk domsrätt för att undvika juridiskt vakuum som orsakas av att svensk domstol saknar behörighet samtidigt som utländsk dom inte erkänns här.⁵⁴

⁴⁹ Bogdan, M., sidan 213.

⁵⁰ Bogdan, M., sidan 217.

⁵¹ Bogdan, M., sidan 215. NJA 1997 sidan 154.

⁵² Bogdan, M., sidan 218.

⁵³ Bogdan, M., sidan 217.

⁵⁴ Bogdan, M., sidan 218.

3.2.1 NJA 1995 sidan 770

I det här fallet ansågs faderns svenska medborgarskap och hans hemvist i Sverige vara tillräckligt för att skapa svensk domsrätt vid en gemensam ansökan om gemensam vårdnad med motiveringen att en vårdnadstalan mot honom hade kunnat tas upp i Sverige på grund av hans hemvist här.

Christer är svensk medborgare med hemvist i Sverige och Lin är taiwanesisk medborgare med hemvist i Taiwan. Tillsammans ansöker de om gemensam vårdnad om sonen Victor, som har hemvist i Taiwan.

Tingsrätten konstaterar att eftersom frågan om vårdnad inte kommit upp i samband med ett äktenskapsmål saknas lagregler om svensk domsrätt. Praxis visar att svensk domsrätt har ansetts föreligga i fall då barnet eller vårdnadshavaren har hemvist i Sverige i fall rörande överflyttning av vårdnaden. I detta fall har varken barnet eller vårdnadshavaren, som är Lin ensam, hemvist i Sverige och svensk domsrätt anses därför inte föreligga. Enbart det faktum att fadern, som alltså inte är vårdnadshavare, har hemvist i Sverige är inte nog för svensk domsrätt.

Parterna överklagade och yrkade att hovrätten skulle undanröja tingsrättens beslut och återvisa målet till tingsrätten för prövning i sak. Till stöd för sitt yrkande anförde de att sonen Victor saknar medborgarskap till följd av parternas avtal om gemensam vårdnad och taiwanesisk lag om medborgarskap. För att sonen skall ha möjlighet att erhålla svenskt medborgarskap efter fadern krävs ett avgörande som gör honom till vårdnadshavare.

Hovrätten gör samma bedömning som tingsrätten och kommer till slutsatsen att svensk domsrätt inte föreligger. Varken Christers hemvist i Sverige eller hans svenska medborgarskap är tillräcklig grund för svensk domsrätt. Hovrätten tar heller inte hänsyn till att sonen på grund av de rådande omständigheterna saknar medborgarskap. Däremot skulle detta faktum möjligen kunna beaktas vid prövning av fråga om naturalisation enligt 6 § lagen om svenskt medborgarskap.

Parterna överklagade och yrkade att Högsta domstolen skulle undanröja hovrättens beslut och återvisa målet till tingsrätten för prövning i sak.

Högsta domstolen framhåller att om talan om vårdnaden hade förts mot Christer hade svensk domsrätt enligt praxis förelegat. Nu är fallet däremot sådant att parterna gjort en gemensam ansökan. Domstolen finner dock, med stöd av förarbetena, att det ligger nära till hands att ge svensk domstol behörighet på samma grund som om Christer varit svarande, trots att ansökan är gemensam. Det taiwanesiska beslutet varken erkänns eller är verkställbart i Sverige. Domstolen menar att det skulle vara en fördel om frågan om gemensam vårdnad reglerats i ett svenskt avgörande, för att ha ett gällande sådant ifall pojken skulle komma till Sverige. Svensk domsrätt

innebär dock inte att svensk rätt automatiskt tillämpas, utan vårdnadsfrågan kan komma att prövas enligt lagen i det land där barnet har sitt hemvist, det vill säga enligt taiwanesisk lag.

Med hänsyn till att anknytningen till Sverige, genom faderns medborgarskap och hemvist, är så stark och att föräldrarna är överens finner Högsta domstolen alltså inga skäl till att svensk domstol inte skulle ta upp frågan till bedömning. På dessa grunder ändrar Högsta domstolen hovrättens beslut och undanröjer tingsrättens beslut om avvisning och återvisar målet dit för bedömning i sak.

Slutsatser med hänsyn till barnets bästa

Högsta domstolen tar hänsyn till vikten av att det finns ett gällande beslut om vårdnaden i Sverige, för det fall att pojken skulle komma hit. Eftersom ett taiwanesiskt beslut inte skulle erkännas här är ett avgörande från svensk domstol enda sättet att åstadkomma ett sådant gällande beslut. Högsta domstolen påpekar också att själva vårdnadsfrågan mycket väl kan komma att bedömas enligt lagen i barnets hemvistland. Ett sådant lagval skulle vara i överensstämmelse med doktrinen som pekar på att det är bäst för barnet att frågan om vårdnaden avgörs enligt hemvistlandets lag, eftersom det är den som bäst återspeglar de förhållanden barnet lever under.⁵⁵ Reservation finns alltid för att tillämpning av utländsk rätt skulle strida mot svensk ordre public och därmed istället göra svensk rätt tillämplig. Slutligen kan man se det faktum att Högsta domstolen väljer att inte ge det aktuella paret en sämre ställning för att de är överens om gemensam vårdnad än vad de haft om modern väckt talan mot fadern som ett led i uppfyllande av barnets bästa.

Att det finns ett gällande vårdnadsbeslut och att pojken får möjlighet att erhålla ett medborgarskap står i överensstämmelse med vad som måste anses vara bäst för honom.

3.2.2 NJA 1997 sidan 196

Detta fall handlar om olovligt bortförande från en stat som inte tillträtt någon internationell konvention för att komma tillrätta med sådana och det är av intresse att se hur detta påverkar bedömningen.

Eva är född i Sverige och har svenskt medborgarskap. James är brittisk och australiensisk medborgare. Tillsammans har de två döttrar som de har gemensam vårdnad om. Båda flickorna är medborgare i Sverige, England och Australien. Paret gifte sig i Sverige och bosatte sig i England. Efter nästan tio år i England flyttade familjen till Tokyo där de bodde tre år innan

⁵⁵ Se vidare kapitel 4.

de flyttade till Singapore. Singapore är den senaste gemensamma familjebostaden och det var därifrån Eva tog med sig barnen till Sverige.

Efter att Eva tagit med sig barnen till Sverige väckte hon talan mot James och yrkade att tingsrätten skulle döma till äktenskapsskillnad mellan makarna och tilldela henne ensam vårdnad om de två döttrarna. James yrkade att Evas vårdnadsyrkande skulle avvisas. Som grund för detta anförde han att varken parterna eller barnen hade hemvist i Sverige. Eva bestred avvisningsyrkandet och anförde som skäl att hon hade för avsikt att kvarstanna i Sverige och pekade till stöd för detta på att den äldsta dottern börjat skolan samt att den yngre dottern väntade på att få daghemplats.

Tingsrätten finner med hänsyn till att Eva fört barnen till Sverige mot James vilja, samt att han väckt talan om överflyttning enligt 21 kapitlet 7-8 §§ föräldrabalken, att barnen inte förvärvat hemvist här i landet, utan skall anses ha sin hemvist i Singapore. Tingsrätten går då vidare till att bedöma frågan om man trots detta skall ta upp frågan om vårdnad till bedömning med hänvisning till praktiska skäl i enlighet med 3 kapitlet 6 § IÄL. Här tas hänsyn till att flickorna är svenska medborgare, att en vårdnadsdom från Singapore där James väckt talan inte skulle erkännas i Sverige, att vistelsen i Singapore varit temporär och att Eva tycks ha för avsikt att stanna i Sverige. Med hänsyn till samtliga omständigheter finner tingsrätten att det finns praktiska skäl till att pröva vårdnadsfrågan i äktenskapsmålet och James avvisningsyrkande lämnas utan bifall.

James överklagade tingsrättens dom och yrkade att hovrätten skulle avvisa Evas talan om vårdnaden. Till grund för sin talan anförde han att döttrarna har hemvist i Singapore och att vistelsen inte varit på väg att avslutas så som Eva hävdade. Flickorna har bara vistats i Sverige under delar av sina sommarlov och de vistas där nu enbart på grund av att Eva egenmäktigt fört dem dit. James menar att eftersom barnen bortförts på ett lagstridigt sätt och dessutom har hemvist i Singapore finns det inte några praktiska skäl till att pröva vårdnadsfrågan i Sverige.

Hovrätten finner med hänsyn till lydelsen av 3 kapitlet 6 § IÄL att svensk domstol alltid är behörig att ta upp vårdnadsfrågor i samband med äktenskapsmål, men att den däremot inte har skyldighet att göra det om det saknas praktiska skäl för det. Eftersom tingsrätten varit behörig att ta upp frågan om äktenskapsskillnad enligt 3 kapitlet 2 § IÄL och då hovrätten delar tingsrättens bedömning om att det föreligger praktiska skäl för att pröva vårdnadsfrågan i äktenskapsmålet lämnar hovrätten överklagandet utan bifall.

James överklagade och yrkade åter att domstolen skulle avvisa Evas talan i den del som avsåg vårdnaden om parternas barn. Eva bestred ändring.

Högsta domstolen påpekar inledningsvis att barn som förs till ett annat land mot en vårdnadshavares vilja generellt sett inte kan anses förvärva hemvist i det nya landet. Henvist är annars av avgörande betydelse för om svensk

domsrätt föreligger i vårdnadstvister. Då frågan om vårdnad om barn tas upp i samband med äktenskapsmål finns det dock lagstiftning som ger svensk domstol en mer omfattande domsrätt (3 kapitlet 6 § IÄL). Eftersom Singapore inte tillträtt vare sig Europarådskonventionen eller Haagkonventionen är verkställighetslagen inte tillämplig i detta fall. Högsta domstolen finner inte att det faktum att Eva fört barnen till Sverige utan James tillstånd är tillräcklig grund för att avvisa hennes talan i vårdnadsfrågan. Högsta domstolen fastställer därför hovrättens domslut.

Slutsatser med hänsyn till barnets bästa

Rättsfallet berör inte barnets bästa direkt, utan mer indirekt. Två frågor kan sägas göra principen aktuell. För det första är det frågan om svensk domstol skall ta upp vårdnadsfrågan till prövning trots att barnen befinner sig i Sverige till följd av ett olovligt bortförande och alltså inte kan anses ha hemvist här. För det andra är det frågan om hur svensk domstol skall förhålla sig till det faktum att barnen har hemvist i en stat som inte tillträtt någon internationell konvention om olovliga bortföranden.

Att Högsta domstolen, liksom underinstanserna, fann att svensk domstol var behörig att ta upp vårdnadsfrågan trots att barnen befann sig här till följd av att modern olovligen fört hit dem kan till en början tyckas underligt. Ser man däremot närmare på de grunder för domsrätt som framfördes framstår konklusionen som mindre märklig. Eftersom domstolarna grundar sin behörighet på 3 kapitlet 6 § IÄL och inte på barnens hemvist har de inte gått över gränsen för sin behörighet och rättssäkerheten i form av förutsägbarhet har inte på något sätt äventyrats. Enligt förarbetena kan frågan tas upp ”när praktiska behov kan antas föreligga” vilket är till för att skydda barnet. Det är till barnets bästa att det finns ett vårdnadsbeslut som erkänns i det land det vistas i, oavsett varför det vistas där. Vad svensk domstol gör här är att göra det möjligt att få till stånd ett sådant beslut, men att modern får rätt i denna fråga innebär inte att hon tillerkänns vårdnaden när den materiella bedömningen sedan görs i vårdnadsålet.

Svenska domstolar kommer i det aktuella fallet fram till att barnen har hemvist i Singapore. Singapore har inte tillträtt någon av de konventioner som finns för att förhindra olovliga bortföranden, och reglerna om överflyttning är således inte tillämpliga. Sveriges förpliktelser gäller enbart mot andra konventionsstater och Singapore är alltså ingen sådan. Detta innebär att det inte finns några förpliktelser i förhållande till fadern i Singapore eller något skydd för flickorna mot att bli skilda från en vårdnadshavare och deras invanda miljö som konventionerna ger.

I stället ges barnen det skydd det innebär att det finns en gällande dom i vårdnadsfrågan, men de skyddas inte mot de skadliga effekterna av själva bortförandet på den grund att bortförandet skett från en icke konventionsstat. Om det inte går för lång tid mellan bortförandet och beslut i vårdnadsfrågan kan fadern få vårdnaden exempelvis för att det anses vara till barnens bästa att återvända till sin invanda miljö.

3.2.3 NJA 2002 sidan 390

Rättsfallet handlar om domsrätt för svensk domstol i mål rörande vårdnaden om barn som förts till Sverige mot en vårdnadshavares vilja.

Parterna var tidigare gifta med varandra och har gemensamt två söner. Hela familjen hade gemensamt hemvist i Österrike och barnen är medborgare där samt i Libanon. Medan barnen fortfarande stod under båda föräldrars vårdnad förde fadern dem olovligen⁵⁶ till Libanon där han erhöll vårdnaden genom avgörande av libanesisk domstol. Modern erhöll däremot vårdnaden i österrikisk domstol. Fadern tog senare med sig barnen till Sverige och de har nu permanent uppehållstillstånd här i landet och är folkbokförda här.

Fadern har väckt talan och yrkat att han skall tillerkännas vårdnaden om barnen. Modern har yrkat att talan skall avvisas då ingen av parterna eller barnen är svenska medborgare. Inte heller kan domsrätt baseras på hemvist då barnen inte kan anses ha hemvist i Sverige eftersom de bara befunnit sig i landet en kort tid och gjort så utan hennes medgivande. Fadern i sin tur hävdar att barnen har hemvist här eller att de i vart fall vistas här stadigvarande.

Tingsrätten finner med hänsyn till att barnen vistats i Sverige i drygt ett år, att de anpassat sig snabbt och att de själva önskar stanna i landet att de måste anses ha förvärvat hemvist här och att svensk domsrätt därmed föreligger i vårdnadsfrågan. Tingsrätten lägger också vikt vid att det har gått tre år sedan pojkarna fördes från Österrike.

Modern överklagade och anförde att hon har ensam vårdnad om pojkarna och att de befinner sig i Sverige utan hennes godkännande. Med hänsyn till detta kan de inte anses ha förvärvat ny hemvist i Sverige. Inte heller den tid de vistats i Sverige kan anses vara så lång att ny hemvist skulle kunna etableras mot hennes vilja. Slutligen åberopar hon Bryssel II-förordningen, som visserligen inte är direkt tillämplig, men som hon menar ändå måste beaktas. Av förordningen framgår att det lagliga hemvistet behålls som grund för domstols behörighet i det fall då barnets hemvist ändrats till följd av att barnet utan lagligt stöd har förts bort eller inte har återlämnats.

Fadern pekar på det faktum att om inte svensk domstol anses behörig att ta upp vårdnadsfrågan är det den österrikiska domen, som ger modern vårdnaden, som gäller. Denna dom är dock inte verkställbar eftersom pojkarna själva motsätter sig detta. Ett juridiskt vakuum uppstår på så sätt att det finns en gällande men inte verkställbar dom och ingen möjlighet för

⁵⁶ Fastställt av förvaltningsdomstol i mål rörande överflyttning. Länsrätten beslutade att barnen skulle överflyttas till modern, men beslutet undanröjdes av kammarrätten och överflyttning vägrades med hänsyn till barnens egen vilja.

honom, som har den faktiska vårdnaden om barnen, att få frågan prövad i hemvistlandet.

Hovrätten framhåller att barnets hemvist är den primära domsrättsgrunden i sådana här fall. Svensk domsrätt föreligger alltså om pojkarna anses ha hemvist i Sverige. Hovrätten finner dock att barnen formellt fortfarande har hemvist i Österrike och hemvist kan alltså inte läggas till grund för svensk domsrätt. Med hänsyn till att det är lättare för svensk domstol att göra en tillförlitlig utredning av barnens förhållande⁵⁷ och att det redan finns en icke verkställbar dom från Österrike finner domstolen trots bristen på hemvist att det är lämpligast att frågan om vårdnad avgörs här i landet.

Modern överklagade och yrkade att Högsta domstolen skulle avvisa faderns talan om vårdnaden. Fadern bestred ändring.

Högsta domstolen finner att barnen numera skall anses ha hemvist här i landet med hänsyn till deras anpassning, deras egen vilja, tiden som förlöpt sedan de lämnade Österrike samt att ett återförande dit inte är möjligt. Högsta domstolen påpekar att det faktum att faderns talan skall tas upp till bedömning inte nödvändigtvis innebär att han skall tilldelas vårdnaden. Domstolen påpekar även att ett nytt hemvist i princip inte kan etableras för ett barn utan en vårdnadshavares samtycke.

Slutsatser med hänsyn till barnets bästa

Både hovrätten och Högsta domstolen la stor vikt vid praktiska hänsyn, tomrum skall undvikas och en tillförlitlig utredning av barnens förhållanden prioriteras. Både önskan att ha ett gällande avgörande och att kunna basera ett sådant på en tillförlitlig utredning måste sägas vara till barnets bästa.

Det finns flera möjligheter för talans väckande i det här fallet, men så länge pojkarna själva motsätter sig att överflyttas till modern är det enda utfallet som kan verkställas att de får stanna hos fadern. Faderns argument om juridiskt vakuum håller inte riktigt eftersom han hade kunnat väcka talan mot modern i Österrike och kanske erhållit vårdnaden där. Svensk domstol valde dock att bortse från den möjligheten och låta intresset av en tillförlitlig utredning gå före. En sådan utredning ansågs av hovrätten bäst kunna utföras i barnens hemmiljö, det vill säga i Sverige. Även Högsta domstolen skyddade barnens invanda miljö, till och med så till den grad att den blev till hemvist.

Högsta domstolen påpekar att fadern inte nödvändigtvis skall tillerkännas vårdnaden bara för att svensk domstol anser sig behörig att ta upp frågan, men inget annat kan ju verkställas så länge barnen motsätter sig det. Barnens vilja har alltså avgjort saken oavsett domens utfall. Att barnens egen vilja beaktas och dessutom väger tungt är iakttagande av vad som är

⁵⁷ Detta är också anledningen till att domstolen bortser från den möjlighet fadern faktiskt har att väcka talan mot modern vid österrikisk domstol.

bäst för barnet, men frågan är om inte barnens vilja vägde för tungt i det här fallet.

Kommentar av Johanna Schiratzki⁵⁸

NJA 2002 sidan 390 har kommenterats av Schiratzki som menar att Högsta domstolens avgörande inger betänkligheter ur barnrättsliga, internationellt privaträttsliga samt europarättsliga perspektiv.

Schiratzki menar att Högsta domstolen i sitt avgörande formulerat en ny huvudprincip för fastställande av hemvist för barn som egenmäktigt förts till Sverige. Enligt den nya huvudprincipen ges faktiska omständigheter, det vill säga barnens vistelse i landet, avgörande betydelse för konstruktionen av hemvist. Legala faktorer, det vill säga att barnen till följd av egenmäktighet vistas i landet mot en ensam vårdnadshavares vilja, ges endast marginell betydelse.

I det här fallet får faderns avsikt att stanna i Sverige med barnen väga tyngre än moderns brist på samtycke därtill, trots att vistelsen är en följd av ett olovligt bortförande. En sådan bedömning börjar enligt Schiratzki snarare bli regel än undantag i Högsta domstolens praxis.⁵⁹ Nytt är dock att domsrätt i det aktuella målet konstrueras genom att barnen formellt anses ha etablerat hemvist i Sverige. Det är också nytt att detta sker i förhållande till en stat till vilken det föreligger svenskt konventionsstöd för att erkänna och verkställa vårdnadsdomar. Slutligen är det nytt att omyndiga barns vilja att inte återföras till det ursprungliga hemvistlandet tillmäts avgörande betydelse för dess etablerande av hemvist i vårdnadsålet.

Skulle detta avgörande från Högsta domstolen bli vägledande betyder det att en tioårings vilja kan bli avgörande för bedömningen av dess hemvist efter ett olovligt bortförande, även när domsrätt enligt huvudregel och konventionsåtagande tillkommer en EU-stat vars vårdnadsdomar erkänns och är verkställbara här i landet. Detta skulle medföra vissa problem. Sverige har redan kritiserats för att inte i tillräcklig grad samarbeta vid överflyttning av bortförda barn och den nya huvudprincipen stödjer bara denna kritik. Skall barnets vilja tillmätas så avgörande betydelse uppstår också frågan hur denna vilja skall utredas, liksom hur barnets vilja skall balanseras mot barnets bästa och allmänna rätts säkerhets kriterier såsom förutsägbarhet och likhet inför lagen.

3.3 Nordiska länder

Till de nordiska länderna räknas, förutom Sverige, Danmark, Finland, Island och Norge. Flera av de nordiska länderna är medlemmar i EU och när det

⁵⁸ *Barnets vilja avgörande för svensk domsrätt*, Juridisk Tidskrift, 2002-2003, sid. 657-664.

⁵⁹ Jämför med ställningstagandena i RÅ 1995 ref 99 och RÅ 1996 ref 52.

gäller sådana går man normalt till Bryssel II-förordningen för att få svar på domsrättsfrågor.⁶⁰ Sverige har dock avgett en förklaring i enlighet med förordningens artikel 59.2 vilket innebär att Bryssel II-förordningen inte skall gälla i Sveriges förhållande till de nordiska länderna.⁶¹ Istället tillämpas Förordning 1931:429 om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmynderskap (NÄF).

Lagens 7 § 1 stycket stadgar att:

Yrkande om hemskillnad eller äktenskapsskillnad mellan medborgare i fördragslutande stat upptages i den stat, där båda makarna hava hemvist eller där de senast haft hemvist samtidigt och endera alljämt är bosatt.

I 8 § 1 stycket stadgas sedan att:

I samband med yrkande om hemskillnad eller äktenskapsskillnad må jämväl av samma eller annan myndighet prövas frågor om tillfälligt hävande av sammanlevnaden, bodelning, skadestånd, underhållsskyldighet samt vårdnad till barn.

I 2 stycket kan man utläsa att:

Yrkande, som senare väckes angående underhållsskyldighet eller vårdnad om barn, upptages i stat, där den, mot vilken talan riktas, har hemvist, även om yrkandet avser ändring av beslut, som meddelats i annan stat.

Om talan om vårdnad väcks efter äktenskapsskillnaden skall den alltså tas upp i svarandes hemvistland.

3.3.1 NJA 1995 sidan 241

Fallet handlar om behörighet för svensk domstol att ta upp frågan om vårdnad om barn då barnet är norsk medborgare och boende i Norge mot vårdnadshavares vilja. Fallet är relevant för att se hur ett barns hemvist kan ändras.

Paret Tomas och Kristin har tillsammans sonen Wilhelm som de har gemensam vårdnad om. Tomas är svensk medborgare medan Kristin och sonen är norska medborgare. Familjen bodde tillsammans i Ängelholm till dess att samboförhållandet upphörde och Kristin tog med sig sonen till Oslo.

Paret hade redan innan förhållandet tog slut haft för avsikt att göra en flytt till Norge för skens skull för att Kristin skulle kunna få skuldesanering. Det visar sig sedan att Kristin ändrat sig och bestämt sig för att stanna i Norge

⁶⁰ Danmark står utanför Bryssel II-förordningen och räknas vid tillämpning av denna inte som medlemsstat enligt artikel 2.3.

⁶¹ Förklaringen gäller endast i förhållande till Finland eftersom Danmark redan står utanför förordningen och Norge och Island inte är medlemmar i EU.

tillsammans med sonen. Tomas har inte samtyckt till att Kristin flyttat varaktigt till Norge med sonen och därmed ändrat hans hemvist.

Tomas har nu väckt talan mot Kristin och yrkat att han skall tillerkännas vårdnaden om sonen. Kristin bestrider yrkandet och gör i första hand gällande att svensk domstol saknar behörighet eftersom hon och sonen har hemvist i Norge. I andra hand yrkar hon att hon skall tillerkännas vårdnaden. Tomas gör gällande att hela familjen har hemvist i Sverige.

Till stöd för sin inställning att familjen/sonen har hemvist i Sverige och svensk domstol följaktligen är behörig att ta upp vårdnadsfrågan till bedömning anför Tomas i korthet följande. Wilhelm är född och uppvuxen i Sverige och han har anknytning hit i form av släkt, vänner och dagis. Parterna har gemensam vårdnad om sonen och det är därför deras gemensamma avsikt med flytten som är avgörande, oavsett om Kristin senare ändrat uppfattning. De mycket provisoriska förhållanden Kristin och sonen bor under hos Kristins föräldrar tyder på att vistelsen inte var avsedd att vara långvarig och vid tidpunkten för talans väckande kan de inte anses ha förvärvat ny hemvist. Eftersom Kristin inte förvärvat ny hemvist kan inte heller sonen ha gjort det. Sammantaget skall Wilhelm anses ha hemvist i Sverige.

Kristin hävdar att både hon och sonen har hemvist i Norge och att flytten dit inte skedde för skens skull. Hennes och sonens flytt till Norge skedde med Tomas samtycke, han stod med på flyttningsanmälan, och vistelsen var aldrig tidsbegränsad. Hon hävdar att förhållandet mellan henne och Tomas länge varit dåligt och att det kunde bli tal om separation. Skuldsaneringen angavs som skäl till flytten, men redan då anmälan skedde hade Kristin tankar på att inte återvända till Sverige. Hon hävdar att för att nytt hemvist skall anses ha uppstått räcker det med en sådan avsikt att stanna länge i landet och att det gäller ännu mer i hennes fall då hon återvänt till det land hon är medborgare i. Tomas avsikt rörande flytten är enligt henne inte av intresse.

Tingsrätten konstaterar inledningsvis att i vårdnadsfall där barnets föräldrar inte är eller har varit gifta med varandra föreligger svensk domsrätt i första hand om barnet har hemvist här i landet, oberoende av barnets och föräldrarnas medborgarskap och även om svarande saknar hemvist i Sverige. Om barnet saknar hemvist i landet kan svensk domsrätt föreligga om den vårdnadshavare mot vilken talan förs har hemvist här.

Frågan här blir om Kristin och sonen kan anses ha förvärvat hemvist i Norge. Det understryks att hemvist som skapas för skens skull inte bör kunna läggas till grund för bedömningen i frågan om domsrätt. Med hänsyn till att Kristin är norsk medborgare, att hon och sonen varit skrivna i Norge en längre tid och att hon haft sitt arbete i Oslo redan tidigare, samt att hon ordnat lägenhet och dagisplats där, anser tingsrätten att det redan tidigt varit hennes avsikt att stanna i Norge under en längre tid och att hon och sonen därmed skall anses ha förvärvat hemvist där. Till följd av att varken hon

eller sonen kan anses ha haft hemvist i Sverige vid tiden för talans väckande är svensk domstol inte behörig att pröva Tomas talan och käromålet avvisas.

Tomas överklagade och yrkade att hovrätten skulle undanröja tingsrättens beslut och visa målet åter till tingsrätten för handläggning. Kristin bestred ändring.

Hovrätten framhåller att parterna har gemensam vårdnad om sonen och att det med vårdnad följer rätt att bestämma över barnets angelägenheter i olika avseenden, däribland att bestämma var barnet skall bo. Ett barns hemvist är i ett fall som det aktuella beroende av faktiskt vistelse och föräldrarnas gemensamma avsikter i fråga om var barnet skall vara bosatt. Åtgärder som en förälder vidtar i strid med den andres önskan grundar inte utan vidare ny hemvist för barnet. Hovrätten drar slutsatsen att parterna inte varit överens om annat än att Kristins och sonens vistelse i Norge skulle vara tidsbegränsad. Kristin kan anses ha fått ny hemvist i Norge, men beslutet att stanna i Norge vad gäller sonen, har träffats utan att Tomas varit införstådd med det. Med hänsyn till detta och att Tomas fortfarande bor i Sverige kan sonen inte anses ha upphört att ha hemvist här. Hovrätten finner alltså inget hinder för svensk domstol att ta upp vårdnadsfrågan till bedömning och undanröjer därför avvisningsbeslutet och visar målet åter till tingsrätten för erforderlig behandling.

Kristin överklagade och yrkade att Högsta domstolen skulle avvisa käromålet. Tomas bestred yrkandet. Vid tiden för denna prövning hade parterna vid norsk domstol, efter att målet inletts av Kristin, fått gemensam vårdnad om sonen och Kristin tillerkänts den dagliga omsorgen om honom. Högsta domstolen finner inte att denna dom hindrar en prövning i svensk domstol.

Högsta domstolen finner att flera saker talar för att Wilhelm skall anses ha förvärvat hemvist i Norge. För det första har hans moder stadigvarande bosättning och därmed hemvist där och för det andra tycks han ha anpassat sig väl till de nya förhållandena. Mot att pojkens svenska hemvist skall ha upphört talar de omständigheter under vilka han fördes till Norge. Nytt hemvist kan generellt sett inte etableras för ett barn under föräldrarnas gemensamma vårdnad om en ändring av förhållandena sker i strid med den ena vårdnadshavarens vilja. Detta skulle innebära att eftersom Tomas inte varit införstådd med något byte av hemvist sonen inte kan anses ha upphört att ha hemvist i Sverige. Frågan blir då om inte pojkens vistelse i Norge under nästan två år och hans norska medborgarskap, oavsett var han anses ha hemvist, har tunnats ut hans anknytning till Sverige så mycket att svensk domsrätt inte längre är motiverad. Högsta domstolen finner att pojkens anknytning till Norge är så stark och att hans ursprungliga hemvist i Sverige har förlorat så mycket i betydelse att det inte ankommer på svensk domstol att pröva den väckta talan. I denna slutsats tas också i beräkning att en domstol i ett annat nordiskt land, på grund av barnets anknytning dit, redan prövat vårdnadsfrågan. Högsta domstolen finner alltså att hovrättens beslut skall upphävas och tingsrättens avvisningsbeslut fastställas.

Slutsatser med hänsyn till barnets bästa

Huvudfrågan i fallet är vad som krävs för att ett barn skall anses ha förvärvat nytt hemvist. Frågan om hemvist är viktig i många avseende, i det aktuella fallet för att avgöra domsrätt. Skulle en förälder utan den andres samtycke kunna ändra ett gemensamt barns hemvist alltför lätt skulle det kunna få omfattande konsekvenser. Henvist har inte bara betydelse för domsrätt, utan även för lagvalsfrågor och inte minst i överflyttningsmål. Huvudregeln är att en förälder inte kan ändra barnets hemvist utan den andre förälderns samtycke. Tid har en avgörande betydelse i sådana här mål. Högsta domstolen kommer fram till att Wilhelm med tanke på den tid han befunnit sig i Norge och den anpassning han har gjort till sin nya miljö mist sådan anknytning till Sverige som krävs för svensk domsrätt. Domstolen säger inte uttryckligen att han förlorat hemvist i Sverige, men att hans ursprungliga hemvist här mist så mycket i betydelse att det inte längre är upp till svensk domstol att pröva vårdnadsfrågan.

När domstol gör den bedömning att ett barn fått nytt hemvist tar den visserligen inte direkt ställning till vårdnadsfrågan, men bedömningen i vårdnadsfrågan påverkas ändå väldigt. Detta beror på att domstolar i allmänhet är obenägna att rycka upp barn från deras invanda miljö och således får den förälder som bor tillsammans med barnet en klar fördel då barnet anses ha hemvist i det land föräldern fört det till. I det här fallet blir hemvistbedömningen till fördel för modern, som alltså i slutändan får den dagliga omsorgen om sonen.

Högsta domstolen tar praktiska hänsyn till att det redan finns en fungerande dom. Här märks problemet med att processen är så långdragen, Högsta domstolen menade att pojken haft hemvist i Sverige vid talans väckande, men det spelade ingen roll eftersom pojken varit i Norge i två år och funnit sig till rätta där. Långa processer är inte till barnets bästa, utan till fördel för den som tagit med sig barnet mot den andre förälderns vilja.

3.4 Sammanfattning

Första steget för domstol i den formella bedömningen är att ta ställning till domsrätsfrågan. Internationell anknytning väcker frågan om det finns någon konvention eller liknande som gör svensk domstol behörig eller om det finns någon annan grund för svensk domsrätt så som svenskt rättskipningsintresse, allmänna rättsprinciper eller praktiska hänsyn.

Enligt Bryssel II-förordningen är hemvist den huvudsakliga grunden för domsrätt, vilket innebär att om ett barn har hemvist i Sverige är svensk domstol i princip behörig att ta upp mål rörande vårdnad och liknande frågor. Vid olovligt bortförande eller kvarhållande kvarstår det ursprungliga hemvistlandets behörighet bland annat till dess barnet etablerat nytt hemvist

i en annan medlemsstat. Förordningen innehåller flera bestämmelser som tillvaratar barnets bästa. Krav ställs på att barnet skall ges möjlighet att yttra sig i vissa frågor, möjlighet för ett barn att återvända till ursprungslandet under trygga förhållanden ges genom så kallade undertakings och en behörig domstol kan överföra mål till en annan domstol om sådan anses mer lämpad att pröva målet.

Ett mål rörande barn kan också tas upp i samband med äktenskapsmål enligt 3 kapitlet 6 § IÄL. Denna domsrätt beror på om praktiska behov av att avgöra frågan i detta sammanhang anses föreligga. Behovet anses ofta föreligga om barnet vistas här i landet, men hänsyn tas också till var en så tillförlitlig utredning som möjligt anses kunna göras och om sådan bäst kan göras i Sverige kan detta tala för svensk domsrätt. När domstol grundar sin behörighet på praktiska skäl är detta oftast av hänsyn till barnets bästa.

Mellan de nordiska länderna gäller att talan om vårdnad som uppkommer i samband med äktenskapsmål tas upp i den stat makarna har hemvist eller senast haft hemvist samtidigt och en av dem fortfarande har hemvist. Uppkommer inte frågan i samband med äktenskapsmål tas frågan upp i svarandes hemvistland.

Hemvistbegreppet är alltså i många fall avgörande för frågan om domsrätt och det är därför ett problem att dess definition är så oklar. Ett annat problem uppkommer när mål med anknytning till stater som inte anslutit sig till något internationellt instrument på området kommer upp i svensk domstol. Bristen på anslutning kan innebära att svensk domstol finner sig behörig att avgöra en fråga som den annars inte skulle ha tagit upp, utan ha ansett att en annan stats domstol skulle vara mest lämpad att avgöra.

När en domstol funnit att domsrätt föreligger blir nästa fråga vid mål med anknytning till flera rättsordningar enligt vilket lands lag målet skall avgöras. Detta är nästa steg i den formella bedömningen och föremål för framställningen i nästa kapitel.

4 Lagval

4.1 Inledning

I förra kapitlet behandlades grunderna för svensk domsrätt. När sådan behörighet har konstaterats i ett mål med internationell anknytning blir nästa fråga enligt vilket lands lag målet skall avgöras. De bestämmelser som reglerar dessa frågor kallas lagvalsregler eller kollisionsregler.⁶² Det speciella med dessa regler är att de inte löser själva tvistefrågan, utan enbart bestämmer enligt vilket lands lag frågan skall avgöras. Lagvalsreglerna innebär att svensk domstol kan komma att tillämpa utländsk rätt när rättsförhållandet har en viss anknytning till utlandet.⁶³

Tanken bakom kollisionsreglerna är att privaträttsliga förhållanden bör vara underkastade lagen i det land till vilket de har den starkaste naturliga anknytningen. Detta är en grundläggande princip inom den internationella privat- och processrätten och den beaktas av domstolarna när det saknas skrivna regler.⁶⁴

Frågor rörande äktenskapsskillnad och vårdnad tillhör familjerätten. Familjerätten tillhör gruppen av så kallade indispositiva mål och i dessa mål råder det enighet om att de svenska kollisionsreglerna och följaktligen även tillämplig utländsk rätt skall beaktas ex officio av domstolen.⁶⁵ Att en svensk domstol självmant tillämpar utländsk rätt är egentligen inte så märkvärdigt eftersom det alltid är domstolens uppgift att utifrån de åberopade omständigheterna tillämpa de adekvata rättsreglerna, oavsett om någon part åberopat dem eller ej. De svenska kollisionsreglerna, som kan leda till tillämpning av utländsk rätt, tillämpas alltså på precis samma sätt som andra svenska rättsregler.⁶⁶

Genom att tillämpa den rättsordning till vilken rättsförhållandet har starkast anknytning ökar möjligheterna för att uppnå förutsägbarhet och rättssäkerhet genom enhetliga bedömningar.⁶⁷ Detta förutsätter dock att alla stater har samma uppfattning om vad som utgör den starkaste anknytningen, vilket tyvärr inte är fallet idag. Vissa länder anser att medborgarskapet är den faktor som väger tyngst och utgör den starkaste anknytningen. Dessa länder menar då att man skall döma enligt lex patriae, det vill säga lagen i det land en person är medborgare. I andra länder anses hemvist vara av

⁶² Bogdan, M., sidan 25.

⁶³ Bogdan, M., sidan 24.

⁶⁴ Bogdan, M., sidan 31.

⁶⁵ Bogdan, M., sidan 42.

⁶⁶ Bogdan, M., sidan 44.

⁶⁷ Bogdan, M., sidan 31.

avgörande betydelse och de menar istället att man skall döma i enlighet med lex domicili, som är lagen i det land personen har hemvist.⁶⁸ I Sverige var det länge medborgarskap som var avgörande, men numera har vi sållat oss till de länder som lägger hemvist till grund för lagval.⁶⁹

Det finns flera fördelar med domicilprincipen. Människor anpassar sig till sin miljö och därför har en persons privaträttsliga förhållanden ofta starkare anknytning till det land personen bor i än till det land den är medborgare i. Normalt uppkommer tvister i hemvistlandet och får lösas där. Att hemvistlandets domstolar tillämpar lex fori, det vill säga domstolslandets lag, främjar rättskipningens snabbhet och kvalitet. Slutligen är det lättare att skaffa upplysningar om och följa lagarna i hemvistlandet.⁷⁰

Fördelarna med nationalitetsprincipen är att medborgarskap inte växlar lika ofta som hemvist och att medborgarskap oftast är lättare att fastställa än hemvist. Svårigheter med tillämpning av nationalitetsprincipen uppstår i fråga om personer med dubbelt medborgarskap, statslösa och politiska flyktingar. När det saknas skrivna lagvalsregler söks ledning i de allmänna principerna på området och därför är det av betydelse om huvudprincipen inom svensk internationell privaträtt anses vara nationalitetsprincipen eller domicilprincipen.⁷¹ Sverige tillhör alltså numera de stater som använder domicilprincipen som huvudregel.

Begreppet hemvist definieras i 7 kapitlet 2 § IÄL och 14 § IMF och de två stadgandena är i princip likalydande. IÄL lyder:

Den som är bosatt i viss stat anses vid tillämpning av denna lag ha hemvist där, om bosättningen med hänsyn till vistelsens varaktighet och omständigheterna i övrigt måste anses stadigvarnade.

Definitionen är mycket generell och den egentliga innebörden beror till stor del på rättstillämpningen. För att hemvist skall anses ha ändrats skall två rekvisit vara uppfyllda:

- *Objektiva rekvisitet* som innebär att personen skall ha ändrat sin vanliga vistelseort så att han eller hon i fortsättningen normalt vistas i det nya landet.
- *Subjektiva rekvisitet* som innebär att personen skall ha för avsikt att kvarstanna i det nya landet, om inte för alltid eller tills vidare så i vart fall för en mycket lång tid.⁷²

⁶⁸ Bogdan, M., sidan 145.

⁶⁹ Bogdan, M., sidan 146.

⁷⁰ Bogdan, M., sidan 146.

⁷¹ Bogdan, M., sidan 146f.

⁷² Bogdan, M., sidan 148f.

Folkbokföring kan vara en faktor vid fastställande av en persons hemvist.⁷³ Vad gäller underåriga barn anses de oftast ha samma hemvist som vårdnadshavaren. Ett barn under föräldrarnas gemensamma vårdnad kan i princip inte etablera nytt hemvist genom att en av föräldrarna flyttar barnet i strid med den andra förälderns vilja. Praxis har dock visat att ett barn ändå ansetts kunna förvärva hemvist i Sverige efter en tid trots att barnet olovligen förts hit eller kvarhålls här.⁷⁴

4.2 Utomnordiska länder

I 3 kapitlet 4 § IÄL stadgas att svensk rätt är huvudregeln i mål om äktenskapsskillnad. Enligt 3 kapitlet 6 § IÄL får frågor om vårdnad tas upp i samband med sådana äktenskapsmål och enligt samma bestämmelse skall svensk rätt alltid tillämpas i vårdnadsfrågan om barnet befinner sig här i landet. I övriga fall har en huvudprincip vuxit fram genom rättsutvecklingen som innebär att lagen i barnets hemvistland anses böra tillämpas. Denna utveckling är positiv eftersom villkoren för alla barn inom samma område då bestäms utifrån samma grunder. Vårdnadsfrågor bör alltså prövas enligt barnets lex domicili oavsett medborgarskap.⁷⁵

Genom att svensk domstol vid tillämpning av barns lex domicili är beredd att tillämpa utländsk rätt, även när det gäller svenska barn med hemvist utomlands, uppfylls likhetsprincipen. Frågor rörande barns ställning är emellertid mycket känsliga ur ordre public-synvinkel och avvikelser från likhetsprincipen kan därför förekomma. Detta kan förklara varför det endast krävs att barnet vistas i Sverige för att svensk rätt skall bli tillämplig och dessutom antyder förarbetena till IÄL att svensk rätt kan bli tillämplig även när barnet varken är bosatt eller vistas i Sverige exempelvis då båda föräldrarna/makarna är svenska medborgare.⁷⁶

4.3 Nordiska länder

När vårdnadsfråga tas upp i samband med mål om äktenskapsskillnad enligt 8 § NÄF skall frågan enligt lagens 9 § prövas enligt lex fori, vilket alltså innebär att talan som tas upp i Sverige bedöms enligt svensk rätt.⁷⁷

⁷³ Bogdan, M., sidan 150.

⁷⁴ Bogdan, M., sidan 151.

⁷⁵ Bogdan, M., sidan 214. Not 15 samma sida anger att ledande prejudikat rörande vårdnad och umgänge är NJA 1992 sidan 93, RH 1993:52 och RH 1996:155.

⁷⁶ Bogdan, M., sidan 215.

⁷⁷ Bogdan, M., sidan 214.

4.4 Sammanfattning

Ett barns hemvist kan ha betydelse för om domsrätt föreligger eller ej, vilket kapitel 3 visat. I lagvalsfrågan är hemvist av ännu större betydelse då huvudprincipen är att om inget annat är stadgat skall lagen i barnets hemvistland tillämpas på frågor om vårdnad och umgänge. Tillämpningen av barnets lex domicili anses vara till barnets bästa. Tanken är att man genom att tillämpa lagen i hemvistlandet bäst kan komma till lösningar som speglar barnets faktiska levnadsförhållanden.

I vanliga fall är det inte något större problem att fastställa ett barns hemvist. Det är när det tillkommer komplikationer såsom olovligt bortförande eller kvarhållande som det kan vålla problem att avgöra var ett barn har hemvist. Eftersom begreppet känns mer svårdefinierat i dessa fall blir det också mer lättmanipulerat, vilket skapar osäkerhet som inte är till fördel för barnet.

Frågor om barns ställning är känsligt ur ordre public-synvinkel och det blir ibland aktuellt att göra avsteg från huvudregeln och tillämpa svensk rätt även då ett barn har hemvist i annat land. Svensk rätt tillämpas inte så fort utländsk rätt inte stämmer överens med svensk rätt, utan när den utländska rätten är oförenlig med grunderna för den svenska rättsordningen.

Nu har både frågan om domsrätt och lagval behandlats och när dessa frågor är avgjorda övergår domstol normalt till bedömning av de materiella frågorna. Innan framställningen övergår till dessa frågor tas dock i nästa kapitel först upp frågor om erkännande och verkställighet eftersom dessa också har formell karaktär.

5 Erkännande och verkställighet

5.1 Inledning

Frågor om domsrätt och lagval är relevanta när en vårdnadsfråga skall avgöras, medan frågor om erkännande och verkställighet blir aktuella när ett sådant avgörande redan finns. I följande avsnitt behandlas frågan om erkännande av utländska vårdnadsdomar och sedan behandlas vilka möjligheter det finns att få dem verkställda här i Sverige.

5.2 Erkännande av utländska vårdnadsdomar

För att utländska vårdnadsdomar skall erkännas i Sverige krävs lagstöd. Denna huvudregel fastställde Högsta domstolen i NJA 1974 sidan 629, som än idag är vägledande för rättstillämpningen. I de situationer där sådant lagstöd finns grundar det sig på konventioner, vari konventionsstaterna förbinder sig till att erkänna varandras avgöranden.⁷⁸ Finns inget lagstöd för erkännande kan en utländsk vårdnadsdom som bäst få bevisverkan vid en svensk prövning av vårdnadsfrågan.

Gäller frågan om erkännande en dom från ett annat EU-land går man i första hand till Bryssel II-förordningen. Förordningen innehåller bestämmelser om såväl erkännande som verkställighet av domar om föräldraansvar. Enligt artikel 21 skall en dom som meddelats i en medlemsstat erkännas i övriga medlemsstater utan något särskilt förfarande. I artikel 23 finns de grunder på vilka en stat skall vägra erkänna annan medlemsstats dom om föräldraansvar. Mest relevant ur barnets perspektiv är punkt a. enligt vilken sådan dom inte skall erkännas om ett erkännande uppenbart skulle strida mot grunderna för rättsordningen i den medlemsstat där domen görs gällande (ordre public), med hänsyn tagen till barnets bästa.

Om inte Bryssel II-förordningen är aktuell kan man gå till verkställighetslagen. Enligt lagens 5 § förpliktigar sig de stater som tillträtt Europarådskonventionen att erkänna varandras avgöranden i fråga om vårdnad om och umgänge med barn. Ett avgörande får dock inte erkännas om någon av vägransgrunderna i 6 § är uppfyllda. Erkännande får exempelvis inte ske om avgörandet på grund av ändrande förhållanden uppenbarligen inte längre är förenligt med barnets bästa.⁷⁹

⁷⁸ SOU 1997:116, sidan 247.

⁷⁹ Verkställighetslagen 6 § 2 punkten.

En del nordiska vårdnadsdomar gäller i Sverige enligt 8 och 22 §§ NÄF. I övrigt tillämpas mellan de nordiska länderna Lag (1977:595) om erkännande och verkställighet av nordiska domar på privaträttens område (NEVL).⁸⁰ Bryssel II-förordningen tillämpas som tidigare sagts inte de nordiska länderna emellan och enligt verkställighetslagen 1 § 1 stycket tillämpas inte heller Europarådskonventionen mellan dessa.

5.3 Verkställighet av utländska vårdnadsdomar

Rör det sig om verkställighet av en dom från ett annat EU-land går man som vid domsrätt och erkännande först till Bryssel II-förordningen. Där stadgas i artikel 28 att en dom om föräldraansvar, som har meddelats i en medlemsstat och som är verkställbar i den staten och har delgivits, skall verkställas i en annan medlemsstat när domen på ansökan av part förklarats vara verkställbar där. Liksom vid erkännande finns de grunder på vilka verkställighets skall vägras i artikel 23. Två typer av domar kräver ingen verkställbarhetsförklaring, nämligen vissa umgängesdomar enligt artikel 41 och domar om återlämnande av barn enligt artikel 42. Det är heller inte möjligt att invända mot erkännande av dessa domar förutsatt att de försetts med intyg i enlighet med respektive artikel.

Dom som erkänns enligt verkställighetslagens 5 § 1 stycket får enligt samma bestämmelse även verkställas här om avgörandet kan utgöra grund för verkställighet i den stat där det har meddelats. Liksom i fråga om erkännande finns vägransgrunderna för verkställighet i 6 §.

Nordiska vårdnadsdomar som äger rättskraft i Sverige enligt 8 och 22 §§ NÄF kan naturligtvis verkställas här. Även andra sådana domar kan, utan att äga rättskraft, under vissa förutsättningar verkställas här enligt 6 § och 7 § 2 stycket 2 momentet NEVL.⁸¹

I de fall svensk exekutionsbehörighet inte är reglerad i lag är huvudprincipen att en verkställighetsansökan skall tas upp till prövning här i landet om det finns möjlighet att vidta någon effektiv svensk verkställighetsåtgärd.⁸² Om det finns någon effektiv verkställighetsåtgärd beror på vilken typ av verkställighet det är och vilken anknytning det finns till Sverige. Man skiljer på två typer av verkställighet, nämligen verkställighet av betalningsskyldighet och verkställighet av annan förpliktelse. Överlämnande av barn är exempel på verkställighet av annan förpliktelse och det är alltså den typ av verkställighet som är av intresse för

⁸⁰ I förhållande till Island tillämpas dock fortfarande den äldre lagen på vilken NEVL bygger nämligen Lagen (1932:540) om erkännande och verkställighet av dom, som meddelats i Danmark, Finland, Island eller Norge.

⁸¹ Bogdan, M., sidan 221.

⁸² Bogdan, M., sidan 141f.

denna framställning.⁸³ Vid överlämnande av barn kan fysiskt ingripande i form av polishämtning ibland bli nödvändigt, men sådana kan endast ske här i landet. Svensk polis kan inte åka till ett annat land och hämta ett barn och det behövs då något annat påtryckningsmedel för att få en part att fullgöra det som åligger denne, det är här vitesföreläggande kommer in.

Om en person med anknytning till Sverige, till exempel i form av tillgångar här, undanhåller ett barn i utlandet kan ett svenskt vitesföreläggande vara ett effektivt sätt att få denne att överlämna barnet till sökande. Det finns i princip inte några folkrättsliga hinder mot att Sverige använder vitesföreläggande för att påverka svarandens beteende i utlandet så länge själva föreläggandet, utdömandet och uttagandet av vite sker i Sverige och svaranden inte föreläggs att i utlandet bryta mot de där gällande lagarna.⁸⁴

5.4 Sammanfattning

Domar från andra EU-länder både erkänns och är verkställbara i stor utsträckning här i landet enligt Bryssel II-förordningen. Vägransgrunder för erkännande såväl som för verkställighet finns i förordningens artikel 23 när det gäller domar om föräldraansvar. Dom om föräldraansvar skall inte erkännas och alltså inte heller verkställas om ett erkännande uppenbart skulle strida mot rättsordningen i den stat där domen görs gällande med hänsyn tagen till barnets bästa. Artikel 23 lyfter tydligt fram barnets bästa som en avgörande faktor att ta hänsyn till vid frågor om erkännande och verkställighet.

Verkställighetslagen ger också möjlighet att erkänna och verkställa utländska domar rörande föräldraansvar om domen kommer från ett land som tillträtt Europarådskonventionen. I verkställighetslagens 6 § finns vägransgrunderna och om någon av dem är uppfylld skall erkännande och verkställighet vägras. Första punkten innehåller en ordre public-klausul, medan andra punkten stadgar att erkännande och verkställighet skall vägras om avgörandet på grund av ändrade förhållanden uppenbarligen inte längre är förenligt med barnets bästa. Även här lyfts alltså barnets bästa uttryckligen fram som en faktor att ta hänsyn till.

Mellan de nordiska länderna gäller särskilda regler som innebär att de nordiska länderna i stor utsträckning erkänner och verkställer varandras domar rörande föräldraansvar. Lagstiftningen i frågor om barn är i princip den samma i de nordiska länderna vilket innebär att erkännande och verkställighet underlättas då det är högst otroligt att detta någonsin skulle strida mot ordre public i den stat där dom görs gällande.

⁸³ Bogdan, M., sidan 142.

⁸⁴ Bogdan, M., sidan 144. Möjligheten att utdöma vite mot person i utlandet framgår av RÅ 1997 ref 58 där Regeringsrätten frångick tidigare praxis från RÅ 1968 ref 74.

Erkännande kan sägas vara en formalitet från domstols sida, medan verkställighet är beroende av om det finns en effektiv och genomförbar verkställighetsåtgärd om sådan skulle bli nödvändig. Verkställighet kan kräva större samarbete mellan exempelvis polismyndigheter i olika stater för att kunna genomföras.

Huvudregeln är att utländska vårdnadsdomar inte erkänns utan lagstöd, men tack vare det ökande antalet internationella överenskommelser är det allt fler utländska domar som erkänns och kan verkställas i Sverige. Det är alltid till fördel för ett barn att avgöranden erkänns och kan verkställas i mer än ett land. Detta ökar säkerheten och är en del i förebyggandet av olovliga bortföranden. Det är lättare att återställa situationen efter ett olovligt bortförande om verkställighet är möjligt i landet dit barnet förts, inte bara i det land barnet förts från.

Nu har de formella bedömningarna behandlats och det är dags att övergå till de materiella. Vårdnad tas upp först, därefter kommer umgänge och sist behandlas frågor om överflyttning.

6 Vårdnad

6.1 Inledning

Detta kapitel handlar om hur ett olovligt bortförande, eller risken för ett, påverkar bedömningen i en vårdnadstvist. I detta inledande avsnitt behandlas först i korthet de svenska vårdnadsreglerna och i följande avsnitt övergår framställningen till bedömningen i ett specifikt fall.

De svenska vårdnadsreglerna finns till största delen i föräldrabalkens sjätte kapitel. I svensk rätt är huvudregeln att föräldrar har gemensam vårdnad om sina barn. Om en gift kvinna får barn presumeras hennes man vara barnets fader och vårdnaden är automatiskt gemensam. Är kvinnan ogift får hon ensam vårdnad om barnet.⁸⁵ Vill ogifta föräldrar ha gemensam vårdnad om barnet kan de gemensamt väcka talan med denna begäran vid domstol. Är barnet folkbokfört här i landet kan föräldrarna även få gemensam vårdnad genom registrering hos skatteverket efter anmälan om detta antingen hos socialnämnden i samband med faderskapets fastställande eller genom anmälan till skatteverket under vissa förutsättningar.⁸⁶

Begär föräldrarna äktenskapsskillnad är huvudregeln att vårdnaden även efter en sådan skall vara gemensam. Efter 1998 års föräldrabalksreform kan domstol besluta att vårdnaden skall vara gemensam efter en skilsmässa även då en av föräldrarna motsätter sig detta. Skulle båda föräldrarna motsätta sig fortsatt gemensam vårdnad kan sådan dock inte komma ifråga.⁸⁷ När en förälder motsätter sig gemensam vårdnad krävs särskilda omständigheter för att rätten skall besluta om ensam vårdnad. Exempel på sådana omständigheter som kan göra att en förälder nekas del i vårdnaden är att den använt våld mot barnet, långvarigt saboterat barnets umgänge med den andre föräldern eller om föräldern olovligen bortfört eller kvarhållit barnet.⁸⁸ Ensam vårdnad kan också bli aktuell då konflikten mellan föräldrarna är av sådan art att det är omöjligt för dem att samarbeta i fråga om barnet.

När fråga om vårdnad tas upp i samband med äktenskapsmål skall svensk rätt tillämpas i vårdnadsfrågan om barnet vistas här i landet.⁸⁹ Beroende på situationen kan svensk domstol dock komma att tillämpa utländsk rätt och detta medför att vårdnadstvister med internationell anknytning får ytterliggare en dimension jämfört med rent inhemska tvister. Ett olovligt

⁸⁵ 6 kapitlet 3 § föräldrabalken.

⁸⁶ 6 kapitlet 4 § föräldrabalken.

⁸⁷ 6 kapitlet 5 § föräldrabalken.

⁸⁸ Se 6 kapitlet 7 § föräldrabalken.

⁸⁹ 3 kapitlet 6 § IÅL. Se kapitel om lagval.

bortförande eller risken för ett sådant är en faktor som ytterliggare komplicerar bedömningen i dessa fall.

I föräldrabalkens kapitel 6, som handlar om vårdnad och umgänge, stadgas att hänsyn skall tas till barnets bästa.

Kapitlets 2a § lyder:

Barnets bästa skall komma i främsta rummet vid avgörande enligt detta kapitel av alla frågor som rör vårdnad, boende och umgänge.

Vid bedömningen av vad som är bäst för barnet skall det fästas avseende särskilt vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Risken för att barnet utsätts för övergrepp, olovligen förs bort eller hålls kvar eller annars far illa skall beaktas.

Andra stycket lyfter fram olovligt bortförande som en typ av övergrepp som skall beaktas vid avgörandet av vårdnadsfrågan.

När frågan om vårdnaden avgörs skall hänsyn till barnets egen vilja tas. I 6 kapitlet 2b § stadgas att:

Vid avgörande enligt detta kapitel av frågor som rör vårdnad, boende och umgänge skall hänsyn tas till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad.

Att barnet självt kommer till tals och får sina åsikter beaktade är en viktig del i tillgodoseendet av barnets bästa.

6.2 NJA 1992 sidan 93

Detta ledande prejudikat berör flera frågor. Fallet handlar om vårdnad och umgänge efter ett olovligt bortförande och har relevans både i fråga om lagval och vid vårdnads- och umgängesavgöranden.

6.2.1 Bakgrund

Angelika, som är svensk medborgare med hemvist i Sverige, var tidigare gift med Abdelkrim. Abdelkrim är svensk och tunisisk medborgare och även han har hemvist i Sverige. Tillsammans har de sönerna Tarek (född 1979) och Robin Ramzi (född 1983). Båda barnen är svenska medborgare, men endast Tarek har tunisiskt medborgarskap.

Paret gifte sig 1979 och 1982 ansökte Angelika om äktenskapsskillnad. Månaden efter att denna ansökan gjorts bortförde Abdelkrim olovligen⁹⁰ sonen Tarek till Tunisien där han bott hos sina farföräldrar sedan dess. Tingsrätten i Stockholm dömde till äktenskapsskillnad mellan makarna 1986. Genom interimistiskt beslut har Angelika vårdnaden om Robin Ramzi och Abdelkrim vårdnaden om Tarek.

6.2.2 Tingsrätten

Angelika har väckt talan mot Abdelkrim och yrkat att hon skall tillerkännas vårdnaden om båda sönerna och att rätten skall förordna interimistiskt i dessa frågor. I andra hand har hon yrkat att om hon inte skulle tillerkännas vårdnaden om Tarek så skall hon tillerkännas umgängesrätt med honom i Sverige under vissa angivna perioder. Även vad gäller umgänget har hon begärt interimistiskt beslut.

Abdelkrim har medgett att Angelika tillerkänns vårdnaden om Robin Ramzi, men bestritt hennes yrkande om vårdnaden om Tarek. Abdelkrim har i sin tur yrkat att han skall tillerkännas vårdnaden om Tarek och att han skall ha umgängesrätt med Robin Ramzi under angivna perioder. Även Abdelkrim har yrkat om interimistiska förordnanden.

Abdelkrim har medgett att Angelika tillerkänns umgängesrätten med Tarek om han tillerkänns den samma med Robin Ramzi. Han har däremot bestritt att umgänget med Tarek skall tillerkännas Angelika interimistiskt eftersom det faktum att Tarek bor i Tunisien gör ett sådant umgänge praktiskt omöjligt.

Angelika har bestritt Abdelkrims yrkande om umgängesrätt med Robin Ramzi då hon inte menar att det är förenligt med hans bästa. Hon har uttryckt rädsla för att Abdelkrim olovligen skulle föra bort även hennes yngsta son. Hon anser att umgänge i vart fall bara skall tillåtas i Sverige.

Angelika menar att hon är bäst lämpad till att ha vårdnaden om Tarek och att Abdelkrim är olämplig som vårdnadshavare. Abdelkrim menar att de båda är lämpliga vårdnadshavare, men att han är mer lämplig som vårdnadshavare åt Tarek än Angelika. Han menar att det är mer förenligt med Tareks bästa att han tillerkänns vårdnaden. Till stöd för sin talan har Abdelkrim åberopat den vårdnadsutredning som gjorts av socialnämnden rörande Tarek. Enligt denna är det mest förenligt med Tareks bästa att vårdnaden tillerkänns Abdelkrim.

Tingsrätten tillerkänner Angelika vårdnaden om Robin Ramzi med Abdelkrims medgivande som grund. Hon anses också vara mer lämpad än Abdelkrim att ha vårdnaden om Tarek och tillerkänns därför även

⁹⁰ Dom från Svea hovrätt 1982-08-13.

vårdnaden om honom. Tingsrätten finner Abdelkrim olämplig som vårdnadshavare då han genom bortförandet berövat Tarek i princip all kontakt med sin mamma och dessutom genom att inte själv utöva den faktiska vårdnaden om sonen låtit honom växa upp utan någon av sina föräldrar i sitt vardagliga liv. Abdelkrim tillerkänns umgänge med Robin Ramzi, dock i något mindre utsträckning än yrkat och med förbehåll för att sådant endast får utövas i Sverige. Umgänget tillåts dessutom inte förrän han överlämnat Tarek till Angelika i Sverige. Inget interimistiskt umgänge beviljades.

6.2.3 Hovrätten

Abdelkrim överklagade till hovrätten och yrkade att vårdnaden om Tarek skulle tillerkännas honom och så även umgängesrätt med Robin Ramzi enligt hans yrkande i tingsrätten. Angelika bestred ändring.

Sedan tingsrättens dom har Abdelkrim tillerkänts vårdnaden om Robin Ramzi i en tunisisk domstol. Abdelkrim har sedan domen också skickat olika handlingar till Tarek som får Angelika att framstå i dåliga dagar i förhållande till Tarek. Dessa har upprört Tarek och Abdelkrim hävdar att Tarek inte vill flytta till Sverige. Angelika har tillagt att hon haft regelbunden kontakt med Tarek fram till juli 1990.

Hovrätten börjar med att konstatera att det helt och hållet är vad som är bäst för Tarek som skall avgöra vem som skall få vårdnaden om honom. I denna bedömning skall hänsyn tas till vem som bäst kan antas tillgodose Tareks rätt till god omvårdnad, trygghet och en god fostran, samt till vem av föräldrarna som bäst kan tillgodose behovet av umgänge med den förälder som inte är vårdnadshavare. Hovrätten håller med tingsrätten om att Abdelkrim genom bortförandet allvarligt stört Tareks relation till sin mamma, vilket innebär ett åsidosättande av vad som åligger en lämplig vårdnadshavare. Han har också genom att själv bosätta sig i Sverige berövat sonen vardaglig kontakt med sin pappa. Dessutom har Abdelkrim genom att skicka handlingar rörande rättstvisten till sonen visat att han inte drar sig för att dra in sonen ytterligare i tvisten. Till Abdelkrims fördel talar att han har ett gott förhållande till sonen och att han besökt honom regelbundet varje år. Trots detta anser hovrätten att Abdelkrims lämplighet som vårdnadshavare starkt kan ifrågasättas. Enligt hovrätten har det däremot inte framkommit något som kan leda till ifrågasättande av Angelikas lämplighet.

Hovrätten övergår sedan till sin bedömning av vad som är bäst för Tarek. Hovrätten tar i beaktning att han haft en bra uppväxt hos sina farföräldrar i Tunisien där han bott sedan han var mycket liten, vilket talar för att det bästa för honom vore att stanna kvar där. Mot detta talar presumtionen att det är mest förenligt med ett barns bästa att växa upp hos sina föräldrar. Skulle Abdelkrim tillerkännas vårdnaden om Tarek tyder allt på att han skulle låta sonen bo kvar i Tunisien och därmed fortsätta beröva honom

vardaglig kontakt med sina föräldrar. Rätten ser också på vilken förmåga farföräldrarna kan antas ha att uppfostra Tarek och med tanke på deras ålder och att Tarek närmar sig puberteten ifrågasätts denna förmåga av hovrätten. Skulle vårdnaden om Tarek däremot tillerkännas Angelika skulle detta innebära att han både fick hennes omvårdnad, bättre tillfälle till umgänge med sin pappa och möjlighet till att i fortsättningen växa upp med sin yngre bror. Allt taget i betraktning och med hänsyn till att Tarek ännu inte är så gammal att hans egen vilja kan tillmätas avgörande betydelse anser hovrätten att det bästa för Tarek är att vårdnaden om honom anförtros Angelika. Rätten inser att Tarek kommer att ha stora anpassningssvårigheter till en början, men tar hänsyn till Tareks bästa på lång sikt.

Hovrätten finner Angelikas oro att Abdelkrim skall bortföra även den yngre sonen välgrundad med hänsyn till att Abdelkrim tillerkänts vårdnaden om honom i en tunisisk domstol. Av denna anledning tillerkänns inte Abdelkrim umgänge med Robin Ramzi i större utsträckning än tingsrätten.⁹¹

6.2.4 Högsta domstolen

Abdelkrim överklagade till Högsta domstolen och yrkade bifall till den talan han fört i hovrätten, men med vissa ändringar av umgängestiderna med Robin Ramzi. Angelika bestred ändring. Skulle Abdelkrim erhålla vårdnaden om Tarek vidhöll hon sitt yrkande om umgängesrätt med honom, med vissa ändringar.

Sedan hovrättens dom har Angelika flyttat av rädsla för att Robin Ramzi skulle bortföras, hon har därmed även bytt jobb. Abdelkrim har också bytt jobb till ett som bland annat kräver resor till Tunisien. Angelika har uppgett att hon inte haft någon personlig kontakt med Tarek sedan januari 1990, att Abdelkrims föräldrar förbjudit henne att komma till Sousse och att hon inte tillåts ha någon kontakt med Tarek alls. Hon har också uppgett att Abdelkrim bara får träffa Robin Ramzi i hennes närvaro eftersom hon fruktar ett bortförande. Abdelkrim har uppgett att han inte fått träffa Robin Ramzi sedan januari 1990, att domen från en tunisisk domstol om vårdnaden om honom inte existerar och att det är fritt fram för Angelika att träffa Tarek i Tunisien.

Högsta domstolen börjar med att ta upp frågan om lagval. Den del av tvisten som berör Robin Ramzi är inget problem, både han och parterna har hemvist i Sverige och därför är svensk rätt tillämplig i denna del. Vad gäller Tarek är frågan något mer komplicerad. Tarek hade hemvist i Sverige vid tiden för det olovliga bortförandet, men han har bott i Tunisien sedan dess. Trots denna långa tid i Tunisien kommer högsta domstolen fram till att även

⁹¹ Två skiljaktiga i hovrätten menade att Abdelkrim borde tillerkännas vårdnaden om Tarek.

den del av tvisten som rör honom har sådan anknytning till Sverige att svensk rätt bör tillämpas.

När lagvalsfrågan är avgjord går domstolen vidare till att räkna upp de saker som man skall ta hänsyn till när man avgör vem som skall få vårdnaden om ett barn och därmed till vad som är bäst för barnet. Här nämns vikten av att barnets umgänge med den förälder som inte är vårdnadshavare främjas av den som erhåller vårdnaden. Här sägs också att egenmäktighet med barnet genom ett olovligt bortförande till utlandet är en sådan omständighet som ger anledning till att ifrågasätta den förälderns lämplighet som vårdnadshavare. Domstolen understryker dock vikten av att alla omständigheter skall vägas in i bedömningen.

Högsta domstolen anser att bortförandet, de ytterst få besökstillfällena och Abdelkrims försök att misskreditera Angelika i sonens ögon allvarligt stört Tareks förhållande till sin mor. Dessutom har Abdelkrim genom sitt beslut att inte själv utöva den faktiska vårdnaden om Tarek även berövat sonen vardaglig kontakt med sin pappa. Dessa omständigheter sammantaget leder Högsta domstolen till den slutsats att Abdelkrim allvarligt brustit i sitt föräldraansvar och detta ger anledning till att starkt ifrågasätta hans lämplighet som vårdnadshavare.

Rörande Angelika finner domstolen ingen anledning att ifrågasätta hennes lämplighet. Hon har istället visat att hon sätter Tareks bästa framför sitt eget bland annat genom ett kompromissförslag innebärande gemensam vårdnad med förbehåll för att Tarek huvudsakligen skulle bo hos sin pappa.

Högsta domstolen gör följande bedömning av vad som skulle vara bäst för Tarek. Han har hunnit fylla tolv år och har bott hos sina farföräldrar i nästan tio år. Allt tyder på att han har haft en bra uppväxt där och han motsätter sig själv en flytt till Sverige. Med hänsyn till de stora anpassningssvårigheter som med all sannolikhet skulle följa Tareks flytt till Sverige och med hänsyn till att han nu uppnått den ålder då hans egen vilja skall tillmätas betydelse vid ett vårdnadsavgörande så anser Högsta domstolen att det är mest förenligt med Tareks bästa att han får bo kvar i Tunisien hos sina farföräldrar.

Domstolen finner att Angelika är bäst lämpad som vårdnadshavare, men tillerkänner ändå slutligen Abdelkrim vårdnaden om Tarek. Domstolen tar hänsyn till att Angelika naturligt nog endast kan utöva vårdnaden om Tarek flyttar till Sverige, vilket inte går att genomföra så länge Tarek själv motsätter sig flytt. Genom att Abdelkrim erhåller vårdnaden och Angelika umgängesrätt får man omedelbart en dom som återspeglar de faktiska förhållandena och dessutom en dom som möjliggör för Angelika att genom rättsliga medel få till stånd verkställighet av umgängesrätten.

Abdelkrim tillerkänns ingen umgängesrätt med Robin Ramzi då Angelika motsätter sig sådan av rädsla för att han skall bortföra även honom. Domstolen anser inte att det är förenligt med Robin Ramzis bästa att

umgänge tillerkänns mot Angelikas vilja. Högsta domstolen anser att detta måste ha varit en förutsägbar följd för Abdelkrim med hänsyn till hans talan i högsta instans och med hänsyn till den sammankoppling som tidigare skett mellan vårdnaden om Tarek och umgängesrätt med Robin Ramzi.⁹²

6.2.5 Slutsatser med hänsyn till barnets bästa

Tyngdpunkten i tingsrättens bedömning ligger utan tvekan på vem av föräldrarna som är mest lämplig som vårdnadshavare och inte på vad som vore bäst för Tarek. Det kan ifrågasättas varför tingsrätten inte gått in på frågan om huruvida Tarek funnit sig så väl tillrätta i Tunisien att det vore skadligt för honom att tvingas tillbaka till sin mamma i Sverige.

Redan i tingsrätten sker en sammankoppling mellan de två barnen genom att Abdelkrim medger Angelika umgänge med Tarek om han själv får umgänge med Robin Ramzi och genom att tingsrätten sätter som villkor för att Abdelkrim skall få umgänge med Robin Ramzi att han först överlämnar Tarek till Angelika. Frågan är om tingsrätten gör detta för att få någon typ av garanti för att Abdelkrim inte skall bortföra även Robin Ramzi, för att få ett tecken på god vilja eller helt enkelt för att få till rättvisa mellan föräldrarna? I vilket fall tycker jag att det visar på brist i beaktandet av barnets bästa i fråga om Robin Ramzi. Det är han som har umgängesrätt med sin far, ett umgänge som lagstiftaren är mycket mån om, så varför villkoras det av att brodern återvänt till Sverige?

Hovrätten går i större utsträckning än tingsrätten in på vad som är mest förenligt med Tareks bästa. Det betonas att det helt och hållet är hänsyn till detta som skall avgöra vem som erhåller vårdnaden, men givetvis görs en lämplighetsbedömning av föräldrarna ändå. Sammankopplingen mellan pojkar är inte lika tydlig i hovrätten, men då tingsrättens dom fastställs både i vårdnads- och umgängesdelen får det antas att även villkoret på överlämnande av Tarek innan umgänge med Robin Ramzi tillåts kvarstår.

Högsta domstolen tar till en början upp en ytterst relevant fråga, som dock inte berörts av någon av underinstanserna, nämligen lagvalsfrågan. Redan vid tiden för tingsrättens dom hade Tarek befunnit sig i Tunisien i åtta år och ändå berörde domstolen inte med ett ord möjligheten att han skulle anses ha förvärvat hemvist där, vilket kunnat göra tunisisk lag tillämplig. Det dröjer alltså ända till högsta instans innan lagvalsfrågan kommer upp till bedömning och Tarek har då vistats i Tunisien i tio år. Trots denna långa i tid kommer Högsta domstolen, utan någon närmare förklaring, fram till att anknytningen till Sverige är av sådan art att svensk rätt skall tillämpas även i den del av tvisten som rör Tarek. Jag finner det märkligt att frågan om Tareks hemvist inte ens tas upp till diskussion. Enligt dagens praxis anses

⁹² En skiljaktig i Högsta domstolen ansåg att vårdnaden om Tarek borde tillerkännas Angelika.

det vara bäst för ett barn att frågor som berör barnets personliga förhållanden avgörs med hjälp av lagen i barnets hemvistland. Att Tarek befinner sig i Tunisien till följd av ett olovligt bortförande kan medföra att det krävs mer för att han skall anses ha förvärvat hemvist där än annars, men det är inte omöjligt att han gör det och särskilt inte efter så lång tid. Kanske kan det vara så att principen om barnets lex domicili inte slagit igenom vid denna tid.

Vid tiden för Högsta domstolens dom har Tarek uppnått en sådan ålder att hans vilja skall tillmätas betydelse och verkställighet mot hans vilja inte är möjlig med mindre sådan anses vara till hans bästa. Högsta domstolen lägger vikt vid att Tarek själv motsätter sig en flytt till Sverige och ger dessutom uttryck för att extra hänsyn bör tas när det är fråga om byte av hemland.⁹³ Ju större en förändring är desto större hänsyn skall alltså tas till barnets egen vilja.

I fråga om Robin Ramzi väcker Högsta domstolens dom betänkligheter enligt min mening. Främst invänder jag mot den sammankoppling av bedömningarna rörande de två pojkarna som alla instanser gör. Högsta domstolen har invändningar mot denna sammankoppling, men gör den ändå själv.⁹⁴ Jag har svårt att se att den yngre pojkens bästa beaktas individuellt och inte bara i förhållande till utfallet rörande den äldre brodern. Robin Ramzi får inget umgänge med sin pappa eftersom det inte anses förenligt med pojkens bästa att besluta om umgänge mot moderns vilja. Att modern hyste oro för att fadern skulle bortföra även honom kan inte anses helt obefogat, men frågan är om den verkligen var så välgrundad att den borde räcka till för att helt beröva sonen umgänge med fadern. Detta känns mer som ett sätt att bestraffa fadern för bortförandet av den äldre sonen än ett sätt att tillgodose Robin Ramzis bästa. Hade inte umgänge med kontaktperson närvarande exempelvis varit ett sätt att tillgodose pojkens behov av kontakt med sin pappa samtidigt som hänsyn togs till moderns oro? Hämd mot pappan och överdriven hänsyn till mamman tycks ha vägt tyngre än pojkens intressen i denna bedömning.

Rörande Tarek står Högsta domstolens dom enligt min mening i överensstämmelse med barnets bäst. Hans vilja beaktas och han skyddas mot att ryckas upp från sin invanda miljö. Domen ger honom en vårdnadshavare som återspeglar verkligheten och den ökar hans möjligheter att få ett fungerande umgänge med sin mamma. Umgänget främjas av att Tarek vet att han får vara kvar i Tunisien, en trygghet som kan bidra till att hans vilja att besöka modern och brodern i Sverige ökar. Den rätt till umgänge som Angelika nu har tillerkänts innebär att hon kan begära rättsliga påtryckningsmedel i form av vitesföreläggande mot Abdelkrim, som ju har tillgångar i Sverige, för att få till stånd umgänget. Domen främjar alltså i slutändan att Tarek får ett fungerande förhållande till båda sina föräldrar, vilket vikt lagts vid i alla instanser.

⁹³ Sidan 104 i domen.

⁹⁴ Sidan 105 i domen.

Abdelkrim vinner till slut på att ha bortfört sonen och Angelika som inte gjort något fel förlorar. Orättvisan mot modern har dock inte tillåtits överskugga vad som var bäst för Tarek och barnets bästa har då fått precis den tyngd som är avsikten.

6.3 Sammanfattning

Ett olovligt bortförande ses enligt lagstiftaren en typ av övergrepp mot barn och risken för ett sådant skall beaktas när vårdnads- och umgängesfrågor avgörs. När det har gått så långt att en förälder bortför ett barn mot den andre förälderns vilja är konflikten mellan dem ofta så djup att gemensam vårdnad inte är möjlig. En förälder skall då ha ensam vårdnad och det finns flera faktorer som påverkar bedömningen av vem som är mest lämplig att erhålla sådan. Domstol lägger stor vikt vid vilken av föräldrarna som kan antas att bäst komma att främja umgänge mellan barnet och den andre föräldern. Hänsyn tas till barnets egen vilja, till om barnet kan komma att ryckas upp ur sin invanda miljö om en viss förälder får vårdnaden och till praktiska skäl såsom att en vårdnadsdom skall vara verkställbar och alltså komma att spegla de verkliga förhållandena.

Alla är faktorer av barnets bästa, som ju skall vara utgångspunkten för vårdnadsavgöranden. Ett avgörande som står i överensstämmelse med barnets bästa kan leda till att den som bortfört barnet erhåller vårdnaden om barnet funnit sig tillräta i det nya landet. Vikt läggs vid vad barnet självt vill och Högsta domstolen har uttalat att extra hänsyn skall tas då det gäller byte av hemland. Även om ett barn funnit sig tillräta i sin nya miljö kan domstol dock göra den bedömning att det är till barnets bästa att återföras till sitt ursprungliga hemland. En sådan förändring kan innebära stora svårigheter för ett barn, men det är då barnets bästa på lång sikt som ligger till grund för bedömningen och som anses väga upp det temporära lidande en flytt kan innebära för barnet. Barnets bästa på lång sikt prioriteras då framför barnets bästa på kort sikt.

Efter ett olovligt bortförande är det lätt att sympatisera med den kvarvarande föräldern och tycka att det enda rätta är att denne får vårdnaden om barnet. När vårdnaden istället tillerkänns den förälder som bortfört barnet är det lätt att tycka att detta är fel och orättvist, varför skall bortföraren belönas när det är denne som gjort fel. Här sätts domstolarna verkligen på prov i hur väl de tillämpar principen om barnets bästa. Det är viktigt att den felaktiga handlingen en förälder begått inte tillåts orsaka barnet mer skada än nödvändigt. Om ett barn befunnit sig länge i det nya landet, funnit sig tillräta där och själv motsätter sig att återvända till ursprungslandet är risken för barnets välmående kanske större om man tvingar tillbaka barnet än om man låter barnet bli kvar. Finns det inget som tyder på att barnet far illa i sin nya hemmiljö kan det alltså vara bästa att låta de nya förhållandena bestå. Det är i dessa situationer det är viktigt att

komma ihåg att det är barnets bästa som avgör frågan om vårdnad och inte vad som är mest rättvist i förhållande till föräldrarna.

Den förälder som inte erhåller del i vårdnaden om ett barn kan tillerkännas umgänge med barnet. Även vid denna bedömning skall hänsyn tas till risken för olovligt bortförande och principen om barnets bästa är utgångspunkten. Bedömningen i umgänesfrågan behandlas i nästa kapitel.

7 Umgänge

7.1 Inledning

I förra kapitlet behandlades frågan om vårdnad och på vilket sätt olovligt bortförande eller risken därför påverkar bedömningen i vårdnadsfrågan. Det konstaterades att gemensam vårdnad ofta är otänkbart i dessa fall och att ensam vårdnad därför är enda alternativet. Den föräldern som inte erhåller del i vårdnaden kan tillerkännas umgängesrätt med barnet. Umgänge regleras liksom vårdnad i föräldrabalkens sjätte kapitel. Begreppet umgängesrätt är egentligen missvisande eftersom det är barnet som har rätt till umgänge med sin förälder och inte tvärtom.⁹⁵ Det är, eller skall i alla fall vara, barnets behov av umgänge som avgör om sådant skall äga rum och i vilken omfattning. Den rådande uppfattningen är att ett barn mår bäst av att ha kontakt med båda sina föräldrar och därför skall det ganska mycket till för att det skall anses vara till barnets bästa att inget umgänge alls äger rum.⁹⁶ Umgänget anses vara så viktigt att man vid avgörandet av vem som skall ha vårdnaden om ett barn tar hänsyn till vem av föräldrarna som bäst kan tänkas främja umgänget med den andre föräldern.

Risken för att en förälder skall bortföra sitt barn till utlandet under en umgängesperiod, eller inte återlämna barnet efter en sådan period utomlands, skall beaktas i den bedömning som görs rörande umgänge. Att risken för denna typ av övergrepp skall beaktas när frågor om umgänge avgörs följer av 6 kapitlet 2 a § föräldrabalken. Bestämmelsen lyder:

Barnets bästa skall komma i främsta rummet vid avgörande enligt detta kapitel av alla frågor som rör vårdnad, boende och umgänge.

Vid bedömningen av vad som är bäst för barnet skall det fästas avseende särskilt vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Risken för att barnet utsätts för övergrepp, olovligen förs bort eller hålls kvar eller annars far illa skall beaktas.

Visserligen är ett olovligt bortförande en typ av övergrepp mot barnet, men man ansåg att det var viktigt att uttryckligen nämna dessa fall i lagtexten. Bevismässigt är tanken inte att det skall vara ställt utom all rimlig tvivel att barnet kommer att fara illa, utan det räcker med att det föreligger en beaktansvärd risk därför.⁹⁷

Risk för att ett barn kommer att föras ut ur landet föreligger givetvis framför allt om föräldrarna kommer från andra länder än Sverige. När man gör en

⁹⁵ 6 kapitlet 15 § första stycket föräldrabalken.

⁹⁶ Jämför med de presumtioner som behandlats i kapitel 2.3.4.

⁹⁷ Ds 1992:39, *Olovligt bortförande och andra övergrepp mot barn*, sidan 41.

riskbedömning kan en faktor att ta hänsyn till vara i vilken utsträckning den förälder som inte fått vårdnaden har funnit sig i detta. Enligt vissa främmande rättsuppfattningar erkänns i princip inte att modern har bestämmanderätt över var barnet skall vistas. Ytterligare faktorer som kan spela in när man bedömer risken enligt denna bestämmelse kan vara umgängesföräldrarnas allmänna attityd till våld, eventuellt tidigare övergrepp och hot om övergrepp. Om domstolen kommer fram till att försiktighetsmått är påkallade kan domstolen exempelvis föreskriva att umgänge endast skall få utövas i Sverige, enbart i närvaro av tredje person eller enbart under kortare stunder.

Ibland kan risken för att barnet far illa vara så beaktansvärd att det med hänsyn till barnets bästa framstår som lämpligast att umgänge över huvud taget inte kommer till stånd. Det förhållande att barnet, om det olovligen bortförs eller kvarhålls utom landet, kan återföras till Sverige enligt Europaråds- och Haagkonventionerna, bör inte utgöra skäl att låta bli att vidta sådana försiktighetsmått som är påkallade.⁹⁸

Liksom när vårdnadsfrågan avgörs skall barnets vilja beaktas vid frågan om umgänge.⁹⁹

7.2 NJA 1995 sidan 727

NJA 1995 sidan 727 handlar om tillämpning av 6 kapitlet 2a § föräldrabalken¹⁰⁰ och fråga är om umgänge skall vägras med hänsyn till risken för att barnet olovligen bortförs av umgängesföräldern vid umgänge.

7.2.1 Bakgrund

Maria är svensk medborgare med hemvist i Sverige och David är syrisk medborgare även han med hemvist i Sverige. Tillsammans har de sonen Alexander.

Maria och David inledde sitt förhållande hösten 1991 och våren 1993 föddes Alexander. I samband med sonens födelse flyttade paret ihop och kom överens om att vårdnaden skulle vara delad. Ett par månader efter detta separerade paret och Maria flyttade med sonen till en ny lägenhet.

7.2.2 Tingsrätten

⁹⁸ Ds 1992:39, *Olovligt bortförande och andra övergrepp mot barn*, sidan 41f.

⁹⁹ 6 kapitlet 2b § föräldrabalken.

¹⁰⁰ Dåvarande 6 kapitlet 15 § 4 stycket.

Maria väcker talan mot David och yrkar att hon skall tillerkännas ensam vårdnad om sonen. David i sin tur motsätter sig detta och vill ha fortsatt delad vårdnad. Skulle Marias yrkande bifallas yrkar han umgängesrätt med sonen enligt vissa önskemål. Maria motsätter sig gemensam vårdnad och allt umgänge mellan far och son. I februari 1994 förordnade tingsrätten i ett interimistiskt beslut att Maria skulle ha ensam vårdnad om Alexander och att David skulle ha umgängesrätt med sonen varannan lördag i närvaro av kontaktperson.

Maria anför att orsaken till att paret separerade varit att David använt våld mot henne. Hon uppger att hon till en början varit positivt inställd till att David skulle ha ett omfattande umgänge med sonen, men att denna inställning förändrats efterhand som hon börjat oroa sig alltmer för att David skulle bortföra sonen. Oron har sitt ursprung i uttalanden David gjort och ett tillfälle då David velat ta med Alexander till Göteborg för att träffa danska släktingar. Efter den händelsen ville hon inte att David skulle umgås med sonen utan att en kontaktperson var närvarande, vilket därför ordnades. David kunde dock inte acceptera detta och därefter har det inte funnits något fungerande umgänge mellan far och son. Inte heller efter tingsrättens interimistiska beslut kom något umgänge till stånd. På grund av hot mot och misshandel av Maria meddelades David besöksförbud våren 1994, vilket skulle gälla sex månader. Till följd av detta vägrade Maria tillåta David umgänge med Alexander och länsrätten avslog Davids talan om verkställighet av tingsrättens interimistiska beslut. Kammarrätten biföll däremot Davids talan och Maria har följt denna genom att tillåta att David umgås med sonen i närvaro av en kontaktperson.

Maria anför att hon känner stor oro för att David olovligen skall bortföra Alexander från Sverige till Syrien eller något annat land och att detta talar emot ett umgänge.

Till grund för sitt bestridande har David anförts följande. Han kom till Sverige från Libanon som flykting efter att han deserterat från den syriska armén. Det är inte möjligt för honom att återvända till något av dessa länder eftersom ett femårigt fängelsestraff väntar honom i Syrien.

David uppger att han haft ett bra förhållande till sonen under den tid de bodde tillsammans alla tre. Efter separationen skedde umgänge med sonen helt på Marias villkor fram till dess att hon satte stopp för umgänget helt och hållet på grund av hennes oro för att han skulle röva bort honom. Han har fördömt liknande händelser som tagits upp i massmedier. Efter att Maria väckt talan om att erhålla ensam vårdnad om sonen gick David med på att träffa sonen i närvaro av en kontaktperson för att Maria inte skulle oroa sig. Efter tingsrättens interimistiska beslut kom umgänget inte igång och samarbetsamtalen avbröts för att Maria tyckte att de var meningslösa. Efter kammarrättens dom har han haft ett välfungerande umgänge med sonen, fram till december 1994.

David framhåller som grund för sin talan att Alexander behöver regelbunden kontakt med sin far och att Marias oro för att han skall föra sonen utomlands är ogrundad.

Båda parter har åberopat skriftlig bevisning samt kallat vittnen. De har också båda hörts under sanningsförsäkran. En vårdnads- och umgängesutredning har gjorts. Av parternas framställningar framgår att de har olika uppfattningar om i vilken utsträckning umgänge mellan David och Alexander har förekommit och i vad mån den har fungerat.

Maria uppger att umgänget just nu fungerar bra, men att hon inte tror att ett så omfattande umgänge som David yrkat skulle vara bra för Alexander. Pojken är klängig och sover dåligt efter umgänge med sin far. Dessutom litar hon inte till fullo på kontaktpersonen eftersom han ibland lämnat felaktiga uppgifter om var umgänget utövats.

David uppger att han inte har någon avsikt att återvända till Libanon eller att föra sin son dit. Han vill att Alexander skall växa upp i Sverige. Det viktigaste anser han är att sonen har det bra och att David och Maria slutar bråka. Han har inget pass och kan följaktligen inte resa utomlands. David förnekar en del av de påstådda hoten och han avvisar att han skulle ha sagt att han skulle ta Alexander till Göteborg för att träffa danska släktingar, han har inga sådana, utan han skulle träffa en kompis.

Tingsrätten bifaller Marias yrkande om ensam vårdnad eftersom det inte kan anses oförenligt med Alexanders bästa och parterna inte längre är överens om fortsatt gemensam vårdnad.¹⁰¹ Tingsrätten drar slutsatsen från Marias och hennes två väninnors berättelser att David framfört ett flertal hot mot Maria vilka inte kan lämnas utan avseende. Domstolen finner att det är möjligt att David vill försöka hämnas på Maria för att hon lämnat honom och även i övrigt ifrågasätts hans pålitlighet av tingsrätten. Tingsrätten finner att Marias oro att David skall föra bort Alexander inte kan anses vara helt ogrundad. Domstolen finner inte Davids anknytning till Sverige och det fängelsestraff som väntar honom i Syrien vara tillräckligt för att utesluta att han på annat sätt för sonen till släkt i Libanon. Trots dessa omständigheter som talar mot umgänge kan risken för ett olovligt bortförande inte anses så stor att Davids yrkande om umgänge skall ogillas helt. Med hänsyn till Alexanders ålder finner tingsrätten det lämpligt att David skall ha umgängesrätt med sonen varannan lördag från 10.00 till 18.00 i närvaro av en manlig kontaktperson.

7.2.3 Hovrätten

¹⁰¹ Eftersom detta var före 1998, då reglerna gjordes om, kunde gemensam vårdnad inte dömas mot en förälders vilja. Vidare hade David inte yrkat om ensam vårdnad och Maria tillerkändes därför vårdnaden utan vidare utredning.

Båda parterna överklagade till hovrätten. David yrkade att han skulle tillerkännas umgänge med Alexander utan kontaktperson i enlighet med de tider han yrkat i tingsrätten. Maria yrkade att Davids rätt till umgänge skulle undanröjas.

Parterna har åberopat samma grunder och bevisning som i tingsrätten. Maria har förtydligat sina grunder och anför att hennes oro beror på flera saker. Dels är hon orolig för att David skall bortföra Alexander, dels för att David skall använda våld mot henne eller Alexander till skada för Alexander och slutligen är hon orolig för att hennes och Davids konflikt gör att umgänge är till skada för sonen.

David uppger att han numera är förlovad med en kvinna från Bosnien som bott i Sverige i två år och har familj här. Han har en anställning på Electrolux. Han står under åtal för misshandel och olaga hot mot Maria och för hot mot hennes far.

Hovrätten menar att det faktum att David är född och uppvuxen i Syrien och Libanon inte kan leda till ett antagande att han kommer att bortföra sin son eller att sådan risk föreligger. Dessutom väntar ett fängelsestraff om han skulle återvända dit. Han har bott i Sverige i sex år, han talar svenska och har ansträngt sig för att komma in på arbetsmarknaden. Han har nu förlovat sig med en kvinna som också rotat sig i viss mån i Sverige. De uttalanden David gjort om att bortföra Alexander gjordes i samband med att paret bröt upp och skall ses mot denna bakgrund. Med hänsyn till detta och då Marias påståenden om våldstendenser inte kan anses vara av den art att de skall hindra umgänge finner hovrätten inget som hindrar att David skall ha rätt till ett normalt umgänge med sonen. Hovrätten tillerkänner alltså David umgänge med sonen Alexander i enlighet med vad som yrkats i tingsrätten.¹⁰²

7.2.4 Högsta domstolen

Maria överklagade till Högsta domstolen och yrkade i första hand att David skulle nekas rätt till umgänge och i andra hand att han endast skulle ha umgängerätt i den utsträckning som han tillerkänts i tingsrätten. David bestred ändringen. Högsta domstolen beslöt september 1995 att hovrättens förordnande om umgänge tills vidare inte fick verkställas.

Högsta domstolen finner inte att det finns något som talar för totalt umgängesförbud för David med Alexander. En förälders ursprung och anknytning till ett annat land är inte tillräckligt för att umgänge skall vägras på grund av risken för bortförande, utan det krävs en mer konkret fara för att

¹⁰² Denna är omfattande och innefattar vartannat veckoslut, varje onsdag, vartannat större lov och ledighet, samt fyra veckor varje sommar, med viss anpassningsperiod. En skiljaktig menade att tingsrättens bedömning varit korrekt.

riskerna skall beaktas i bedömningen. Domstolen finner att de uttalanden som David gjort rörande bortförande av sonen ligger så långt bak i tiden och mot bakgrund av att de uttalats i samband med separationen saknar de avgörande betydelse. David har varit i Sverige i över sex år, han har en praktikplats och han har förlovat sig och flyttat ihop med en ny kvinna i Sverige. Detta tillsammans med att det inte finns någon påtaglig risk för att David skall utsätta sin son för våld leder till att Högsta domstolen inte ser någon anledning till att han skall vägras umgänge med sin son. Marias förstahandsyrkande avslås alltså.

Vad gäller omfattningen av umgänget menar domstolen att det med hänsyn till att David den senaste tiden haft ett begränsat umgänge med sonen och att han då haft en del svårigheter med att sköta om honom, samt den negativa effekt Marias oro inför umgänge kan ha på Alexander, finner Högsta domstolen det lämpligt att fastställa umgängets rätten enligt tingsrättens dom.¹⁰³

7.2.5 Slutsatser med hänsyn till barnets bästa

Utgångspunkten är att ett barn har rätt till umgänge med den förälder som inte är vårdnadshavare. Risken för ett olovligt bortförande är en faktor som kan tala emot umgänge eller föranleda restriktioner kring ett sådant.

Tingsrätten tycks i princip utgå från att det är upp till David att visa att han inte kommer att bortföra sonen. David har rotat sig i Sverige och ett längre fängelsestraff väntar honom om han återvänder hem, men tingsrätten framhåller att detta inte är tillräckligt för att utesluta risken att han på annat sätt för sonen till Libanon. Domstolen finner att det finns en risk för bortförande och att detta talar emot umgänge, men att risken inte är så påtaglig att umgänge helt skall vägras. Umgängestiden blir mycket begränsad och kontaktperson skall då närvara. Formuleringen av tingsrättens domskäl i denna del är något oklar och kan tolkas så att pojken låga ålder, inte risken för ett bortförande, motiverar att en kontaktperson närvarar. Troligen är det dock risken för bortförande som motiverar restriktionen.¹⁰⁴ Enligt min mening lägger tingsrätten för mycket vikt vid Davids anknytning till Syrien och Libanon och för lite vikt vid de faktiska omständigheterna. Tingsrätten tycks nästan uppställa en presumtion att föräldrar med anknytning till andra länder bortför sina barn och vill de ha umgänge får de bevisa att så inte är fallet.

Tingsrättens dom tillgodoser pojken behov av umgänge med sin far i viss mån, även om mer frekvent och kortare umgängestid enligt min mening bättre skulle främja förhållandet. Att ställa upp en sådan omvänd bevisbörda

¹⁰³ Två skiljaktiga menade att hovrättens dom skulle fastställas, dock med en längre anpassningsperiod.

¹⁰⁴ Saldeen, Å., *Risk för bortförande av barn vid beslut om umgängesrätt*, Juridisk Tidskrift, 1995/96, sidan 1139.

som tingsrätten nästan gör är visserligen tänkt att skydda barnet mot bortförande, men frågan är om den inte bara i onödan skulle hindra fungerande umgänge mellan föräldrar och barn. Dessutom kan man fråga sig vad David och andra i hans situation skulle kunna göra för att visa att de inte har för avsikt att bortföra sina barn, det är ingen lätt sak att bevisa att en avsikt inte finns.

Hovrätten lägger helt annan vikt vid Davids ursprung och konstaterar att enbart det faktum att han är uppvuxen i Syrien och Libanon inte kan leda till antagandet att det finns en risk för att han bortför sin son. Hovrätten lägger desto större vikt vid de faktorer som talar för att David inte har för avsikt att lämna Sverige och framhåller då att fängelsestraffet talar emot att han skulle återvända till sitt hemland. Sammantaget finner domstolen inte att det föreligger sådan risk för bortförande att umgängesrätt skall vägras. Hovrätten finner heller inte att de tidigare hot David framställt eller det våld han använt mot Maria hindrar ett normalt umgänge. David tillerkänns alltså en ”sedvanlig umgängesrätt” vilket så långt som möjligt, och i större utsträckning än tingsrättens dom, möjliggör ett så bra och normalt förhållande som möjligt mellan en far och son som inte bor ihop. Hovrätten förordnar en fyra månader lång anpassningsperiod vilket skall mildra omställningen för Alexander.

Även Högsta domstolen framhåller att för att risken för ett bortförande skall påverka umgängesrätten räcker det inte att umgängesföräldern har ursprung i ett annat land eller anknytning till landet genom anhöriga. Skulle krav på risken ställas så lågt skulle det förmodligen leda till att umgänge skulle vägras eller föranleda restriktioner i ett stort antal fall och detta skulle inte vara förenligt med barns behov av umgänge med den förälder som inte är dess vårdnadshavare. Istället krävs en mer konkret fara för bortförande exempelvis att faktiska åtgärder har vidtagits som skulle förbereda ett sådant. Även uttalanden från föräldrarnas sida som tyder på att avsikt finns att bortföra barnet skall tillmätas betydelse enligt Högsta domstolen, men det framhålls också att både åtgärder och uttalanden måste ses i sitt sammanhang. Domstolen finner inte att det i det aktuella fallet finns en sådan risk för bortförande att den skall påverka umgänget. David tillerkänns dock inte normalt umgänge med Alexander, utan endast i den utsträckning tingsrätten bestämt. Detta motiveras med att David inte haft något välfungerande umgänge med sonen under senare tid och att Marias oro anses kunna påverka pojken negativt.

Det är förvånansvärt så olika vikt de tre instanserna lägger vid de olika omständigheterna. Bra är att både hovrätten och Högsta domstolen påpekar att Davids anknytning till andra länder inte automatiskt kan leda till antaganden om att han kommer att bortföra sin son, utan att det krävs en konkret fara för ett bortförande för att risken skall påverka bedömningen i umgängesfrågor.

Att en förälders oro för ett bortförande kan spela en avgörande roll i en umgängesbedömning blir tydligt i detta mål med tanken på utgången i

Högsta domstolen. Marias oro tillåts bli en faktor i bedömningen, även om oron enligt domstolen är obefogad, eftersom oron anses kunna påverka Alexander negativt. Ett sådant hänsynstagande är helt i sin ordning om det faktiskt är så att vårdnadshavaren känner sådan oro som riskerar att påverka barnet, men risken finns att om hänsynen blir för stora kan de missbrukas och användas av en vårdnadshavare som ett sätt att få som denne vill.¹⁰⁵ Om en förälders oro är verklig och äkta kan den alltså påverka umgängesbedömningen oavsett om den anses vara välgrundad eller ej rent objektivt.

Enligt min mening borde det snarare ha varit våldet som föranlett en diskussion kring restriktioner, inte risken för bortförande.

7.3 Sammanfattning

Precis som vid avgörande av vårdnadsfrågan skall hänsyn till risken för olovligt bortförande tas när frågan om umgänge avgörs. Barnets bästa är utgångspunkten och ett olovligt bortförande eller risken för ett är en av de faktorer som påverkar bedömningen av vad som är bäst för barnet. Att barnet ges möjlighet till att ha ett bra förhållande till den förälder som inte har vårdnaden värderas högt och det är huvudregel att umgänge skall äga rum. Finner domstol att det finns risk för att ett barn bortförs under umgängesperiod kan den antingen besluta om umgänge med restriktioner eller vägra umgänge helt. Restriktionerna är till för att göra umgänget så säkert för barnet som möjligt och ibland också för att lugna en orolig vårdnadshavare. Det finns ett flertal restriktioner att tillgå och de används utifrån hur stor risken är. Domstol kan bland annat besluta att umgänge endast får ske inom landets gränser, att umgänge skall ske i närvaro av kontaktperson eller att umgängesföräldern skall överlämna sitt pass under umgängesperioden.

Risken för ett olovligt bortförande skall beaktas vid umgängesfrågans bedömning och detta är helt i sin ordning. Det viktiga är att rätt vikt läggs vid risken så att ribban inte sätts så lågt att umgänge vägras i fler fall än befogat. Man måste akta sig för att hamna i en situation där en förälders utländska ursprung blir liktydigt med att det finns en risk för bortförande. Det skall inte bli upp till en förälder att bevisa att denne inte avser att bortföra sitt barn, sådan omvänd bevisbörda vore oacceptabel och skulle leda till klar diskriminering på grund av härkomst.

Vilken vikt som läggs vid en förälders oro är också viktigt att vara försiktig med. Det är viktigt att utreda om oron är verklig och inte bara ett spel för att

¹⁰⁵ Saldeen, Å. *Risk för bortförande av barn vid beslut om umgängesrätt*, Juridisk Tidskrift, 1995/96, sidan 1140. Persson, K., Svenska Dagbladet, 1996-01-12.

komma åt den andre föräldern genom barnet. Det är och förblir barnets behov av umgänge med en förälder som skall vara avgörande för umgänge och dess omfattning.

Hänsyn skall tas till barnets egen vilja vad gäller umgänget med beaktande av barnets ålder och mognad.

Varken en förälders utländska ursprung eller en annans oro för bortförande får tillåtas överskugga vad som är bäst för barnet.

Det förhållande att ett barn som olovligt bortförs eller kvarhålls utomlands i vissa fall kan återföras till Sverige enligt Haagkonventionen skall inte utgöra skäl att låta bli att vidta sådana försiktighetsåtgärder som är påkallade vid umgänge. Detta kan låta som om man egentligen inte litar på konventionens effektivitet. Så skall det däremot inte tolkas, utan vägran av umgänge är snarare att se som en brottsförebyggande åtgärd och sådana låter man ju inte bli bara för att det finns straff för brottet. Det är för barnets bästa att det inte bortförs och utsätts för överflyttning över huvud taget.

Skulle det vara så att ett olovligt bortförande trots eventuella försiktighetsåtgärder ägt rum finns det i vissa fall möjlighet att få barnet överflyttat tillbaka till ursprungslandet. Möjligheterna till att få till stånd ett sådant är mycket avhängigt av vilket land barnet förts till. Överflyttning behandlas i nästa kapitel.

8 Överflyttning

8.1 Inledning

Ett olovligt bortförande går inte alltid att förutse eller förhindra och det är när sådant inträffat som överflyttning kan bli aktuellt. Överflyttning innebär att ett barn som olovligen bortförts eller kvarhållits förs tillbaka till sin rättmätige vårdnadshavare.¹⁰⁶ Sverige har gjort internationella åtaganden att bekämpa olovliga bortföranden och kvarhållanden av barn, bland annat genom ratifikationen av barnkonventionen. Konventionens artikel 11 lyder:

1. *Konventionsstaterna skall vidta åtgärder för att bekämpa olovligt bortförande och kvarhållande av barn i utlandet.*
2. *För detta ändamål skall konventionsstaterna främja ingåendet av bilaterala eller multilaterala överenskommelser eller anslutning till befintliga överenskommelser.*

Haagkonventionen är den viktigaste konventionen som tillkommit i enlighet med andra punkten och jag återkommer snart till denna. Sverige har även att uppfylla internationella och nationella krav på hänsyn till barnets bästa och syftet med detta kapitel är att se på hur hänsyn till principen om barnets bästa tas i mål om överflyttning.

8.2 Lagstiftning

Svensk lagstiftning rörande överflyttning bygger på två internationella konventioner, 1980 års Haagkonvention om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn (Haagkonventionen) och 1980 års Europarådskonvention om erkännande och verkställighet av avgöranden rörande vårdnad om barn samt om återställande av vård av barn (Europarådskonventionen), vilka resulterat i verkställighetslagen. Eftersom överflyttning är en form av verkställighet blir även kapitel 21 föräldrabalken aktuellt.

Endast Haagkonventionen behandlas mer ingående i detta kapitel. Europarådskonventionen har en mer traditionell utformning med tyngdpunkt på erkännande och verkställighet och därför har den behandlats i de avsnitten istället.¹⁰⁷ Europarådskonventionen tillkom, liksom Haagkonventionen, som ett led i bekämpningen av olovliga bortföranden av

¹⁰⁶ Termen återföring används med samma betydelse.

¹⁰⁷ Erkännande behandlas i avsnitt 5.2 och verkställighet i avsnitt 5.3.

barn men tillämpas alltså inte direkt i den typen av fall. Anslutning till Europarådskonventionen medför att avgöranden om vårdnad, umgänge eller rätten att ta vård om barn som meddelats i en konventionsstat kan erkännas och verkställas i en annan.¹⁰⁸

Europarådskonventionen kan tillsammans med Bryssel II-förordningen tänkas få en viss preventiv effekt genom att avgöranden från en stat kan erkännas och bli föremål för verkställighet i allt fler länder, vilket gör att möjligheterna att vinna något på att bortföra sitt barn minskar. Att konventionen och förordningen inte tillämpas direkt för att få tillbaka ett barn innebär alltså inte att de inte har någon betydelse alls på området.

8.2.1 Haagkonventionen

Sverige ratificerade 1980 års Haagkonvention om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn (Haagkonventionen) 1989 och den trädde för Sveriges del i kraft den 1 juni samma år. Konventionen är ett resultat av arbetet inom Haagkonferensen för internationell privaträtt. Redan i mitten av 1970-talet uppmärksammades problemet inom konferensen och arbetet med att få till stånd ett internationellt samarbete i syfte att motverka de olovliga bortförandena påbörjades.¹⁰⁹ Genom sin anslutning till Haagkonventionen verkar Sverige i enlighet med kravet i barnkonventionens artikel 11.

I Haagkonventionens artikel 1 kan man utläsa konventionens syfte. Artikelns visar att konventionen har två funktioner, en reparativ och en preventiv. Artikelns lyder:

Ändamålet med denna konvention är:

- a. att säkerställa ett snabbt återförande av barn som olovligen har förts ut till eller kvarhållits i en fördragsslutande stat; och*
- b. att tillförsäkra att rätten i en fördragsslutande stat till vårdnad och umgänge verksamt respekteras i andra fördragsslutande stater.*

Punkt a. utgör den reparativa funktionen och konventionens centrala mål. Återförandet återställer situationen sådan den var före det olovliga bortförandet eller kvarhållandet och skall ske för att ett avgörande rörande vårdnaden om barnet skall kunna fattas av domstol eller myndighet i barnets hemvistland.¹¹⁰ Konventionen skall alltså se till att situationen så snabbt som möjligt återställs till den ursprungliga, det vill säga den som rådde

¹⁰⁸ Socialstyrelsens skrift *Olovligt bortförd*, sidan 19f.

¹⁰⁹ Prop. 1988/89:8, sidan 9.

¹¹⁰ Göransson, K., *1980 års Haagkonvention om olovliga bortföranden av barn*, Svensk Juristtidning, 2002, sidan 458.

innan barnet bortfördes eller kvarhölls, och det är detta man menar när man talar om att Haagkonventionen skyddar en faktisk situation.¹¹¹

I punkt b. finner man den preventiva funktionen. Tanken är att om varje fördragsslutande stat respekterar vårdnads- och umgängesrättigheter som existerar i en annan stat kan detta tänkas ha till följd att föräldrar avhåller sig från att olovligen bortföra sitt barn till en fördragsslutande stat eller kvarhålla barnet i en sådan. Dock finns det inga bestämmelser i konventionen som reglerar hur denna respekt skall upprätthållas och den faller således i praktiken utanför konventionens tillämpningsområde.¹¹² Det verkar mer troligt att konventionens preventiva funktion ligger i reglerna om överflyttning och att det med hänsyn till dessa inte skall löna sig att olovligen bortföra eller kvarhålla sitt barn i en konventionsstat.

I Sverige är det länsrätten som är första instans i mål om överflyttning. Detta är naturligt eftersom överflyttning av ett barn är en verkställighetsåtgärd och beslut om sådana normalt fattas av förvaltningsdomstol. Till grund för verkställigheten ligger svensk eller utländsk dom, avgörande eller avtal. Vanligtvis försöker man förmå den person som har barnet hos sig att samarbeta och få till stånd att domslut efterlevs på frivillig väg. Att försöka få till stånd ett frivilligt återlämnande är en skyldighet som centralmyndigheten har enligt artikel 10. Tyvärr är det inte alltid möjligt att nå en sådan lösning och förvaltningsdomstol får då träda in och besluta om verkställighet.

Haagkonventionen skyddar alltså en faktisk situation. Konventionens utgångspunkt är att tvister rörande vårdnad och liknade frågor bäst kan avgöras av domstol i det land där barnet har sitt ursprungliga hemvist och därför är dess syfte att snabbt återföra barn till sin hemmiljö.¹¹³ För att minimera skadorna av ett olovligt bortförande stadgar Haagkonventionen att staterna skall iakttä en snabb handläggning för att få barnet återlämnat.¹¹⁴ Processen i länsrätten är alltså avsedd att vara snabb och summarisk. Det är viktigt att komma ihåg att ett beslut om överflyttning på intet sätt är ett ställningstagande i själva vårdnadsfrågan och detta framhävs också i konventionens artikel 19. Konventionens syfte är och förblir att möjliggöra en prövning i ursprungslandet då detta ansetts vara bästa stället för en sådan.

Om kriterierna för överflyttning är uppfyllda skall konventionsstat besluta om barnets omedelbara återlämnande. Sådan får dock vägras om något av undantagen i konventionen föreligger. Jag återkommer till dessa frågor i kapitlet om verkställighetslagen eftersom detta är den som svensk domstol har att utgå från i den enskilda bedömningen och det därför är lättare att redogöra för svensk praxis utifrån denna.

¹¹¹ Kvisberg, T., Internasjonal barne bortføring, sidan 75.

¹¹² Göransson, K., sidan 458f.

¹¹³ Detta stämmer väl överens med att lex domicili numera är huvudprincipen i dessa fall.

¹¹⁴ Artiklarna 2 och 10.

Haagkonventionen har principen om barnets bästa som grundsten. I preambeln till konventionen slås fast att barnets bästa är av största betydelse i frågor som rör vårdsnaden om dem och att de stater som har undertecknat konventionen önskar ge barnen ett skydd på internationell nivå mot de skadliga effekterna av ett olovligt bortförande eller kvarhållande. På vilket sätt barnets bästa faktiskt fått betydelse för svensk lagstiftning och praxis återkommer jag till.

Under arbetet med konventionen diskuterades frågan om skydd av barnet och barnets bästa mycket livligt. På ena sidan stod de länder som önskade en ”stark” konvention, det vill säga en konvention som i princip undantagslöst ålade en konventionsstat att överflytta ett barn som olovligen bortförts dit eller som olovligen kvarhölls där.¹¹⁵ På andra sidan stod de länder som ville ha en ”svag” konvention som av hänsyn till barnets bästa uppställde vissa undantag från överflyttningsskyldigheten för att förhindra orimliga resultat. Till den sista gruppen hörde bland annat de nordiska länderna. Eftersom de två viljorna var oförenliga är de undantag som finns i konventionen resultatet av en kompromiss mellan de två.¹¹⁶

Många länder har inte tillträtt Haagkonventionen, vilket beror på olika rättstraditioner, olika rättsuppfattningar och stora kulturella skillnader. I muslimska länder är barnen hela familjens angelägenhet och det är fadern som är föräldraauktoriteten.¹¹⁷

Haagkonventionen berör, vilket framgår redan av namnet, enbart de civila aspekterna av ett bortförande. Den straffrättsliga aspekten berörs inte alls och bestraffning kan inte ske med stöd av konventionen.

Enligt Europaråds- och Haagkonventionen (artikel 6) skall regeringen i varje land utse en centralmyndighet som skall samarbeta med centralmyndigheterna i de övriga konventionsstaterna.¹¹⁸ Centralmyndigheten skall ta emot och förmedla ansökningar enligt konventionerna. Myndigheten skall också hjälpa till med att leta efter barn som olovligen förts hit eller kvarhålls här. Andra uppgifter är att medverka till att få till stånd frivilliga lösningar och att lämna upplysningar om gällande lagstiftning om vårdnad med mera i det egna landet. I Sverige har Utrikesdepartementet utsetts till centralmyndighet, dels för att det redan

¹¹⁵ USA var en av de stater som önskade en stark konvention, som alltså skulle innebära mindre hänsyn till barnets bästa och mer hänsyn till den kvarvarande föräldrarnas rättigheter. När man läser detta kan det vara intressant hålla i tankarna att USA är ett av bara två länder som inte tillträtt barnkonventionen. USA:s tidigare president Bill Clinton undertecknade barnkonventionen 1995, men på grund av den kristna högerens motstånd mot konventionen har den inte kunnat få tillräcklig majoritet i senaten och därmed godkännas i USA. Motståndare har sagt att barnkonventionen är ett ”undermåligt fördrag” som är ”oförenligt med föräldrarnas rättigheter”. Sammantaget tyder detta på att man i USA har tendenser till att skydda föräldrarnas rättigheter framför barnens. Se vidare Barn: Tidningen om barns rättigheter, nummer 6, 2000, sidan 22f.

¹¹⁶ Prop. 1988/89:8, sidan 17f.

¹¹⁷ SOU 1997:116, sidan 245.

¹¹⁸ 4 § verkställighetslagen.

innan konventionerna lämnat viss hjälp till föräldrar som fråntagits sina barn och dels för att departementet är centralmyndighet i andra internationella förhållanden.¹¹⁹ I somliga länder, exempelvis Norge, har uppgiften att vara centralmyndighet lagts på Justitiedepartementet.¹²⁰ Centralmyndigheten får inte ta betalt för sina tjänster.

8.2.2 Verkställighetslagen

Lag (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn (verkställighetslagen) är resultatet av att Haagkonventionen och Europarådskonventionen införlivats med svensk rätt genom transformation. De två konventionerna har omarbetats till svensk lagtext och sammanförts i en gemensam lag. Lagen gäller i förhållande till de stater som tillträtt någon av konventionerna. Olika delar av lagen är tillämpliga beroende på vilken konvention tillämpningen grundar sig på. Enligt verkställighetslagens 1 § 3 stycket har regeringen möjlighet att föreskriva att lagens bestämmelser även skall gälla länder som inte tillträtt någon av konventionerna. Tillämpning gentemot sådan stat förutsätter dock ömsesidighet och några sådana överenskommelser har ännu inte gjorts.

Överflyttning av barn sker enligt Haagkonventionen och det är då verkställighetslagens 2-4 och 11-23 §§ som aktualiseras.¹²¹ Lagen är tillämplig på bortföranden som inträffat eller kvarhållanden som påbörjats efter att konventionen trätt i kraft i förhållande till den berörda staten.¹²²

Överflyttningsskyldigheten som gäller enligt Haagkonventionen finns i verkställighetslagens 11 § som lyder:

Barn som olovligen har förts hit till landet eller som olovligen hålls kvar här skall på ansökan överflyttas till den från vilken barnet undanhålls, om barnet omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet hade hemvist i en stat som har tillträtt Haagkonventionen.

Ett bortförande eller kvarhållande är olovligt, om bortförandet eller kvarhållandet strider mot den rätt att ta vård om barnet som dess vårdnadshavare eller någon annan har i den stat där barnet hade sitt hemvist omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet och denna rätt också utövades vid den tidpunkt då barnet bortfördes eller kvarhölls eller skulle ha utövats vid denna tidpunkt om inte bortförandet eller kvarhållandet hade ägt rum.

¹¹⁹ Prop. 1988/89:8, sidan 24. Förordning (1989:177) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn.

¹²⁰ Kvisberg, T., sidan 75.

¹²¹ 1 § 2 stycket verkställighetslagen.

¹²² RÅ 1991 ref 42.

Första förutsättningen är att det är fråga om ett olovligt bortförande eller kvarhållande. Om ett bortförande är olovligt eller ej avgörs utifrån lagen i barnets hemviststat.¹²³ När rätten gör denna bedömning skall den självständigt beakta lagen i den stat barnet hade sitt hemvist.¹²⁴ Vem som är vårdnadshavare eller vem som har rätt att ta vård om barnet bedöms även det utifrån lagen i den stat där barnet hade sitt hemvist.¹²⁵ Dessa är bedömningar som är avgörande för om en part skall ha framgång med en talan om överflyttning och de visar hur oerhört viktigt hemvistbegreppet är. Skulle vårdnadsrättsinnehavaren ha samtyckt till att barnet fördes bort eller kvarhölls eller i efterhand godtagit situationen är det inte att se som olovligt och beslut om överflyttning skall inte meddelas.

Verkställighetslagens 11 § är tillämplig oavsett om vårdnadshavaren eller någon annan med rätt att ta vård om barnet vårdade barnet ensam eller tillsammans med någon annan behörig person. Eftersom det blivit vanligare med gemensam vårdnad även efter äktenskapsskillnad är detta av stor praktisk betydelse. Det betyder att om gemensam vårdnad föreligger och den ene föräldern för bort barnet ur landet utan den andres samtycke kan det vara fråga om ett olovligt bortförande i lagens mening. Lagen är tillämplig oavsett om rätten att vårda barnet grundar sig på lagen i barnets hemvistland, ett avgörande meddelat av behörig myndighet eller på överenskommelse med giltighet i den staten. Rätten kan också vara grundad på lag eller avgörande från en annan stat än barnets hemvistland om hemvistlandets lagvalsregler pekar ut sådant som grund. Som vårdnadshavare eller dylikt betraktas alltså den som i barnets hemvistland anses ha en sådan funktion.¹²⁶

Kravet på att rätten till att ta vård om barnet också utövades gäller inte om personen med denna rätt inte utövade den och detta beror på bortförandet eller kvarhållandet. I övrigt finns en presumtion för att en vårdnadshavare eller dylikt rent faktiskt utövar vårdnaden, detta förutsätter inte att denna person bor med barnet.¹²⁷ Skulle den som söker överflyttning inte vara den som faktiskt tog vård om barnet skall överflyttning i princip vägras.¹²⁸

I överflyttningsmål avgörs inte själva vårdnadsfrågan. Om en sådan prövning är nödvändig bör den göras i barnets hemvistland och möjlighet för sådan främjas av att barnet enligt 11 § omedelbart skall överflyttas dit.

I lagens 12 § stadgas de fall då överflyttning får vägras.

Överflyttning av barn enligt 11 § får dock vägras, om

¹²³ Prop. 1988/89:8, sidan 40.

¹²⁴ Prop. 1988/89:8, sidan 42. Artikel 19 Haagkonventionen.

¹²⁵ Prop. 1988/89:8, sidan 40.

¹²⁶ Prop. 1988/89:8, sidan 40.

¹²⁷ Prop. 1988/89:8, sidan 41.

¹²⁸ Prop. 1988/89:8, sidan 42.

1. *det när ansökan om överflyttning gjordes har förflutit minst ett år från det olovliga bortförandet eller kvarhållandet och barnet har funnit sig till rätta i sin nya miljö,*
2. *det finns en allvarlig risk för att överflyttningen skadar barnets kroppsliga eller själsliga hälsa eller i övrigt försätter barnet i en situation som inte är godtagbar,*
3. *barnet självt motsätter sig överflyttningen och barnet har nått en sådan ålder och mognad att dess vilja bör beaktas, eller*
4. *det inte är förenligt med grundläggande principer här i landet om skyddet för mänskliga fri- och rättigheter att besluta om överflyttning.*

Överflyttning kan enligt första punkten vägras om barnet funnit sig till rätta i sin nya miljö. Bestämmelsen är tillämplig om det gått minst ett år från det att det olovliga bortförandet eller kvarhållandet ägde rum. Året räknas från dagen då bortförandet skedde till dagen då ansökan om överflyttning gjordes. Vid ett olovligt kvarhållande räknas tiden från den dag barnet skulle ha återlämnats till sin vårdnadshavare. Skulle vårdnadshavaren ha samtyckt till en förlängning av utlandsvistelsen räknas från den dag barnet därefter skulle ha återlämnats.¹²⁹

Enligt andra punkten kan överflyttning vägras om sådan skulle innebära en allvarlig risk för att barnets kroppsliga eller själsliga hälsa skadas. Det skall framgå av objektiva omständigheter att en sådan risk föreligger. Viktigt är dock att det inte behöver vara fråga om en omedelbar risk. En sådan icke godtagbar situation som punkten talar om är exempelvis om barnets överflyttning medför att det hamnar i en krigszon eller ett flyktingläger.¹³⁰

Tredje punkten motsvarar i sak 21 kapitlet 5 § föräldrabalken.

Slutligen finns i fjärde punkten en bestämmelse som är avsedd att komma till användning endast i rena undantagsfall. Den innebär en kompromiss mellan de länder som ville ha en ordre public-klausul och de som inte ville ha en sådan. Överflyttning kan enligt denna punkt vägras exempelvis om det skulle strida mot en bestämmelse i 2 kapitlet regeringsformen.¹³¹

Enligt 13 § verkställighetslagen görs ansökan om överflyttning hos länsrätten. Innan länsrätten förordnar om verkställighet eller överflyttning

¹²⁹ Prop. 1988/89:8, sidan 43.

¹³⁰ Prop. 1988/89:8, sidan 43. Förarbetet talar om *en ohållbar situation*, men lydelsen blev istället *en situation som inte är godtagbar*.

¹³¹ Prop. 1988/89:8, sidan 43f.

har den möjlighet att tillsätta en medlare att verka för att den som har hand om barnet frivilligt fullgör vad som åligger denne.¹³²

I 17 § stadgas att barnets mening skall inhämtas om det är möjligt med hänsyn till barnets ålder och mognad innan rätten avgör mål om överflyttning.

Föräldrabalkens kapitel 21 handlar om verkställighet och delar av kapitlet aktualiseras vid tillämpningen av verkställighetslagen. Portalparagrafen stadgar att barnets bästa skall komma i främsta rummet vid verkställighet.

8.3 Praxis

De överflyttningsmål som når Regeringsrätten är naturligtvis de som väckt särskilda svårigheter. Ett barns hemvist kan avgöra om överflyttning skall ske eller ej och hemvistbedömningen vållar ofta problem. Hemvist är föremål för bedömningen i tre av de fyra följande fall, det fjärde behandlar frågan om vilken hänsyn som skall tas till ett barns egen vilja. Att ett barns hemvist inte skall kunna ändras hur som helst är ett led i att tillvarata barnets bästa, liksom det är när hänsyn tas till barnets egen vilja.

8.3.1 RÅ 1995 ref 99

I RÅ 1995 ref 99 är förutsättningarna för överflyttning enligt 11 § verkställighetslagen uppe till bedömning. Frågan om var flickan haft hemvist är avgörande för om bortförandet varit olovligt eller ej i lagens mening.

Sofia, som är svensk medborgare, och Mark, som är amerikansk medborgare, har gemensam vårdnad om dottern Julia (född 1990, svensk och amerikansk medborgare). Familjen var vid tiden för dotterns födelse bosatt i USA. Tillsammans åkte de tre till Sverige vid årsskiftet 1990/91, men då Mark återvände till USA blev Sofia kvar i Sverige med dottern. Hon ansökte vid svensk domstol om äktenskapsskillnad och ensam vårdnad om dottern, vilket hon erhöll interimistiskt. Därefter åkte hon till USA där familjen åter bodde ihop under en sju månadersperiod innan Sofia återvände till Sverige och mot Marks vilja tog dottern med sig. Äktenskapsskillnaden fullföljdes och Sofia fick fortsatt interimistisk vårdnad om Julia medan Mark tillerkändes umgängesrätt. I samband med ett umgängestillfälle under ett besök i Sverige tar Mark med sig Julia tillbaka till USA utan Sofias medgivande. Sofia åker då till USA och med hjälp av ett amerikanskt domstolbeslut får hon Julia överlämnad till sig. I strid med samma beslut

¹³² 16 § verkställighetslagen samt 21 kapitlet 2 § 2 stycket föräldrabalken. Barnombudsmannen understryker vikten av att domstolarna använder sig av denna möjlighet för att undvika att barnet lider skada, Barnombudsmannen informerar 2003:1.

återvänder hon till Sverige med dottern. Mark väcker då talan i Sverige och begär att Julia skall överflyttas till honom med stöd av 11 § verkställighetslagen.

Länsrätten konstaterar att både Sofia och Julia är svenska medborgare och att de haft hemvist i Sverige då talan om äktenskapsskillnad och vårdnad togs upp. Enligt det interimistiska beslutet är Sofia ensam vårdnadshavare och på grund av detta har Mark ingen rätt att få dottern överlämnad till sig.

Kammarrätten påpekar att det är utan betydelse vem som är att se som vårdnadshavare i den stat till vilken barnet förts. Huvudfrågan är om Julias ursprungliga hemvist i USA skall anses ha upphört genom vistelsen hos modern i Sverige sedan början av 1992. För att hon skulle ha förvärvat hemvist i Sverige talar att hon anpassat sig väl till de nya förhållandena och att hennes moder har hemvist här. Mot att nytt hemvist skall anses etablerat talar de omständigheter under vilka hon kom till Sverige 1992. Hon stod då enligt amerikansk rätt under båda föräldrarnas vårdnad och fördes till Sverige utan Marks samtycke. Mark har sedan dess arbetat för att få tillbaka dottern till USA vilket visar att han inte heller senare samtyckt till dotterns vistelse i Sverige. Sammantaget finner kammarrätten att det med hänsyn till omständigheterna och till syftet med Haagkonventionen måste anses att Julia fortfarande hade hemvist i USA vid tiden för bortförandet och att detta därmed var olovligt. Eftersom Julia hade hemvist i USA och vårdnaden enligt lagstiftningen där var gemensam skall hon överflyttas till USA.¹³³ Kammarrätten satte in medling efter sin dom i ett försök att genom frivilligt överlämnande undvika polishämtning.

Regeringsrätten finner att Sofia förvärvat hemvist i Sverige. Den tid Julia vistats här och den anpassning hon gjort talar för att det samma gäller henne. Det nya hemvistet anses etablerat redan vid den tid då Mark förde tillbaka dottern till USA. Julias svenska hemvist innebär att bortförandet från USA till Sverige inte var olovligt och förutsättningar för överflyttning enligt verkställighetslagen föreligger alltså inte.

Slutsatser med hänsyn till barnets bästa

Lagen i det land där Julia skall anses ha haft hemvist omedelbart före bortförandet skall avgöra både vem som är att se som hennes vårdnadshavare och om bortförandet var olovligt. Med tanke på detta är det underligt att länsrätten ägnade så lite tid åt hemvistbedömningen. Hade länsrätten gjort en hemvistbedömning som lett fram till att Sverige var att se som Julias hemvist hade detta lett till samma slutsats eftersom återförandet till Sverige då inte varit att se som olovligt.

Kammarrätten gör bedömningen att Julia hade hemvist i USA vid tiden för bortförandet och att det därför var olovligt. Vårdnaden var enligt

¹³³ Två skiljaktiga menade att Julia hade hemvist i Sverige vid tiden för bortförandet och att förutsättningar för överflyttning därmed inte fanns.

amerikansk rätt gemensam och Mark hade aldrig samtyckt till att hon flyttade till Sverige. Hänsyn till Haagkonventionens syfte och det som den är menad att skydda togs med i bedömningen.

8.3.2 RÅ 1996 ref 52

I RÅ 1996 ref 52 är barnets hemvist huvudfrågan vid avgörande om ett kvarhållande varit olovligt.

Vid äktenskapsskillnaden mellan Thomas och Anne avtalade parterna att vårdnaden om dottern skulle vara gemensam och avtalet stadfästes av amerikansk domstol. Vid tiden var familjen bosatt i USA, men enligt avtalet skulle dottern Amanda bo växelvis hos sin mamma i Sverige och hos sin pappa i USA. Avtalet angav också att Amandas hemvist alltid skulle anses vara USA. De första två åren skulle hon bo hos sin mamma i Sverige och därefter skulle hon flytta till sin pappa i två år. När de två åren gått vägrar Anne lämna över dottern och Thomas väcker då talan i länsrätt om överflyttning enligt 11 § verkställighetslagen.

Huvudfrågan blir var Amanda anses ha hemvist eftersom detta avgör om kvarhållandet i Sverige är att se som olovligt i lagens mening. Vem som är vårdnadshavare och vad som är att räkna som olovligt kvarhållande avgörs utifrån lagen i det land där barnet hade sitt hemvist vid tiden för bortförandet respektive kvarhållandet. Enligt förarbeten bör en person som är bosatt i Sverige anses ha hemvist här, om bosättningen med hänsyn till vistelsens varaktighet och omständigheterna i övrigt måste anses stadigvarande.¹³⁴ I tidigare fall där talan rörande vårdnaden om dottern väckts av mamman har hovrätt funnit att Amanda har hemvist här i Sverige.

Mamman har hävdats att dottern lider av psykiska problem på grund av rädsla för att flytta till sin pappa. Som bevisning har hon åberopat psykologutlåtande där överläkare och psykolog finner att det vore att allvarligt riskera flickans psykiska hälsa om hon skulle överflyttas till fadern i detta läge, utan att en långsiktig acceptabel vårdnadslösning finns. De jämför den långsiktiga negativa effekten av den nuvarande överenskommelsen med psykisk misshandel och förordar att flickans umgänge med fadern tillsvidare sker i Sverige, i avvaktan på resultatet av en nödvändig barnpsykiatrisk utredning samt en vårdnads- och umgängesutredning.

Länsrätten ser på att flickan har vistats i Sverige i en i förväg begränsad tid enligt ett avtal mellan föräldrarna. Vidare läggs vikt vid att det handlar om överflyttning till en vårdnadshavare som tidigare bott med flickan och haft den faktiska vårdnaden om henne. Fadern har också haft löpande kontakt med dottern under hennes tid i Sverige. Detta sammantaget leder till att

¹³⁴ Prop. 1973:158, sidan 80f.

länsrätten finner att Amanda inte skall anses ha hemvist i Sverige. Eftersom moderns kvarhållande strider mot det amerikanska avtalet rörande vårdnaden, som innebär att det nu är pappan som skall ha den faktiska vårdnaden om dottern, är kvarhållandet att se som olovligt.¹³⁵

Länsrätten finner inte att Amandas psykiska tillstånd är sådant att det kan hindra överflyttning. Rätten ser på att hon skall överflyttas till en förälder som tidigare haft den faktiska vårdnaden om henne och med det korta perspektiv som anläggs i verkställighetsmål är omständigheterna inte av så allvarlig art att överflyttning skall vägras enligt 12 § verkställighetslagen.

Länsrätten ifrågasätter om hänsynen till barnets bästa blivit beaktad tillräckligt genom den uppdelning av den faktiska vårdnaden som den amerikanska domstolen föreskrivit, men detta ifrågasättande leder inte till någon vidare diskussion eller hänsynstaganden.

Anne överklagade till kammarrätten.

Kammarrätten menar att Amandas långa vistelse i Sverige talar för att hon skall anses ha förvärvat hemvist här. Dock finner rätten att hänsyn till det avtal som föräldrarna ingått rörande vårdnad och umgänge måste tillmätas stor betydelse i målet, trots att parterna som rätten påpekar inte genom sådant avtal kan avtala om hur hemvistfrågan skall bedömas i fall som detta. Kammarrätten menar att det saknas anledning att anta annat än att den amerikanska domstolens avvägningar gjorts med särskilt hänsynstagande till barnets bästa. Enligt avtalet skall Amandas hemvist vid tiden för det avtalade överlämnandet anses vara USA och detta sammantaget med att hon vistats i Sverige under begränsad tid med en bestämd slutdag samt att hon haft ett omfattande umgänge med pappan leder kammarrätten till slutsatsen att Amanda inte skall anses ha hemvist i Sverige. Detta innebär att 11 § verkställighetslagen blir tillämplig och överflyttning alltså möjlig. Rätten finner inte att 12 § utgör något hinder då de problem som en överflyttning innebär anses övergående och då inget tyder på annat än att pappan tar väl hand om flickan. Kammarrätten finner inga skäl till ytterliggare utredning av Amandas psykiska hälsa så som mamman yrkat.¹³⁶

Anne överklagade till Regeringsrätten.

Regeringsrätten finner att Amanda skall anses ha hemvist i Sverige med hänsyn till att hon vistats här i två år hos sin mamma, som har hemvist här, och till att hon anpassat sig väl. Dessutom har vikt lagts vid att hon enligt avtalet skall vistas dubbelt så lång tid i Sverige som i USA fram till sin 18 års dag. Eftersom Amanda skall anses ha hemvist här är det inte fråga om

¹³⁵ Två nämndemän var skiljaktiga och menade att Amanda hade hemvist i Sverige och att förutsättningar för överflyttning därmed saknades.

¹³⁶ Två skiljaktiga menade att Amanda hade hemvist i Sverige och att förutsättningar för överflyttning därmed saknades.

något olovligt kvarhållande och därmed saknas förutsättningar för överflyttning.

Slutsatser med hänsyn till barnets bästa

Länsrätten finner att Amanda skall överflyttas till USA då kvarhållandet varit olovligt och inga hinder mot överflyttning finns. Länsrätten kommer ganska enkelt fram till att inga hinder finns, vilket jag tycker kan ifrågasättas. Att så lätt avfärda det barnpsykiatriska utlåtande som finns finner jag inte stå i överensstämmelse med barnets bästa. Experter på området framhåller i utlåtandet att det vore att allvarligt riskera Amandas psykiska hälsa att överflytta henne till fadern i USA och ändå avfärdas det så lätt av länsrätten. Jag tycker att det verkar tveksamt om de faktorer länsrätten radar upp som talande för att överflyttning inte vore skadlig kan väga upp vad läkare och psykolog kommit fram till.

Länsrätten ifrågasätter om det amerikanska vårdnadsavtalet i tillräcklig grad tagit hänsyn till barnets bästa, men detta påverkar inte utgången och viljan att överflytta Amanda, vilket jag tycker är ännu ett åsidosättande av barnets bästa från länsrättens sida. Visserligen är det så att ingen bedömning i vårdnadsfrågan skall göras i ett överflyttningsmål, men om avtalet strider mot barnets bästa torde det även strida mot svensk ordre public att överflytta i enlighet med det. Syftet med Haagkonventionen är bland annat att möjliggöra att vårdnadsfrågan avgörs i ursprungslandet eftersom det anses mest lämpligt att sådan görs där. Oavsett hemvist har Amanda vistats i Sverige i två år och därför vore det väl mest lämpligt att vårdnadsfrågan avgjordes här.

Kammarrätten fäster liksom länsrätten ingen större vikt vid barnpsykiatriutlåtandet, utan är tvärtom ganska överslätande med hänsyn till de problem en överflyttning skulle medföra. Kammarrätten ifrågasätter inte ens det amerikanska vårdnadsavtalet, utan finner utan diskussion att det saknas anledning att anta annat än att bedömningen gjorts med särskilt hänsynstagande till barnets bästa.

Eftersom Regeringsrätten finner att Amanda har hemvist i Sverige blir det inte aktuellt att bedöma vare sig det amerikanska avtalets överensstämmelse med barnets bästa eller vilka hänsyn som skall tas till psykiatriutlåtandet. Märkligt är att Regeringsrätten tar selektiv hänsyn till avtalet genom att lägga vikt vid den tid Amanda enligt avtalet skulle vistas i respektive land men i övrigt inte ta hänsyn till vad föräldrarna kommit överens om.

Detta mål är inte den typ av mål man hade i tankarna när Haagkonventionen utformades. Syftet med konventionen är att skydda barn mot att ryckas upp från sin invanda miljö och att möjliggöra en prövning av vårdnaden i ursprungslandet. Att använda konventionen för att få till verkställighet av avtal om växelboende var väl aldrig meningen. Tvärtom tycker jag att syftet motverkas om man i ett fall med dessa omständigheter skulle överflytta eftersom man då både rycker upp barnet från sin invanda miljö och för

barnet från det land där en bedömning i vårdnadsfrågan lämpligast kan göras.

8.3.3 RÅ 2001 ref 53

I RÅ 2001 ref 53¹³⁷ har Christoffers moder (C.P.) begärt överflyttning av sonen från fadern (R.J.) i Sverige till England. Modern och sonen är engelska medborgare medan fadern är svensk. Sonen är född 1995 och under september 1996 till oktober 1998 bodde familjen tillsammans i Sverige. Vårnaden är gemensam. I april 1999 flyttade C.P. med sonen tillbaka till England. Han har vistats i England fram till maj 2000 med undantag för perioden juli till november 1999 då R.J. utövade rätten till umgänge med sonen i Sverige. Efter nästa umgängesperiod, som börjat i maj 2000 och varit tänkt att vara till augusti samma år, vägrar R.J. att återlämna sonen. Modern begär överflyttning och till sitt stöd har hon ett beslut från engelsk domstol som fastslår att kvarhållandet är olovligt enligt Haagkonventionens artikel 3.

Länsrätten finner att Christoffer skall anses ha hemvist i England. Detta grundas på att han liksom sin mor är engelsk medborgare, att han varit inskriven vid en förberedande skola i England och att hans moder har sina levnadsintressen i England. Dessutom läggs vikt vid att fadern inte begärde överflyttning då modern behöll sonen i England våren 1999. Eftersom Christoffer har hemvist i England skall frågan om kvarhållandet varit olovligt eller ej avgöras i enlighet med engelsk rätt. Eftersom det finns ett beslut från engelsk domstol enligt vilket kvarhållandet varit olovligt och det saknas anledning att fränkänna detta beslut verkan i Sverige finner länsrätten att modern har rätt att få sonen överflyttad till sig.

R.J. överklagade till kammarrätten.

Kammarrätten gör en annan bedömning än länsrätten. Med hänsyn till att det är ostridigt att R.J. inte samtyckt till att sonen flyttade till England, den korta tid han faktiskt vistats i England och omständigheterna i övrigt finner kammarrätten att Christoffer inte etablerat hemvist i England. Eftersom hans hemvist följaktligen fortfarande är Sverige är kvarhållandet av honom här inte att se som olovligt och överflyttning vägras således.

C.P. överklagade till Regeringsrätten.

Regeringsrätten finner i likhet med kammarrätten att pojkens hemvist fortfarande är Sverige och att kvarhållandet här inte är olovligt. Detta baseras på att fadern aldrig samtyckt till sonens bosättning i England och att

¹³⁷ Målet har kommenterats av Kristina Örtenhed, *Hemvistbedömningen vid olovligt kvarhållande eller bortförande av barn*, Juridisk Tidskrift, 2001-2002, sidan 929-938.

pojken anknötning dit inte hunnit bli av sådan art att den kan anses ha lett till att nytt hemvist uppstått.¹³⁸

Slutsatser med hänsyn till barnets bästa

Regeringsrätten berör inte frågan om i vilken grad Christoffer anpassat sig till förhållandena i Sverige vid tiden för domen. Vill domstolen hellre grunda svensk hemvist på de omständigheter som förelegat hela tiden för att på så sätt undvika kritik för att handläggningstiden är så lång att den möjliggör att ett barn hinner anpassa sig så mycket att hemvist uppstår.

Fadern begärde inte överflyttning omedelbart efter att modern tagit med sig sonen till England och detta ligger honom till last i länsrättens bedömning. Jag är lite tveksam till om det är rätt att lägga sådan vikt vid detta med tanke på den korta tid det faktiskt handlar om att sonen vistades i England. Det kan väl antas att de flesta människor tror att saker kommer att lösa sig så småningom och att begära överflyttning vid domstol känns som en överdrivet drastisk åtgärd så länge denna tro finns. Fadern hade dessutom ett långvarigt umgänge med sonen efter att modern tagit med honom till England, vilket väl tyder på att frågan om var sonen skulle bo på inget sätt var bestämd mellan föräldrarna, utan att de än så länge delade boendetiden lika. Fadern kände väl helt enkelt inte att det fanns någon anledning för honom att begära överflyttning vid den tiden.

Både kammarrätten och Regeringsrätten lägger vikt vid att fadern aldrig samtyckt till sonens flytt och att sonen då i princip inte kan etablera nytt hemvist eftersom han står under båda föräldrarnas vårdnad. Christoffer tycks egentligen inte ha ryckts upp från sin invanda miljö på det sätt som Haagkonventionen syftar till att hindra, utan snarare verkar det som om han fått någon form för växelboende utan att föräldrarna egentligen avtalat sådan. Genom att Regeringsrätten kommer fram till att han fortfarande har hemvist i Sverige möjliggörs en prövning av vårdnadsfrågan i det land pojken levte största delen av sitt liv och därmed säkras en så tillförlitlig utredning som möjligt, vilket är till hans bästa.

8.3.4 RÅ 2002 ref 1

I målet har modern till A. (född 1989) yrkat att han skall överflyttas från fadern till henne. A. är bosatt i England tillsammans med modern, som är ensam vårdnadshavare. Fadern har umgängesrätt med sonen, denna får dock enligt tidigare domstolsbeslut endast utövas i England. Vid ett besök i Sverige låter modern dock fadern ha hand om sonen och fadern vägrar sedan återlämna honom med hänvisning till att sonen bestämt sig för att han vill stanna i Sverige och bo hos fadern. Länsrätten beslutar att tillsätta en

¹³⁸ En skiljaktig menade att Christoffer förvärvat hemvist i England. Följaktligen var kvarhållandet i Sverige olovligt och överflyttning till modern skulle ske.

som skall ta reda på A:s inställning i fråga om överflyttning samt verka för en frivillig lösning. Socionomen som fått uppdraget kommer till den slutsats att A. verkligen vill stanna i Sverige och att detta inte beror på påverkan från fadern.

Länsrätten gör den bedömning att pojkens inställning är välgrundad och därför skall tillmätas avgörande betydelse. Eftersom pojken själv vill stanna i Sverige föreligger hinder mot överflyttning enligt 12 § 3 stycket verkställighetslagen och ansökan om överflyttning avslås.

Modern överklagade till kammarrätten.

Kammarrätten menar att pojken uppnått sådan ålder och mognad att hans vilja skall beaktas. Enligt kammarrätten kan det dock inte anses utrett att A:s ställningstagande är ett uttryck för hans egen verkliga vilja. Domstolen finner att fadern närmast utnyttjat sonens vilja att få umgås med honom och att medlarrapporten med hänsyn till detta, samt den korta tid medlaren haft med pojken, inte kan anses spegla hans verkliga vilja. Detta innebär att det inte finns något hinder mot överflyttning. Polishämtning beslutas omedelbart eftersom det inte är troligt att ett vitesföreläggande skulle bli effektivt.

Fadern överklagade till Regeringsrätten.

Regeringsrätten finner liksom kammarrätten att A:s egen vilja skall beaktas med hänsyn till hans ålder och motsvarande mognad. Domstolen tvivlar inte på att den önskan om att få stanna i Sverige A. gett uttryck för var allvarligt menad och speglade vad han just då kände. Inget tyder dock på att han reflekterat över de eventuella svårigheter ett uppbrott från England och en flytt till Sverige skulle kunna komma att innebära. Sammantaget finner Regeringsrätten liksom kammarrätten att A:s uttalande inte kan antas ge uttryck för ett så övervägt och välgrundat ställningstagande från hans sida att bestämmelsen i 12 § 3 stycket verkställighetslagen kan bli tillämpligt. Ansökan om överflyttning skall ske och polishämtning förordnas även här.

Slutsatser med hänsyn till barnet bästa

I det här målet är det ostridigt att A. har hemvist i England och att kvarhållandet av honom i Sverige är olovligt. Huvudfrågan är istället vilken vikt som skall läggas vid den egna vilja A. gett uttryck för och om denna är tillräcklig för att utgöra en grund att vägra överflyttning. Varken Haagkonventionen eller verkställighetslagen anger något riktmärke för vilken ålder ett barn bör ha uppnått för att dess vilja skall beaktas, utan ledning söks istället i föräldrabalken. Här stadgas att hänsyn till barnets vilja normalt bör tas då barnet fyllt tolv år. För att hänsyn skall tas krävs också att barnet uppnått den mognadsgrad som kan förväntas vid denna ålder. Hänsyn till barnets vilja är dock inte samma sak som att den skall få avgörande betydelse, vilket detta fall tydligt visar. För att barnets vilja skall tillmätas

avgörande betydelse krävs enligt Regeringsrätten att ”*viljeytringen synes utgöra ett självständigt och, i förhållande till barnets ålder, övervägt och välgrundat ställningstagande*”. Ger barnet uttryck för att det har förstått och övervägt konsekvenserna av att bryta upp från sin invanda miljö och bosätta sig i ett annat land kan detta tyda på att uttalandet är tillräckligt för att få avgörande betydelse.¹³⁹

Det är naturligtvis till barnets bästa att dess vilja beaktas, men det är också i barnets intresse som dess vilja inte automatiskt får avgörande betydelse. Hänsyn till barnets ålder, mognad och i vilken grad en viljeytring tycks vara genomtänkt innebär att domstolen tar sitt ansvar för barnets välfärd och inte lägger det på barnet självt.

8.4 Sammanfattning

I tre av de här aktuella fallen är det hemvistbegreppet som är huvudfrågan. Hemvist är avgörande i bedömningen av om ett bortförande eller kvarhållande varit olovligt eller ej. Trots den viktiga roll hemvist spelar är det inte klart definierat. Begreppet används mycket i konventionsbaserad lag, men ändå har definitionen överlämnats till varje stat för sig. Med tanke på hur mycket som hänger på hemvistbedömningen kan lämpligheten av att överlämna definitionen till varje enskild stat ifrågasättas. Om en stat bedömer hemvist på ett sådant sätt att det är relativt enkelt att förvärva hemvist i den staten finns risken att andra stater känner sig överkörda och svarar igen med att anamma samma synsätt. En sådan utveckling kan komma att riskera effektiviteten av internationella överenskommelser, vilket skulle göra många och stora ansträngningar ogjorda och innebära flera steg tillbaka i arbetet med att skydda barn mot olovliga bortföranden. Vid tillämpning av hemvistbegreppet i Sverige får man söka ledning i förarbetena för att få vägledning om dess innebörd.

Särskilda svårigheter att avgöra ett barns hemvist uppstår då det föreligger avtal om gemensam vårdnad och växelboende mellan föräldrarna. Parterna kan inte att med bindande verkan för alla domstolar tillsammans avtala om var ett barn vid bedömning skall anses ha hemvist, utan bedömningen är alltid upp till varje enskild stat och domstol. I RÅ 1996 ref 52 ansåg Regeringsrätten att Amanda hade hemvist i Sverige efter att i två år ha vistats här med modern i enlighet med vårdnadsavtalet. Anses ett barn på detta sätt förvärva hemvist hos den förälder som har den faktiska vårdnaden först faller hela idén med växelboende eftersom ett kvarhållande i det landet då inte kan vara olovligt och föräldern slipper efterleva avtalet. Det skulle i så fall gälla att se till att man var den barnet bodde hos först för att på så sätt hindra framtida överflyttning.

Vid tolkning av hemvistbegreppet måste hänsyn tas till sammanhanget. Innebörden och kraven är inte nödvändigtvis de samma vid tillämpning av

¹³⁹ RÅ 2002 ref 1, sidan 29.

traktatstyrd lagstiftning som vid tillämpning av rent intern rätt. Åtminstone måste verkställighetslagens hemvistbegrepp tolkas i ljuset av Haagkonventionen och dess syfte.¹⁴⁰

Huvudregeln är att ett barn inte kan etablera nytt hemvist utan båda föräldrarnas samtycke om de har gemensam vårdnad. Regeln är till för att skydda barnet, men indirekt skyddas även föräldrarna mot att den andre tar med sig barnet och etablerar nytt hemvist mot dess vilja och får de fördelar detta innebär. I vissa fall kan dock ett barn anses ha etablerat nytt hemvist trots att vistelsen i det nya landet beror på ett olovligt bortförande eller kvarhållande. Att denna undantagsmöjlighet finns är till för att skydda barnet mot att ännu en gång ryckas upp från sin invanda miljö, oavsett vad vistelsen grundar sig på. Det kan tyckas orättvist mot den kvarvarande föräldern att nytt hemvist för barnet kan etableras mot dennes vilja och trots ihärdiga försök att få tillbaka sitt barn kan det nya hemvistet i princip medföra att vårdnaden och kanske till och med kontakten med barnet går förlorad. Slutsatsen blir dock att undantagsmöjligheten står i full överensstämmelse med principen om barnets bästa och att det faktiskt är som det skall vara när barnet sätts framför föräldern.

¹⁴⁰ Se bland annat RÅ 1995 ref 99, sidan 464 och RÅ 2001 ref 53, sidan 342.

9 Analys

9.1 Inledning

Analyskapitlet är indelat i två delar. Första delen syftar till att besvara de ursprungliga frågeställningarna dels rörande definitionen av barnets bästa och dels frågan om vilka hänsyn som tas till principen i processens olika stadier. I andra delen ses närmare på hänsynen utifrån begreppen barnets behov och intressen samt på rättstillämpningens betydelse. Slutligen förs en diskussion de lege ferenda.

9.2 Principens definition och hänsynen till den genom processen

9.2.1 Om principens definition

Uppsatsen har behandlat frågan om vilka hänsyn som tas till barnets bästa vid avgöranden som på något sätt berörs av ett olovligt bortförande. Frågan i sig leder till en annan fråga, som egentligen behöver besvaras först, nämligen frågan om hur barnets bästa definieras i den aktuella typen av mål.

Trots att principen om barnets bästa funnits länge både i nationell och internationell rätt är dess innebörd vag och oklar. Det saknas en enhetlig definition och uppställning av vilka faktorer som skall ingå i en bedömning av barnets bästa. För att ta reda på vilka faktorer som kan vara tänkta att ingå kan man se på syftet med principen. I svensk rätt kan syftet med principen i lagstiftningen sägas vara att möjliggöra för domstolarna att utifrån varje barns unika situation kunna välja den lösning som är bäst för just det barnet. För att kunna göra en sådan bedömning krävs en helhetsbild av barnets förhållanden där barnet egna önskemål tas i betraktning. Mattsson delar in de faktorer som kan ingå i en bedömning av barnets bästa i barnets behov och barnets intressen. Barnets behov omfattar det som vuxna anser att barn behöver, medan barnets intressen är vad barnet självt anser sig behöva. En sådan indelning gör det möjligt att se på vilka hänsyn som tagits till barnets bästa i konkreta fall och det är denna definition jag använder mig av här i analysen.

9.2.2 Hänsynen vid de formella frågornas avgörande

De formella frågor som behandlats i uppsatsen är frågor om domsrätt och lagval samt frågor om erkännande och verkställighet av utländska domar. Domstols ställningstagande i domsrätsfrågan avgör om svensk domstol kommer att göra en bedömning i den materiella frågan. Ställningstagandet i lagvalsfrågan får däremot betydelse för själva utfallet i mål om vårdnad, umgänge och överflyttning. Hur frågor kring erkännande och verkställighet avgörs har betydelse för vilken genomslagskraft avgöranden i de materiella frågorna får. Vilka hänsyn som tas till barnets bästa i dessa formella frågor skall sammanfattande behandlas här.

Domsrättsfrågan är den första fråga domstol har att ta ställning till och redan här tas hänsyn till barnets bästa. Praktiska hänsyn har kommit att spela en stor roll vid avgörandet i domsrätsfrågan. Domstolarna prioriterar att det finns en gällande och verkställbar dom i det land barnet befinner sig, juridiska vakuüm skall undvikas och möjligheterna att grunda beslut på en så utförlig och tillförlitlig utredning rörande barnets förhållanden som möjligt värderas högt. Samtliga hänsynstaganden är led i att tillgodose barnets bästa.

När svensk domstol funnit sig behörig att ta upp ett mål har den sedan att ta ställning till enligt vilket lands lag målet skall avgöras. De skrivna lagvalsreglerna är få. I 3 kapitlet 6 § IÅL stadgas att svensk rätt skall tillämpas då barnet vistas i Sverige. Vistelsen behöver inte ha karaktär av hemvist och det krävs således inte så mycket för att svensk rätt skall bli tillämplig. Finns det ingen skriven regel får domstol söka ledning i de principer rättstillämpningen format. Enligt den gällande huvudprincipen är det lagen i barnets hemvistland som skall tillämpas. Det anses stå bäst i överensstämmelse med barnets bästa att dess förhållanden avgörs utifrån den lag som gäller barn i samma område. När det gäller lagval skall det understrykas att frågor som rör barn och deras rättsförhållanden är känsliga ur ordre public-synpunkt vilket innebär att svensk domstol inte tillämpar utländsk rätt i de fall den anses strida mot grunderna för den svenska rättsordningen. Pekar lagvalsreglerna ut utländsk rätt och denna strider mot svensk ordre public tillämpar domstolen istället svensk rätt.

Finns det redan en utländsk vårdnads- eller umgängesdom blir frågan i vilken utsträckning sådan erkänns och kan verkställas här i landet. Huvudprincipen i svensk rätt är att utländska vårdnadsdomar inte erkänns utan lagstöd. Tack vare att allt fler internationella överenskommelser görs på området ökar dock sådant lagstöd ständigt. Utvecklingen är positiv, minskar möjligheten att undkomma en vårdnadsdom minskar nämligen även de olovliga bortförandena eftersom inget kan vinnas på dem. I takt med att antalet avgöranden som erkänns här i landet ökar, ökar även de avgöranden som kan verkställas här. I och med att efterlevnad av vårdnadsavgörande lättare kan tvingas fram ökar tryggheten för både barn och föräldrar. Skulle ett erkännande eller verkställighet anses strida mot svensk ordre public finns i de internationella instrumenten klausuler som möjliggör vägran av erkännande eller verkställighet. Flera av vägransgrunderna hänvisar direkt till barnets bästa.

Genomgången visar att hänsyn till barnets bästa tas redan vid bedömningen i de formella frågorna och att detta sker såväl i utformningen av lagstiftningen som i de enskilda fallen.

9.2.3 Hänsynen vid de materiella frågornas avgörande

Till de materiella frågorna hör frågor om vårdnad, umgänge och överflyttning. Bedömningen i fråga om vårdnad och umgänge kan påverkas av att ett olovligt bortförande förekommit eller att det finns risk för ett sådant. När fråga om överflyttning aktualiseras är det för att en part anser att ett olovligt bortförande ägt rum och vill att ursprungssituationen skall återställas.

Huvudregeln i svensk rätt är att föräldrar har gemensam vårdnad om sina barn. I vissa fall är sådan dock inte möjlig eller lämplig och en förälder tillerkänns då vårdnaden ensam. Vem som tilldelas vårdnaden avgörs utifrån vad som anses vara till barnets bästa. I bedömningen av vad som är barnets bästa skall det fästas vikt vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar och i princip skall den förälder som bäst kan tänkas komma att främja kontakten med den andre föräldern utses till ensam vårdnadshavare. Risken för ett olovligt bortförande eller kvarhållande är en annan faktor som skall tas i beaktning. En förälder som kan tänkas bortföra sitt barn har sannolikt ingen avsikt att främja umgänget mellan barnet och den andre föräldern och bland annat därför talar sådan risk mot denne förälder som vårdnadshavare. När domstol tar ställning till vem som skall utses till ensam vårdnadshavare tar den också hänsyn till att en dom skall ha utsikter till att fungera och spegla verkligheten. Ett barns egen åsikt kan vara av betydelse för utfallet och också hänsyn till dess intresse av att inte bli uppryckt från sin invanda miljö är en faktor att räkna in i bedömningen. Det blir ofta avvägningar mellan de olika faktorerna som avgör, eftersom de inte alltid leder till samma konklusion. Viktigast är att det i slutändan är den lösning som bäst tillgodoser barnets bästa, inte föräldrarnas, som väljs. Ibland kan barnets bästa på kort sikt behöva ge vika för barnets bästa på lång sikt.

Ett barn som inte bor med båda sina föräldrar har rätt till umgänge med den förälder som inte står för den dagliga omsorgen. Det är barnets behov av umgänge som avgör om och i vilken utsträckning umgänge skall äga rum. Liksom risken för ett olovligt bortförande kan påverka om en förälder får del i vårdnaden kan den påverka om en förälder tillerkänns umgängets rätt med barnet. Av hänsyn till hur viktigt det anses vara för ett barn att ha god kontakt med båda sina föräldrar krävs det relativt mycket för att umgänge helt skall vägras. När en bedömning av risken för ett bortförande görs räcker det inte med att umgängets föräldern har utländskt ursprung, utan konkreta uttalanden eller åtgärder som tyder på att ett bortförande kan befaras krävs. Finner domstol att risken finns, men att den inte är så allvarlig att umgänge

helt skall vägras, kan den istället besluta om umgänge med restriktioner. Restriktionerna möjliggör umgänge under säkra former, vilket tillgodoser barnets behov av både umgänge och skydd mot bortförande. En faktor som påverkar bedömningen av umgänget är den andre förälderns oro i samband med umgänget. En förälders oro anses kunna påverka barnet negativt och därför tillåts hänsyn till denna. Barnets egen vilja rörande umgänge skall beaktas i proportion till barnets ålder och mognad och det är och förblir barnets behov av umgänge med en förälder som skall vara avgörande för umgänge och dess omfattning.

Har ett olovligt bortförande ägt rum kan den kvarvarande föräldern ansöka om överflyttning av barnet tillbaka till ursprungslandet. Överflyttning har flera syften. Ett syfte är att så snabbt som möjligt återföra barnet till sin invanda miljö eftersom det anses skadligt för barn att plötsligt ryckas upp från denna. Överflyttning syftar också till att möjliggöra en prövning av vårdnadsfrågan i barnets hemvistland eftersom detta anses vara det mest lämpliga stället att avgöra frågor som rör barnets personliga förhållanden.

Skyddet av barnets invanda miljö kan sägas vara dubbelriktat i Haagkonventionen genom att vägransgrunden i 12 § 1 punkten skyddar barnets nya invanda miljö, det vill säga den som uppstått genom det olovliga bortförandet. Bestämmelsen stadgar att överflyttning kan vägras om det när ansökan om överflyttning görs gått minst ett år sedan det olovliga bortförandet och barnet funnit sig tillrätta i sin nya miljö. Detta innebär att om den kvarvarande vårdnadshavaren skulle vara för långsam med att lämna in en ansökan om överflyttning, exempelvis för att denne tror och hoppas på en fredlig lösning, kan det komma att kosta honom eller henne dyrt. Ett beslut rörande överflyttning är visserligen inget ställningstagande i vårdnadsfrågan, men om barnet funnit sig så pass tillrätta i sin nya miljö att överflyttning vägras kan det mycket väl tänkas att en domstol i en efterföljande vårdnadstvist skulle vara benägen att tilldela bortföraren vårdnaden för att inte utsätta barnet för ännu en uppryckning ur sin invanda miljö. Skulle utfallet bli sådant att bortföraren tillerkänns vårdnaden visar detta dels att ett bortförande inte ligger bortföraren till last för alltid, men det visar också något annat mycket viktigt nämligen att barnets bästa sätts framför den kvarvarande förälderns rätt. Kunskap och erfarenhet säger att det är skadligt för barn att plötsligt ryckas upp från i princip allt de känner till och i denna bestämmelse har man tagit hänsyn till detta och dragit en gräns vid ett år. Jag tror säkert att det händer att tillämpning av bestämmelsen ibland leder till olämpliga resultat, men jag tror att tanken är god och framförallt korrekt, helt i linje med barnets bästa och detta före föräldrarnas bästa.

När fråga om överflyttning väcks är det avgörande att ta ställning till var barnet anses ha hemvist. Skulle barnet anses ha hemvist i den stat dit barnet förts och från vilken överflyttning begärs skall överflyttning vägras med hänvisning till att bortförandet då inte varit olovligt. Detta innebär att hemvistbegreppet i dessa mål är oerhört avgörande. Att fastställa var ett barn har hemvist försvåras av att en familj kan ha bott i flera länder, barnet

kan ha bott växelvis hos föräldrarna i olika länder eller barnet kan ha bortförts flera gånger mellan olika länder av båda föräldrarna. Svårigheterna med att avgöra ett barns hemvist kan innebära att den bedömningen blir så dominerande att andra bedömningar, exempelvis hänsyn till de olika vägransgrunderna, hamnar i skymundan. Att vägra överflyttning med hänvisning till att barnet har hemvist i staten och bortförandet därför inte varit olovligt känns i vissa fall som ett lätt sätt att komma undan att ta ställning till de andra vägransgrunderna. Sverige avgör ju självt innebörden av begreppet hemvist, medan en vägran på någon av de andra grunderna kanske lättare kan uppfattas som kritik gentemot den andre staten.

9.3 Barnets bästa

9.3.1 Allmänt

Denna uppsats har inte varit en renodlad redogörelse för gällande rätt som berör olovligt bortförande av barn, utan avsikten har hela tiden varit att se på i vilken utsträckning barnets bästa beaktas genom processen. Att ta hänsyn till barnets bästa, särskilt barnets intressen, är inte bara ett sätt att göra beslutsunderlaget fullständigt, utan hänsynen har ett värde i sig. Det gör barnet till ett subjekt, i motsats till ett objekt, och hänsynen visar att de vuxna respekterar barnet och dess värde. I nästa avsnitt ses närmare på de hänsyn som tas till barnets bästa utifrån om de tillgodoser barnets behov eller barnets intressen. Därefter följer ett avsnitt om rättstillämpningens betydelse.

9.3.2 Barnets behov och intressen

I lagstiftningen stadgas att hänsyn till barnets bästa skall tas och i rättsfallen sägs att avgöranden sker utifrån vad som är bäst för barnet, men vad är det egentligen man tar hänsyn till. Delar man in de olika faktorer som spelar in i bedömningen i barns behov och barns intressen kan man lättare se vilka hänsyn som tagits och vad de grundar sig på. Med barnets behov menas det vuxna anser att barn behöver och det är alltså fråga om ett utifrånperspektiv. Vilka dessa behov anses vara skall bygga på kunskap och erfarenhet. Barnets intressen är det barn själva anser att de behöver och det rör sig alltså om ett inifrånperspektiv. För att utröna barnets intressen krävs att man talar med barnet självt. Detta innebär att det i analysen är relevant att se på i vilken mån barn får möjlighet att uttala sig.

Här skall först hänsynen till barnets bästa vid avgörandet av de formella frågorna behandlas närmare. Ursprungligen trodde jag att det vid avgörandet av domsrätt, lagval, erkännande och verkställighet av utländska domar i stort sett bara var barnets behov som var av betydelse och att barnets egen

vilja var irrelevant för dessa frågors avgörande, möjligen med undantag för verkställighetsmål. Det visar sig dock att ser man närmare på vilka hänsyn som tas och vilka faktorer som spelar in så har faktiskt barnets intressen en framträdande roll även vid avgörandet av de formella frågorna.

När domstol tar ställning till domsrättsfrågan tas praktiska hänsyn i stor utsträckning och flera av dessa kan härledas till barnets intressen. Att en dom är verkställbar i det land barnet befinner sig anses viktigt och sådan verkställbarhet kan i vissa fall avgöras av barnets egen vilja. Intresset av att basera vårdnadsavgörandet på så tillförlitlig information som möjligt har betydelse för hur domsrättsfrågan avgörs. Möjligheten att inhämta barnets mening tas då i beaktning och även om det alltså inte är barnets vilja i sig som avgör kan möjligheten att inhämta den vara av betydelse. Slutligen finns i praxis exempel på att barnets vilja blivit avgörande för hemvistbedömningen och därmed domsrättsfrågans avgörande, men det går ännu inte att säga om detta fall kommer att bli vägledande för rättsutvecklingen.¹⁴¹ Vid lagvalsfrågans avgörande är det i princip bara i extremfallet då barnets vilja avgjort hemvistfrågan som den får betydelse för lagvalet. Finns en utländsk dom blir frågan vilka hänsyn som tas till barnets bästa när det kommer till erkännande och verkställighet av sådan och här kan man skilja på fallen då dom erkänns och verkställs eller då erkännande eller verkställighet vägras. Kommer domstol fram till att dom skall erkännas eller verkställas är det ofta barnets behov som tillgodoses, medan det vid vägran av erkännande eller verkställighet ofta är barnets intressen som ligger till grund. Ser man exempelvis på vägransgrunderna i 6 § verkställighetslagen kan tre av de fyra vägransgrunderna härledas till barnets bästa och då den del som tillgodoser barnets intressen. Lagens 17 § stadgar dessutom att barnets mening skall inhämtas av rätten innan mål om verkställighet avgörs.

Vid avgörande i de materiella frågorna blir hänsynen till barnets bästa något annorlunda än i de formella, framförallt blir de tydligare. Jag börjar med att se på hänsynen vid frågor om vårdnad och umgänge eftersom båda dessa avgörs utifrån 6 kapitlet föräldrabalken. Till en början kan det konstateras att även om man skiljer på barnets behov och barnets intressen, och alltså på vad de vuxna anser vara bäst för barnet och vad barnet självt tycker, finns det inget som säger att dessa inte kan sammanfalla och leda till samma lösning. Frågan är egentligen i hur stor utsträckning barnets mening utreds och beaktas, eftersom detta oavsett utfall har ett värde i sig. Enligt 6 kapitlet 2b § föräldrabalken skall hänsyn tas till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad. Ser man på de faktorer som hänsyn tas till vid avgörandet av vårdnads- och umgängesfrågor ser man att med hänsyn till flera av dem kan vuxna och barns åsikter tänkas stämma överens, exempelvis i fråga om kontakt med båda föräldrarna och skydd mot övergrepp. Vuxna anser att det generellt är skadligt för ett barn att ryckas upp från sin invanda miljö och i överensstämmelse med detta tror jag att många barn är obenägna att välja bort allt de känner till. Stämmer barnets

¹⁴¹ NJA 2002 sidan 390, behandlas i avsnitt 3.2.3.

vilja överens med de vuxnas åsikter blir det inget problem att fatta beslut som tillgodoser både barnets behov och intressen, men när så inte är fallet måste avvägningar göras mellan vad barnet vill och vad de vuxna anser vara bäst för barnet. Vilken vikt som skall fästas vid barnets vilja beror på barnets ålder och mognad, samt på hur ingripande beslutet är. Högsta domstolen har fastslagit att ju mer ingripande ett beslut är och ju större förändring det innebär desto mer hänsyn skall tas till barnets vilja. Det är dock viktigt att komma ihåg att det kan vara svårt för ett barn att tillfullo inse konsekvenserna av ett beslut på längre sikt och det är alltid upp till domstolen att beakta det barnet inte självt kan. Detta innebär också att barnets bästa på kort sikt kan få ge vika för vad som anses bäst för barnet på lång sikt. Eftersom det är många vuxna som får säga sitt i en vårdnadstvist, bland annat föräldrar, läkare, psykologer och jurister, kan det mycket väl hända att de inte är överens om vad som är bästa lösningen för det enskilda barnet. I slutändan blir det upp till rätten, det vill säga domare och nämndemän, att utifrån en avvägning av alla faktorerna besluta om vilken lösning som är bäst för just det aktuella barnet och på så sätt står bäst i överensstämmelse med principen om barnets bästa.

För att barnets vilja skall kunna beaktas krävs att det är det på något sätt går att utröna vilken denna är. Möjligheterna till detta påverkas av barnets ålder, mognad och var barnet befinner sig. Vid olovliga bortföranden finns risken att barnet inte befinner sig i det land domstolsförfarandet äger rum, vilket naturligtvis försvårar utredning av barnets egen inställning. Föräldrar och vittnen kan höras om barnets vilja, men tillförlitligheten måste ofta ifrågasättas eftersom vittnena kan vara partiska med lojaliteter till någon av föräldrarna. Kan inte barnets vilja utrönas eller är osäkerheten kring den stor, blir hänsynen till barnets intressen mindre och det blir de vuxnas bedömningar som får avgöra.

Liksom vid avgörandet av vårdnads- och umgängesfrågorna skall barnets vilja beaktas vid överflyttning. Utifrån syftet med överflyttning kan man se vad som skyddas och vilka hänsyn som tas till barnets bästa. Överflyttning skall skydda barnet mot att ryckas upp från sin invanda miljö och möjliggöra prövning av vårdnadsfrågan i ursprungslandet. Att skydda barnets invanda miljö sker med hänsyn både till barnets behov och till dess intressen, medan möjligheten till prövning i ursprungslandet inte kan sägas ha något med barnets vilja att göra. Överflyttning är en form för verkställighet och liksom vid verkställighet av utländsk dom blir hänsynen till barnets intressen tydligast när sådan vägras. Att barnets mening skall inhämtas innan rätten beslutar om överflyttning stadgas i 17 § verkställighetslagen och grunderna för att vägra överflyttning finns i 12 §. Motsätter sig ett barn som uppnått tillräcklig ålder och mognad för att dess vilja skall beaktas överflyttning kan detta ligga till grund för att vägra överflyttning. Vägran av överflyttning med direkt hänvisning till att barnet motsätter sig sådan är det mest konkreta hänsynstagandet till barnets vilja. De övriga tre vägransgrunderna skyddar både barnets behov och intressen då dessa med all sannolikhet sammanfaller i dessa fall.

9.3.3 Rättstillämpningens betydelse

Rättspraxis har haft en betydande roll för definitionen av principen om barnets bästa. Principen har inte preciserats i lag i någon större utsträckning och inte heller i förarbetena finns mycket att gå på. De mycket sparsamma konkreta riktlinjerna står i överensstämmelse med tanken att barnets bästa skall vara en flexibel princip som gör det möjligt för rättstillämparen att i varje enskilt fall göra en bedömning av vad som är bäst för barnet. Alla barn är olika liksom deras situationer. Det är nödvändigt att kunna lägga olika vikt vid olika behov och faktorer från fall till fall. Nackdelen med denna flexibilitet är att förutsägbarhet och därmed rättssäkerhet riskeras till en viss grad, men man kan också vända på det och säga att förutsägbarheten och rättssäkerheten ligger i vetskapen att domstolarna alltid ser till det enskilda barnets behov och dömer i enlighet med vad som är bäst för just det barnet. Att principen om barnets bästa är flexibel innebär heller inte att den är helt obegriplig och oförutsägbar, utan det faktorer som hänsyn skall tas till är på sätt och viss självklara såsom behovet av tryggt umgänge med båda sina föräldrar, behovet av skydd mot övergrepp och att hänsyn till barnets egen vilja tas.

En intressant fråga är hur rättstillämparens användning av principen om barnets bästa stämmer överens med doktrinen syn på principen. Den största skillnaden ligger just i synen på principen som ett flexibelt begrepp. I doktrinen framhålls att barnets bästa skall vara ett flexibelt begrepp i sig, men också en princip som möjliggör en flexibel bedömning utifrån den. Trots flexibiliteten har presumtioner växt fram som i viss mån gör bedömningarna mer låsta. Avvikelser från presumtionerna riskerar att behöva förklaras och undantag skall rättfärdigas. Skulle utvecklingen gå mot att domstolarna låser sig alltmer vid presumtionerna kan syftet med barnets bästa i lagstiftningen gå förlorad.

När domstol tar ställning till en fråga som berör barn och hänsyn till barnets bästa krävs är det också viktigt att komma ihåg att vad barnets bästa innebär kan förändras, inte bara skilja sig från ett barn till ett annat, utan faktiskt förändras med tiden. Samhället och dess värderingar förändras och ny kunskap och erfarenhet tillkommer. Lagarna förändras vilket kan leda till att nya möjligheter att tillgodose barnets olika behov tillkommer, som exempel kan nämnas lagändringarna i föräldrabalken 1998 som gjort det möjligt att döma till gemensam vårdnad mot en förälders vilja. Förhoppningsvis fortsätter lagstiftaren att erinra om barnets bästa och rättstillämparen med att beakta principen och utveckla den genom tillämpning i de enskilda fallen.

9.4 Diskussion de lege ferenda

Hänsyn till barnets bästa tas enligt min mening i mycket stor utsträckning och principen har avgörande betydelse för flera av bedömningarna som görs

i mål berörda av olovligt bortförande eller kvarhållande. En del brister finns dock som innebär risk för att barnets bästa inte tillgodoses i tillräcklig utsträckning och här skall föras en diskussion kring dessa och vad man kan göra åt dem.

Ett problem innebär det betydelsefulla hemvistbegreppet. Frågan om ett barns hemvist kan avgöra både domsrätt och lagval, samt ha avgörande betydelse för överflyttning och med hänsyn till detta är det oroväckande att definitionen är så vag. En bättre definition krävs för att göra hemvist till ett mer enhetligt och förutsägbart begrepp. Detta skulle bland annat kunna uppnås med regler för hur man bedömer växelboende och med mer konkreta faktorer att utgå från som till exempel riktlinjer med hänsyn till tidsperspektiv. Osäkerhet rörande hemvistbegreppet är till nackdel för barnet dels för att bedömningen av var barnet har hemvist riskerar att överskugga andra bedömningar, exempelvis föräldrarnas lämplighet eller barnets vilja, och dels genom att felaktigt ställningstagande rörande hemvist kan leda till att andra bedömningar blir fel exempelvis ifråga om lagvalet.

I fråga om barns skydd mot olovligt bortförande ligger en väsentlig brist i att endast barn som bortförs från en stat som tillträtt Haagkonventionen kan bli föremål för överflyttning enligt denna. Barn som bortförs till Sverige från en icke konventionsstat saknar det skydd konventionen ger och är hänvisade till förfarandet enligt föräldrabalken. Haagkonventionen skyddar barnet mot att ryckas upp från sin invanda miljö och skall möjliggöra prövning av vårdnadsfrågan i det ursprungliga hemvistlandet. När det gäller icke konventionsstat vägras överflyttning och svensk domstol finner sig plötsligt behörig att avgöra fråga om vårdnad i en situation där det annars anses mest lämpligt att domstol i barnets ursprungliga hemvistland gör sådan prövning. Domsrätt anses föreligga trots att barnen befinner sig i landet mot vårdnadshavares vilja. Problemet som jag ser det blir att skyddet för barn står och faller med vilket land de förs till eller från. Detta kan inte sägas stå i överensstämmelse med barnkonventionen och de åtaganden den innebär. Att tillvarata barnets bästa är en skyldighet, oavsett var barnet kommer från. Det vore istället mer lämpligt att behandla alla länder lika för att uppnå ett lika bra skydd för alla barn oavsett vilka länder som är inblandade. Enligt verkställighetslagen 1 § 3 stycket kan Haagkonventionen tillämpas i förhållande till annan stat än konventionsstat under förutsättning att ömsesidighet föreligger. Kravet på ömsedighet verkar kanske förståligt, varför tillämpa en gynnsam regel gentemot en stat som inte visar samma välvillighet tillbaka, men å andra sidan varför inte. Givet är att Sverige inte kan kräva att en stat som inte tillträtt Haagkonventionen skall tillämpa den rörande svenska barn som förts till det landet, men finns det något som hindrar att Sverige tar på sig att tillämpa den i förhållande till alla stater oavsett tillträde till konventionen. Visst finns det krav på förutsägbarhet i tillämpningen av konventionen, men är det inte möjligt för Sverige att stifta en lag som stadgar att regler som motsvarar Haagkonventionens tillämpas i förhållande till alla stater, oavsett tillträde. Skall Sverige verkligen leva upp till barnkonventionen och sina åtaganden att skydda barnets bästa krävs enligt min mening någon sådan lösning. Någon stat måste börja visa lite

goodwill, bryta isen och kanske få fler länder att skriva under och följa konventionen.

Slutligen har jag invändningar mot utformningen av de grunder i 12 § verkställighetslagen på vilka överflyttning kan vägras. Stadgandet är utformat så att en stat *får* vägra överflyttning om något av alternativen är uppfyllda, men överflyttning måste inte vägras, *får* inte *skall* används. Detta innebär exempelvis att även om en domstol skulle finna att det finns en allvarlig risk att överflyttning skulle skada barnets hälsa, kroppsligt eller själsligt, så finns det inget som säger att överflyttning skall vägras utan bara att den får vägras. Att skydda barnet mot en skadlig överflyttning är alltså en möjlighet, men ingen skyldighet, vilket inte kan anses i tillräcklig grad skydda barnets bästa. Då är utformningen av skyddet för barnet bättre i Bryssel II-förordningen där vägransgrunderna för erkännande och verkställighet är absoluta. Förordningen stadgar att erkännande och verkställighet *skall* vägras om någon av vägransgrunderna är uppfyllda och enligt min mening borde det samma gälla för överflyttning enligt verkställighetslagen.

9.5 Avslutande ord

I slutändan är det viktigt att komma ihåg att varje fall är unikt och att det bakom alla de juridiska turerna finns en familj i spillror. Det är tragiskt när en förälder bortför sitt barn och undanhåller barnet från sin andre förälder, men det är minst lika tragiskt att se hur konflikten mellan föräldrarna trappas upp och till slut inte alls handlar om barnet utan bara om föräldrarnas hat gentemot varandra. Barnet blir en bricka i spelet och dess behov och åsikter hamnar i skymundan. Det är då det är tryggt att ha ett rättssystem som bygger på hänsyn till barnets bästa och som tillvaratar detta framför föräldrarnas intressen.

Litteraturförteckning

Böcker

- Bogdan, Michael *Svensk internationell privat- och processrätt*, sjätte upplagan, Stockholm, 2004.
- Ewerlöf, Göran,
Sverne, Tor &
Singer, Anna *Barnets bästa: om föräldrars och samhällets ansvar*, femte upplagan, Stockholm, 2004.
- Kvisberg, E., Torunn *Internasjonal barneborføring*, Oslo, 1994.
- Mattsson, Titti *Barnet och rättsprocessen – rättssäkerhet, integritetsskydd och autonomi i samband med beslut om tvångsvård*, Lund, 2002.
- Sandin, Bengt &
Halldén, Gunilla (red.) *Barnets bästa – en antologi om barndomens innebörder och välfärdens organisering*, Stockholm/Stehag, 2003.
- Schiratzki, Johanna *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige – en rättsvetenskaplig undersökning*, Stockholm, 2000.
- Schiratzki, Johanna *Barnrättens grunder*, Lund, 2002.

Artiklar

- Alexanderson, Martin *Barnkonventionen inget för USA*, Barn: tidningen om barns rättigheter, nummer 6, 2000.
- Brinkemo, Per *Bortrövade barn – ett växande problem*, Svenska Dagbladet, 2003-01-27.
- Göransson, Karin *1980 års Haagkonvention om olovliga bortföranden av barn*, Svensk Juristtidning, 2002.
- Jänterä-Jareborg, Maarit *Olovligt bortförande av barn och Haagkonventionerna*, Festskrift tillägnad Elsa Eschelsson.

- Saldeen, Åke *Risk för bortförande av barn vid beslut om umgängesrätt, Juridisk Tidskrift, 1995/96.*
- Schiratzki, Johanna *Barnets vilja avgörande för svensk domsrätt, Juridisk Tidskrift, 2002-2003.*
- Örtenhed, Kristina *Hemvistbedömningen vid olovligt kvarhållande eller bortförande av barn, Juridisk Tidskrift, 2001-2002.*

Offentligt tryck

Prop. 1988/89:8 *om olovligt bortförande av barn i internationella förhållanden*

Prop. 1996/97:25 *Svensk migrationspolitik i globalt perspektiv*

Prop. 1996/97:124 *Ändring i socialtjänstlagen*

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

DS 1992:39 *Olovligt bortförande och andra övergrepp mot barn, Justitiedepartementet.*

SOU 1997:116 *Barn – Familj – Samhälle*

SOU 2004:80 *Kompletterande bestämmelser till den nya Bryssel II-förordningen*

Opublicerat material

Barnets bästa i rättsprocessen – frågor om vårdnad, boende och umgänge, Barnombudsmannen informerar (BI), 2003:01.

Olovligt bortförd, Socialstyrelsen, 1994.

Rättsfallsförteckning

NJA 1974 sidan 629
NJÄ 1992 sidan 93
NJÄ 1995 sidan 241
NJÄ 1995 sidan 727
NJÄ 1995 sidan 770
NJÄ 1997 sidan 154
NJÄ 1997 sidan 196
NJÄ 1999 sidan 166
NJÄ 2001 sidan 772
NJÄ 2002 sidan 390

RH 1993:52
RH 1996:155

RÅ 1968 ref 74
RÅ 1991 ref 42
RÅ 1995 ref 99
RÅ 1996 ref 52
RÅ 1997 ref 58
RÅ 2001 ref 53
RÅ 2002 ref 1