



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Charlotte Regnér

Gemensam vårdnad

En studie av bestämmanderätten, kravet på
samförstånd och föreslagen
tvistlösningsmodell

Examensarbete
30 ECTS

Eva Ryrstedt

Familjerätt

Vårterminen 2008

Innehåll

| | |
|-----------------------------------------------------------------|-----------|
| SUMMARY | 1 |
| SAMMANFATTNING | 2 |
| FÖRORD | 3 |
| FÖRKORTNINGAR | 4 |
| 1 INLEDNING | 5 |
| 1.1 Inledande presentation | 5 |
| 1.2 Syfte och frågeställning | 5 |
| 1.3 Avgränsningar | 6 |
| 1.4 Metod och material | 6 |
| 1.5 Disposition och terminologi | 7 |
| 2 STATISTISK BAKGRUND | 8 |
| 3 BARNKONVENTIONEN | 9 |
| 4 EUROPARÅDETS REKOMMENDATION OM FÖRÄLDRAANSVAR | 10 |
| 5 BARNNS VÅRDNADSHAVARE | 11 |
| 5.1 Huvudregler | 11 |
| 5.2 Överflyttning av vårdnaden | 12 |
| 5.2.1 Vårdnad genom beslut av domstol | 12 |
| 5.3 Sammanfattande kommentarer | 16 |
| 6 GEMENSAM VÅRDNAD | 18 |
| 6.1 Rättigheter och skyldigheter till följd av gemensam vårdnad | 18 |
| 6.1.1 Bestämmanderätten vid gemensam vårdnad | 20 |
| 6.1.1.1 Konsekvenser av vårdnadshavares oförmåga att samarbeta | 21 |
| 6.1.1.2 Särskilt om barnets boende | 25 |
| 6.1.1.3 Särskilt om barnets umgänge | 26 |
| 6.2 Barns med- och självbestämmanderätt | 27 |

| | | |
|-----------|-----------------------------------------------------------------|-----------|
| 6.3 | Sammanfattande kommentarer | 28 |
| 7 | REFORMARBETET | 30 |
| 7.1 | Tidigare lagstiftningsarbete | 30 |
| 7.2 | Kommittédirektiv 2006:83 -Beslutanderätten vid gemensam vårdnad | 32 |
| 7.3 | SOU 2007:52 - Beslutanderätt vid gemensam vårdnad m.m. | 32 |
| 7.3.1 | Olika tvistlösningsmodeller | 33 |
| 7.3.2 | Föreslagen ordning | 34 |
| 7.3.2.1 | Självständig beslutanderätt | 35 |
| 7.3.2.1.1 | Områden för självständig beslutanderätt | 36 |
| 7.3.2.1.2 | Självständig beslutanderätt genom beslut av domstol eller avtal | 38 |
| 7.4 | Remissyttranden | 39 |
| 7.5 | Sammanfattande kommentarer | 42 |
| 8 | UTLÄNDSK RÄTT | 44 |
| 8.1 | Danmark | 44 |
| 8.1.1 | Vårdnadshavare | 44 |
| 8.1.2 | Utövande av gemensam vårdnad | 45 |
| 8.2 | Norge | 47 |
| 8.2.1 | Vårdnadshavare | 47 |
| 8.2.2 | Utövande av gemensam vårdnad | 48 |
| 8.3 | Sammanfattande kommentarer | 49 |
| 9 | ANALYS OCH SLUTSATSER | 51 |
| 9.1 | Bestämmanderätt vid gemensam vårdnad – de lege ferenda | 51 |
| 9.2 | Slutsatser | 60 |
| | KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING | 61 |
| | RÄTTSFALLSFÖRTECKNING | 65 |

Summary

This essay aims to give a detailed report on the legislation concerning joint legal custody, especially regarding the right and duty for parents to decide on the child's personal affairs and the consequences of parents inability to cooperate. Furthermore the purpose is to discuss whether the legislation is in need of change. To illustrate the advantages and the disadvantages with the law in force the essay also contains a comparison with Danish and Norwegian law.

The Swedish family law is founded on the idea that a child is in need of a close relationship with its parents and that it is important that both parents take part in the child's affairs and upbringing. The present legislation was established in a legal system where parents had to agree to joint legal custody to implement it. The meaning of the regulation is that parents with joint legal custody must make almost all decisions concerning the child's personal affairs together. Although the court nowadays can come to a decision of joint legal custody against the will of one parent, the rules concerning how to practice the parental responsibility has remained the same. Consequently, even though none of the parents wish to have joint legal custody, the law in force can obligate them to cooperate. This can create problems, especially when parents do not live together, since a failure to come to an agreement means that the status quo must remain. A regulation like this might obviously have negative effects on the child, at worse they might even be detrimental, for example if the decision is a matter of health and medical treatment. Despite the fact that the court can decide on joint legal custody against the will of one parent there is no regulation about how parents should settle a dispute, other than decisions concerning the child's residence or the contact between parent and child. If the parents fail to cooperate there is often no other solution but to dissolve the joint legal custody.

In Denmark and Norway the parent living with the child has been given a right to make certain decisions on its own, which reduces the risk of status quo. Thus, in a comparison the Swedish legislation is far more demanding.

In July 2006 the government appointed a commission to analyse the disadvantages that might arise for a child whose parents are not able to cooperate though they have joint legal custody. The committee was also assigned to produce a proposal of a new legislation. A year later the committee suggested in its evaluation that one of the parents, in exceptional cases, could be given the right to make certain decisions on its own and that the parent living with the child should have the right to decide where in the country he or she wants to live with the child. In my opinion the proposal is not enough to entirely overcome the problem with status quo, nevertheless I think it is one step in the right direction of making the legislation more considerate to the best interest of the child.

Sammanfattning

Arbetet syftar till att ingående studera bestämmelserna vid gemensam vårdnad och konsekvenserna av vårdnadshavares oförmåga att samarbeta samt att diskutera huruvida gällande rätt behöver revideras. För att belysa för- och nackdelar med den svenska rätten görs även en komparation med gällande rätt på området i Danmark och i Norge.

Den svenska familjerätten bygger på uppfattningen att barn har behov av nära och god kontakt med sina föräldrar samt att det är viktigt att båda föräldrarna är delaktiga i barnets förhållanden och tar ansvar för barnet. Nuvarande ordning tillkom i ett rättssystem där föräldrar var tvungna att vara överens för att vårdnaden skulle kunna bli gemensam. Reglerna innebär att föräldrar med gemensam vårdnad måste fatta nästan alla beslut rörande barnets personliga angelägenheter i samförstånd och dessa bestämmelser har i princip förblivit oförändrade genom åren. Däremot har reglerna om vårdnadshavare ändrats på så sätt att det numera är möjligt för domstol att besluta om gemensam vårdnad mot en förälders vilja. Lagstiftningen innebär således att även om inte båda föräldrarna önskar gemensam vårdnad kan de bli påtvingade att samarbeta. Bestämmelserna kan särskilt skapa problem för de föräldrar som lever åtskiljda eftersom brist på enighet i en fråga medför att status quo skall behållas. En sådan situation kan ha negativ inverkan på barnet och i vissa fall vara direkt skadligt t.ex. vid hälso- och sjukvårdsfrågor. Trots att domstolen kan besluta om gemensam vårdnad mot en förälders vilja finns det alltså ingen reglering om hur vårdnadshavare skall lösa tvistiga frågor annat än om barnets boende och umgänge. För de föräldrar som inte kan samarbeta återstår det många gånger ingen annan lösning än att ansöka om ensam vårdnad.

I Danmark och i Norge har boendeföräldern i lag givits viss självständig bestämmelserätt, vilket minskar risken för en status quo situation. I en jämförelse är Sverige således det land som går längst i kravet på konsensus mellan föräldrar med gemensam vårdnad.

I juli år 2006 beslutade regeringen att tillsätta en utredning som bl.a. skulle analysera vilka nackdelar som kan uppstå för ett barn vars vårdnadshavare inte kan samarbeta samt lämna förslag på lämpliga åtgärder. Ett år senare lade utredaren fram sitt förslag som innebär att en av vårdnadshavarna, i undantagsfall, skall kunna ges en vidgad självbestämmanderätt inom vissa områden och att boendeföräldern skall ges rätt att ensam bestämma var i landet denne skall bo med barnet. Lagförslaget är enligt min mening inte tillräckligt för att fullständigt stävja problemet med status quo men likväl menar jag att det är ett steg i rätt riktning mot att göra lagstiftningen mer hänsynstagande till barnets bästa.

Förord

Det är snart fyra och ett halvt år sedan jag inledde mina studier vid juridiska fakulteten vid Lund universitet. Att nu skriva de sista raderna på mitt examensarbete känns både skönt, nervöst och spännande. Det som återstår är att tacka de personer som varit viktiga för mig under studietiden.

Jag vill börja med att tacka min familj och mina vänner som är oerhört betydelsefulla för mig och som varit ett stort stöd under hela utbildningen. Jag vill särskilt tacka min mamma Bodil som korrekturläst mina uppsatser och kommit med ovärderliga råd, Mari Persson för korrekturläsning under arbetets gång och framför allt min sambo Paul för uppmuntran och ett enormt stöd.

Jag vill även rikta ett stort tack till min handledare docent Eva Ryrstedt som är en inspirationskälla och som givit mig värdefulla kommentarer och tips.

Äntligen!

*Charlotte Regnér
Lund, april 2008.*

Förkortningar

| | |
|-----------------------|----------------------------------------------------------------------------|
| Barnelova | Lov 1981-04-08 nr. 7: om barn og foreldre |
| Barnkonventionen | Förenta Nationernas konvention den 20 november 1989 om barnets rättigheter |
| BrB | Brottsbalken (1962:700) |
| Dir. | Kommittédirektiv |
| FB | Föräldrabalken (1949:381) |
| HD | Högsta domstolen |
| HovR | Hovrätten |
| JO | Justitieombudsmannen |
| JT | Juridisk tidskrift |
| Forældreansvarslov | Lov nr. 499 af 6 juni 2007 om forældreansvar |
| Forældremyndighedslov | Lov nr. 387 af 14 juni 1995 om forældremyndighed og samvær |
| LSS | Lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade |
| NJA | Nytt Juridiskt Arkiv, Avdelning I |
| Prop. | Proposition |
| RB | Rättegångsbalken (1942:740) |
| RH | Rättfall från hovrätterna |
| SCB | Statistiska centralbyrån |
| SoL | Socialtjänstlag (2001:453) |
| SOU | Statens offentliga utredningar |
| SvJT | Svensk Juristtidning |

1 Inledning

1.1 Inledande presentation

Gemensam vårdnad kan för många tyckas vara det bästa för barn. Tyvärr är det inte alltid som det fungerar i praktiken. Föräldrar som har separerat eller kanske aldrig levt ihop kan ha svårt att komma överens och det är inte ovanligt att man som hämnd för att förhållandet tagit slut motsätter sig den andra förälderns beslut, vilket i slutändan går ut över barnet. Genom mitt arbete vid Studentjuristerna¹ har jag kommit i kontakt med många förtvivlade föräldrar som ofta vill ha hjälp med att lösa en specifik sakfråga inom den gemensamma vårdnadens kompetensområde. Det finns dock inte någon bestämmelse om hur en tvist mellan gemensamma vårdnadshavare skall lösas. Häri ligger mitt intresse och jag beslutade mig följaktligen för att det var denna problematik mitt examensarbete skall behandla. Jag hörde även talas om att ett nytt betänkande på området har lagts fram och blev nyfiken på vilka eventuella förändringar det innehåller. Jag tycker det är ett viktigt ämne som förtjänar att belysas.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är att närmare utreda, beskriva och granska den gemensamma vårdnadens innebörd enligt gällande rätt, särskilt vad gäller bestämmelserätten och betydelsen av kravet på konsensus vid beslutsfattande. I detta syfte ligger att belysa för- och nackdelar med den svenska lagstiftningen utifrån en komparation med gällande rätt i Danmark och Norge. Jag har valt dessa två länder eftersom deras familjerätt i stort påminner om den svenska, medan bestämmelserätten vid gemensam vårdnad till viss del är olika utformad i de tre rättsordningarna. Vidare är det min avsikt att utifrån samhällsutvecklingen föra en diskussion om huruvida gällande rätt behöver revideras och hur en lagändring i sådant fall skulle kunna se ut. Utgångspunkten för diskussionen är föreslagen ordning i SOU 2007:52 – *Beslutanderätten vid gemensam vårdnad m.m.* samt barnets bästa.

De för arbetet centrala frågeställningarna är följande: 1. Innebär gemensam vårdnad att alla beslut som rör barnet måste fattas i samförstånd mellan vårdnadshavarna och vad händer när vårdnadshavarna inte kan enas? 2. Hur ser rättsutvecklingen på området ut? 3. Vilka fördelar respektive nackdelar finns med den föreslagna lagändringen?

¹ Studentjuristerna består av studenter från Juris kandidatprogrammet vid Lunds universitet som ger kostnadsfri juridisk rådgivning till allmänheten.

1.3 Avgränsningar

Då arbetet har begränsat med utrymme har jag i överensstämmelse med syfte och frågeställning valt att fokusera på gällande rätt. Beskrivningen av lagens historik är därför begränsad men förekommer där det passar och är nödvändigt för att förstå nuvarande lagstiftning.

För att avgränsa arbetet till problematiken kring kravet på konsensus vid gemensam vårdnad kommer jag inte att behandla de situationer där vårdnadshavarnas samarbetsproblem beror på missbruk, våld eller övergrepp. Jag kommer således inte heller behandla reglerna om bestämmanderätten vid ensam vårdnad och rätten till insyn för den förälder som inte är vårdnadshavare. Vidare kommer jag inte att närmare ta upp de situationer där det är andra personer än föräldrarna som har vårdnaden.

SOU 2007:52 behandlar även frågan om socialtjänstens förutsättningar att tala med barn, upplysningsskyldigheten för ensamma vårdnadshavare samt frågan om kontaktperson vid umgänge. Med hänsyn till syfte och frågeställning kommer dessa frågor inte att behandlas i arbetet.

1.4 Metod och material

Arbetet är till stor del av deskriptiv karaktär och för att arbetet skall svara mot syfte och frågeställningar har jag i huvudsak använt mig av klassisk rättsdogmatisk metod. Detta innebär att arbetet bygger på studier av lagtext, förarbeten, rättspraxis och doktrin för att klargöra rättsläget de lege lata. Jag har även studerat material från bl.a. Statistiska centralbyrån och JO. I vissa delar lämnar lagtext och förarbeten luckor och jag har därför använt mig mycket av doktrin för vägledning. Användningen av rättspraxis har varit begränsad då sådan helt enkelt saknas på vissa områden eftersom domstolen i princip inte har möjlighet att pröva sakfrågor inom vårdnadshavarnas bestämmanderätt.

När det gäller valet av remissyttranden i anledning av SOU 2007:52 har jag valt att titta på yttrandena från tingsrätterna för att undersöka vad rättstillämparna som dagligen kommer i kontakt med familjerättsliga mål anser. Av eget intresse och för att få ett bredare perspektiv har jag även studerat remissyttrandena från universiteten.

Förutom den rättsdogmatiska metoden har jag även använt mig av komparativ metod för att lyfta fram eventuella för- och nackdelar med den svenska lagstiftningen. Här har jag använt mig av ländernas lagtext och förarbeten samt doktrin. För att få fram aktuell information har jag till viss del varit tvungen att använda mig av Internetkällor. I det danska lagförslaget finns det inte några sidnummer utsatta på Internet och jag har därför inte kunnat lämna exakta sidhänvisningar till detta förslag. Trots att jag upprepade gånger varit i kontakt med det norska Barne- og

likestillingsdepartementet har jag inte heller lyckats få reda på hur långt man kommit i utredningen av lov 1981-04-08 nr. 7: om barn og foreldre, annat än att resultatet senast skall läggas fram den 1 maj 2008.

1.5 Disposition och terminologi

Arbetet inleds med en statistisk bakgrund med uppgifter hämtade från Statistiska centralbyrån i syfte att ge läsaren förståelse för hur det svenska samhället ser ut vad gäller vårdnad. Därefter följer två kapitel som kort beskriver Barnkonventionen och Europarådets rekommendation om föräldraansvar, de två främsta internationella dokumenten på området för bestämmanderätten vid gemensam vårdnad. Jag har valt ut de artiklar och principer som hör ihop med den fortsatta framställningen.

Dessa inledande kapitel följs av två kapitel med svensk gällande rätt, ett kapitel som beskriver reformarbetet och ett kapitel med utländsk rätt, vilka samtliga inleds med en presentation av vad respektive kapitel behandlar och vilken fråga kapitlet syftar till att besvara. Varje kapitel avslutas med sammanfattande kommentarer där mina egna reflektioner ges. Det första av dessa kapitel beskriver stadgandena om vem som är vårdnadshavare, i syfte att ge läsaren inblick i reglerna om hur föräldrar erhåller status som vårdnadshavare, innan jag i nästa kapitel redogör för vad det innebär att vara vårdnadshavare. Följande kapitel behandlar således bestämmanderätten vid gemensam vårdnad och besvarar fråga 1. Därefter redogörs för tidigare lagstiftningsarbete, nuvarande lagförslag samt ovannämnda remissyttranden. Kapitlet syftar till att besvara fråga 2. Därpå följer ett kapitel med dansk och norsk lagstiftning på området.

I den avslutande analysdelen presenteras analys och slutsatser. Kapitlet syftar till att knyta samman övriga kapitel i en de lege ferenda diskussion med utgångspunkt i SOU 2007:52 och barnets bästa samt att bevara fråga 3.

När det i det följande talas om gemensam vårdnad avses, om inget annat anges, de fall där det är föräldrar som har gemensam vårdnad. Begreppet förälder/föräldrar används således synonymt med ordet vårdnadshavare och syftar på situationen gemensam vårdnad. När begreppen i stället syftar på föräldrar med ensam vårdnad framgår detta av sammanhanget. Även begreppen bestämmanderätt och beslutanderätt används synonymt.

2 Statistisk bakgrund

Det finns nästan 1,1 miljoner familjer med hemmaboende barn i åldrarna 0-17 år i Sverige. Av dessa barnfamiljer är 75 procent familjer med sammanboende föräldrar medan den resterande fjärdedelen till största del består av ensamstående mammor, ca 220 000 familjer, och endast en mindre del av ensamstående pappor, ca 50 000 familjer.²

Minst en fjärdedel av dagens svenskfödda 17-åringar har under sin barndom upplevt en separation mellan föräldrarna. Det är en betydligt större andel än för bara 15-25 år sedan då andelen uppskattas till 15 procent men antalet barn som upplever en separation har minskat stadigt sedan år 1999³. Det finns även barn som aldrig levt tillsammans med båda sina ursprungliga⁴ föräldrar. Föräldrarna har separerat före barnets födelse eller har kanske aldrig bott ihop. Sammanlagt finns det drygt en halv miljon barn som lever åtskiljda från någon av sina ursprungliga föräldrar. De flesta av dessa bor tillsammans med sin mor och endast 21 procent bor växelvis lika mycket hos båda sina föräldrar. Av de barn som inte bor tillsammans med båda sina ursprungliga föräldrar bor 5 procent i en ombildad familj, det vill säga tillsammans med mor och styvfar eller far och styvmor.⁵

De flesta föräldrar har gemensam vårdnad om sina barn och den kvarstår oftast även efter en separation mellan föräldrarna. 91 procent av alla hemmaboende barn står under de biologiska föräldrarnas gemensamma vårdnad. För 8 procent av barnen är det modern som har ensam vårdnad och för 1 procent av barnen är fadern ensam vårdnadshavare.⁶

Statistiska centralbyrån har på uppdrag av Sveriges Riksdag bl.a. undersökt hur särlevande föräldrar samarbetar och hur väl de kommer överens. De flesta av dessa föräldrar verkar komma väl överens och många har också förhållandevis täta kontakter med varandra för att diskutera frågor som rör barnet. 14 procent uppger dock att samarbetet fungerar mycket dåligt och 21 procent uppger att de aldrig diskuterar frågor som rör barnet. Enligt rapporten verkar samarbetet fungera allra bäst rörande de barn som bor växelvis lika mycket hos båda föräldrarna. Sämst tycks kontakten mellan barnets ursprungliga föräldrar fungera för de barn som lever med någon av sina föräldrar i en ombildad familj.⁷

² SCB, *Barn och deras familjer 2006*, s. 15 f och 31. Siffrorna avser situationen den 31 december 2006.

³ Jämfört med år 1999 var 8 500 färre barn med om en separation under år 2006.

⁴ Biologiska eller adoptivföräldrar.

⁵ SCB, *Barn och deras familjer 2006*, s. 16, 65 och 128. Det bör observeras att sambor utan gemensamma barn räknas som ensamstående i befolkningsregistret. Detta innebär att vissa av de barn som redovisas som barn till ensamstående förälder egentligen bor med sin mor eller far och dennes nya partner, se s. 65 och 258 ff.

⁶ SCB, *Gemensam och ensam vårdnad*, (Internet).

⁷ SCB, *Barns villkor – Levnadsförhållanden*, rapport 110, s. 23 samt tillhörande tabeller. Mellan 12 000 och 13 000 personer intervjuades under en tvåårsperiod, år 2002-2003. I

3 Barnkonventionen

Frågor om hur barns behov och rättigheter skall tillgodoses är i allra högsta grad en internationell företeelse. En bidragande orsak är den av Förenta Nationerna år 1989 antagna konventionen om barnets rättigheter, den s.k. Barnkonventionen. Sverige ratificerade konventionen år 1990 och blev därmed förpliktigad att följa den.⁸ Detta innebär att Sverige och övriga konventionsstater skall vidta alla lämpliga lagstiftnings-, administrativa och andra åtgärder för att genomföra de rättigheter som erkänns i konventionen.⁹ Konventionsstaterna skall även periodiskt rapportera sina åtgärder och framsteg i arbetet med att genomföra konventionen till kommittén för barnets rättigheter.¹⁰

Konventionen innehåller 54 artiklar och tar sin utgångspunkt i att barn är utsatta och sårbara. Artiklarna handlar om det enskilda barnets rätt att få sina grundläggande behov och rättigheter tillgodosedda. Det slås fast att barn har olika rättigheter såväl sociala, ekonomiska och kulturella som medborgerliga och politiska. Konventionen har dessutom fyra grundläggande principer, vilka är förbud mot diskriminering,¹¹ barnets bästa i främsta rummet,¹² rätten till liv och utveckling¹³ samt rätten att uttrycka sina åsikter och komma till tals¹⁴. Dessa har självständig betydelse men skall även prägla tolkningen och tillämpningen av konventionens övriga artiklar.¹⁵

Det kan inte här bli fråga om en heltäckande redogörelse av samtliga artiklar i konventionen, men utöver ovan nämnda artiklar och med hänsyn till uppsatsens syfte finns det några jag särskilt vill nämna. Av artikel 5 framgår att konventionsstaterna skall respektera det ansvar och de skyldigheter och rättigheter som tillkommer vårdnadshavare att på ett sätt som står i överenskommelse med den fortlöpande utvecklingen av barnets förmåga ge lämplig ledning och råd då barnet utövar de rättigheter det tillerkänns i konventionen. Artikel 18 stadgar att konventionsstaterna skall göra sitt bästa för att säkerställa erkännandet av principen att båda föräldrarna har ett gemensamt ansvar för barnets uppfostran och utveckling. Vidare anges att föräldrar eller i förekommande fall, såsom enligt svensk rätt, vårdnadshavare har huvudansvaret för barnets uppfostran och utveckling och barnets bästa skall komma i främsta rummet för dem.

rapporten återges uppgifter om samarbete mellan särlevande föräldrar till barn i åldrarna 7-18 år.

⁸ Prop. 1989/90:107, *Godkännande av FN:s barnkonvention*.

⁹ Barnkonventionen artikel 4.

¹⁰ Barnkonventionen artikel 44.1.

¹¹ Barnkonventionen artikel 2.

¹² Barnkonventionen artikel 3.

¹³ Barnkonventionen artikel 6.

¹⁴ Barnkonventionen artikel 12.

¹⁵ Ewerlöf Göran, Sverne Tor, Singer Anna, *Barnets Bästa. Om föräldrars och samhällets ansvar*, Stockholm 2004, s. 22 f.

4 Europarådets rekommendation om föräldraansvar

Europarådets ministerråd antog år 1984 en rekommendation om föräldraansvar.¹⁶ Det framhålls att såvitt gäller föräldraansvaret är det möjligt att åstadkomma förbättringar i rättssystemen som understödjer barns personliga utveckling samt skyddar barnen och deras intressen samtidigt som föräldrarnas juridiska jämställdhet garanteras. Mot den bakgrunden rekommenderas medlemsstaternas regeringar att anpassa sin lagstiftning kring föräldraansvaret så att lagstiftningen uppfyller vissa principer.¹⁷ Jag kommer här endast att kunna nämna några av dessa principer.

I rekommendationen anges att hänsyn till barnets bästa skall tas vid alla beslut som fattas av en myndighet när det gäller fördelningen av befogenheter inom ramen för föräldraansvaret eller utnyttjandet av sådana befogenheter.¹⁸ Om beslutet är av väsentlig betydelse för barnet och barnet har uppnått tillräcklig mognad bör det rådfrågas inför beslutsfattandet.¹⁹

Vidare stadgas att när föräldrar utövar sitt föräldraansvar gemensamt bör alla beslut i frågor som rör barnet fattas av föräldrarna i samförstånd. Då oenighet mellan föräldrarna leder till att behörig myndighet underställs frågan bör myndigheten, så långt det är motiverat av barnets intressen, försöka få föräldrarna att enas. Först om det inte går bör myndigheten fatta sitt beslut.²⁰

I relation till tredje man bör föräldrarnas samtycke presumeras om inte nationell lagstiftning kräver ett uttryckligt samtycke från båda föräldrarna.²¹

¹⁶ Recommendation No. R [84] 4 on Parental Responsibilities.

¹⁷ Se inledningen till rekommendationen.

¹⁸ Europarådets rekommendation om föräldraansvar, princip 2.

¹⁹ Europarådets rekommendation om föräldraansvar, princip 3.

²⁰ Europarådets rekommendation om föräldraansvar, princip 10 punkt 1-2.

²¹ Europarådets rekommendation om föräldraansvar, princip 10 punkt 3.

5 Barns vårdnadshavare

Detta kapitel syftar till att ge läsaren en inblick i reglerna om hur föräldrar erhåller status som vårdnadshavare innan jag i nästa kapitel redogör för vad det innebär att vara vårdnadshavare. I det första avsnittet behandlas huvudreglerna och därefter följer en redogörelse av gällande rätt angående överflyttning av vårdnaden. Med hänsyn till att arbetets syfte är att närmare utreda betydelsen av den gemensamma vårdnadens krav på konsensus vid beslutsfattande, kommer fokus i denna del att ligga på vilka konsekvenser föräldrarnas oförmåga att samarbeta får vid domstolens bedömning av om vårdnaden skall gemensam eller ensam. Kapitlet avslutas med sammanfattande kommentarer.

5.1 Huvudregler

Bestämmelserna om vårdnadshavare finns i föräldrabalken 1949:381 (FB). Det förekommer två vårdnadsformer i svensk rätt, *gemensam* samt *ensam vårdnad*. Om föräldrarna är gifta står barnet från födseln under vårdnad av båda föräldrarna. Är modern ogift blir hon ensam vårdnadshavare. De ogifta föräldrar som sammanbor får alltså inte automatiskt gemensam vårdnad men om de senare gifter sig får de gemensam vårdnad genom giftermålet.²² Ogifta föräldrar kan också erhålla gemensam vårdnad genom registrering hos skattemyndigheten efter en anmälan till socialnämnden i samband med att faderskapet bekräftas. En sådan anmälan kan även göras till skattemyndigheten vid ett senare tillfälle under förutsättning att domstol inte tidigare förordnat om vårdnaden samt att föräldrar och barn är svenska medborgare.²³ Är registrering av gemensam vårdnad inte möjlig skall rätten, på talan av båda föräldrarna, besluta att vårdnaden skall vara gemensam om det inte är uppenbart att det är oförenligt med *barnets bästa*.²⁴ Föräldrarna kan också avtala om hur vårdnadsfrågan skall regleras.²⁵

Den gemensamma vårdnaden fortsätter som huvudregel efter en äktenskapsskillnad. I domen på äktenskapsskillnaden skall rätten i sådant fall erinra föräldrarna om detta så att de verkligen vet vad som gäller i vårdnadsfrågan.²⁶

Står barnet under båda föräldrarnas vårdnad och en av dem avlider, får den andra föräldern automatiskt ensam vårdnad. Om båda föräldrarna avlider

²² FB 6:3 1 st., Saldeen Åke, *Barn- och föräldrarätt*, Uppsala 2005, s. 153 och Schiratzki Johanna, *Barnrättens grunder*, Lund 2006, s. 91.

²³ FB 6:4 2 st. 1-2 p., ingen prövning av barnets bästa görs.

²⁴ FB 6:4 1 st., för mer om barnets bästa se nedan under kap. 5.2.1

²⁵ FB 6:6 1 st., se mer under avsnitt 5.2.

²⁶ FB 6:3 2 st. och prop. 1997/98:7, *Vårdnad, boende och umgänge*, s. 52. Rätten kan dock besluta att den gemensamma vårdnaden skall upplösas i enlighet med vad som sägs i FB 6:5, 6:7 eller 6:8.

skall rätten anförtro vårdnaden åt en eller två särskilt förordnade vårdnadshavare.²⁷ För det fall att den avlidne föräldern var ensam vårdnadshavare skall rätten anförtro vårdnaden åt den andra föräldern om det inte bedöms vara lämpligare att vårdnaden i stället anförtros åt en eller två särskilda vårdnadshavare. Det avgörande torde i praktiken bero på hur nära kontakt barnet har med den andra föräldern.²⁸

5.2 Överflyttning av vårdnaden

I samband med att två föräldrar separerar har de möjlighet till samarbetsamtal om de är oense om hur de skall lösa frågor kring vårdnad, boende och umgänge. Kommunerna är skyldiga att se till att föräldrar ges möjlighet att under sakkunnig ledning samtala i syfte att nå enighet i dessa frågor. Det är rekommenderat att medverka i samarbetsamtal men det är inte obligatoriskt.²⁹ Samarbetsamtalen gäller föräldraskapet och de är därför inte till för att föräldrarna skall få hjälp med den äktenskapliga relationen.³⁰ Av de föräldrar som separerar är det endast ungefär tio procent som inte förmår lösa frågorna på egen hand eller med hjälp av samarbetsamtal eller familjerådgivning.³¹

Föräldrar som är överens har möjlighet att genom avtal reglera vårdnadsfrågan.³² Ett sådant avtal skall vara skriftligt samt godkänt av socialnämnden. Socialnämnden skall godkänna avtalet om det som avtalats är till barnets bästa eller, om avtalet avser gemensam vårdnad, inte är uppenbart oförenligt med barnets bästa. Vid bedömning skall socialnämnden bl.a. ta hänsyn till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad.³³ Har socialnämnden godkänt avtalet är det verkställbart på samma sätt som ett lagakraftvunnet domstolsavgörande.³⁴ Avtal kan ingås oberoende om frågan tidigare är reglerad genom avtal eller dom.³⁵

5.2.1 Vårdnad genom beslut av domstol

Kan barnets föräldrar inte nå en överenskommelse om barnets vårdnad eller vill någon av dem få ändring i vårdnaden kan de väcka talan vid domstol

²⁷ FB 6:9 1 st. Se FB 6:10-10 c för mer om särskild förordnad vårdnadshavare, se även FB 6:8 för ”fosterföräldrar”.

²⁸ FB 6:9 2 st. och Saldeen, *Barn- och föräldrarätt*, s.172.

²⁹ FB 6:18 1 st., SoL 5:3 och prop. 1997/98:7, s. 109.

³⁰ Prop. 1997/98:7, s. 45 och Ryrstedt Eva, *Tvistlösning mellan separerade föräldrar – för barnets bästa*, SvJT 2007, s. 400.

³¹ Rejmer Annika, *Vårdnadstvister – en rättssociologisk studie av tingsrätts funktion vid handläggning av vårdnadskonflikter med utgångspunkt från barnets bästa*, Lund 2003, s. 16.

³² FB 6:6 1 st. och 6:17 a, detsamma gäller barnets boende och umgänge, se FB 6:14 a 2 st. och 6:15 a 3 st.

³³ FB 6:6 och 6:2 a.

³⁴ FB 21:1 2 st.

³⁵ Prop. 1997/98:7, s. 87.

och yrka på att rätten avgör tvisten.³⁶ Det är de allmänna domstolarna som handhar familjerättsliga tvister. Det finns således inte någon specialdomstol för familjemål vilket innebär att det är domare utan särskild specialutbildning som avgör dessa mål.³⁷

Rätten har att välja mellan att besluta att vårdnaden skall vara gemensam eller att anförtro en av föräldrarna ensam vårdnad. Om en av föräldrarna godtar gemensam vårdnad kan rätten vägra att upplösa den gemensamma vårdnaden eller besluta om gemensam vårdnad mot den andra förälderns vilja. Däremot får rätten inte besluta om gemensam vårdnad om båda föräldrarna motsätter sig det.³⁸ Gemensam vårdnad anses som huvudregel vara till barnets bästa och det är den vårdnadsform som tillgrips i normalfallet.³⁹ I förarbetena anges att syftet med gemensam vårdnad framför allt är att främja goda förhållanden mellan barnet och båda föräldrarna och att målet bör vara att föräldrar har gemensam vårdnad i samtliga fall där detta är bäst för barnet. Vidare framhålls att det inte schablonmässigt får beslutas om gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja, utan att den möjligheten skall användas med stor försiktighet och lyhördhet och att det alltid måste göras en prövning av de skäl som föräldern framför. Om en förälder utsätter barnet eller någon annan i familjen för våld, trakasserier eller annan kränkande behandling, är det i princip bäst för barnet att den föräldern inte får del i vårdnaden. Det konstateras att någon presumtion för eller emot gemensam vårdnad inte bör gälla.⁴⁰

Rätten skall i första hand försöka förmå föräldrarna att nå en överenskommelse om barnet.⁴¹ I mål om vårdnad får rätten uppdra åt socialnämnden eller något annat organ att i barnets intresse anordna samarbetsamtal i syfte att få föräldrarna att enas.⁴² Rätten får även uppdra

³⁶ FB 6:5, detsamma gäller barnets boende och umgänge, se FB 6:14 a 1 st. och 6:15 a 1 st. Rätten kan även ex officio, i mål om vårdnad eller äktenskapsskillnad, besluta om ändring i vårdnaden om det framkommer att en förälder gör sig skyldig till missbruk, försummelse eller i övrigt brister i omsorgen om barnet på ett sätt som medför fara. I sådant fall har socialnämnden talerätt, FB 6:7.

³⁷ Ryrstedt, *Tvistlösning mellan separerade föräldrar – för barnets bästa*, s. 403 och 413. Rätten kan dock få hjälp av socialnämnden i form av upplysningar eller en vårdnadsutredning, se nedan.

³⁸ FB 6:5. Den 1 oktober 1998 blev det möjligt för domstol att besluta om gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja, se prop. 1997/98:7 och SOU 1995:79, *Vårdnad, boende och umgänge*. Redan då framfördes kritik mot att lagstiftaren inte införde bestämmelser om hur en tvist mellan föräldrar i en sakfråga skall lösas samt bestämmelser om den gemensamma vårdnadens omfattning, se t.ex. Ryrstedt Eva, *Gemensam vårdnad inte alltid det bästa för barn*, JT 2000-01, s. 423-429, Schiratzki Johanna, *Vad betyder det att ha gemensam vårdnad?*, JT 1998-99, s. 1049-1055 och Sjösten Mats, *Vårdnad, boende och umgänge, Några aktuella frågor i anslutning till 6 kap. föräldrabalken*, JT 1999-00, s. 337-355. Genom reformen blev det dock möjligt för domstol att vid gemensam vårdnad besluta om barnets boende och umgänge, se FB 6:14 a och 6:15-15 a.

³⁹ Ryrstedt, *Tvistlösning mellan separerade föräldrar – för barnets bästa*, s. 398 ff.

⁴⁰ Prop. 2005/06:99, *Nya vårdnadsregler*, s. 50 f. och prop. 1997/98:7, s. 49 ff.

⁴¹ RB 42:6 och 42:17.

⁴² FB 6:18 2 st.

åt en medlare att försöka få föräldrarna att nå en samförståndslösning som är förenlig med barnets bästa.⁴³

För tiden till dess att vårdnadsfrågan slutligt avgjorts får rätten interimistiskt besluta om vårdanden. Det interimistiska beslutet skall fattas med utgångspunkt i barnets bästa och rätten har möjlighet att inhämta upplysningar från socialnämnden, s.k. snabbupplysningar.⁴⁴

Det är rätten som ansvarar för att målet blir tillbörligt utrett och innan målet avgörs skall socialnämnden ges tillfälle att lämna upplysningar. Socialnämnden är skyldig att lämna sådan information som kan vara av betydelse. Om rätten anser att ytterligare utredning behövs får den besluta om att socialnämnden eller något annat organ skall göra en vårdnadsutredning.⁴⁵ En sådan kan bl.a. innehålla en bedömning av barnets känslomässiga anknytning till respektive förälder, om barnet riskerar att fara illa samt föräldrarnas förmåga att hålla barnet utanför sina egna konflikter. Utredningen har till syfte att ge rätten underlag för beslut om en lösning som är till barnets bästa.⁴⁶

Vid prövningen av om vårdnaden skall vara gemensam eller ensam skall barnets bästa vara avgörande.⁴⁷ Det finns ingen klar definition av vad som är barnets bästa. Vad som är bäst för ett barn är inte alltid det bästa för ett annat. I förarbetena anges att bedömningen av vad som är barnets bästa därför alltid måste göras individuellt inför varje beslut och bygga på kunskap och beprövad erfarenhet. Vid bedömningen måste hänsyn tas till allt som rör barnets fysiska och psykiska välbefinnande och utveckling. Så långt det är möjligt skall därvid såväl långsiktiga som kortsiktiga effekter för barnet beaktas.⁴⁸ I FB slås dock uttryckligen fast att barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna skall ges en särskilt framträdande plats i bedömningen av vad som är bäst för barnet. Likaså skall risken för att barnet eller någon annan i familjen utsätts för övergrepp, olovligen förs bort, hålls kvar eller annars far illa särskilt beaktas.⁴⁹ Rätten måste även beakta barnets behov av stabilitet och kontinuitet.⁵⁰

I vårdnadsprövningen måste rätten också ta hänsyn till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad.⁵¹ Att det av lagen framgår att hänsyn skall tas till barnets vilja är avsett att markera att detta är en särskilt

⁴³ FB 6:18 a, infördes i juli år 2006.

⁴⁴ FB 6:20 och Schiratzki, *Barnrättens grunder*, s. 106. Om det är lämpligt skall socialnämnden höra föräldrarna och barnet innan upplysningarna lämnas.

⁴⁵ FB 6:19.

⁴⁶ Prop. 1997/98:7, s. 91 och Schiratzki, *Barnrättens grunder*, s. 105.

⁴⁷ FB 6:2 a 1 st. Se även Barnkonventionen artikel 3.

⁴⁸ SOU 2005:43, *Vårdnad-boende-umgänge. Barnets bästa, föräldrars ansvar*, s. 104.

⁴⁹ FB 6:2 a 2 st.

⁵⁰ Den så kallade kontinuitetsprincipen, som innebär att man bör undvika att flytta ett barn från dess invanda miljö, se t.ex. prop. 1990/91:8, *Om vårdnad och umgänge*, s. 61, SOU 2005:43, s. 168 och Sjösten Mats, *Vårdnad, boende och umgänge*, Stockholm 2003, s. 62.

⁵¹ FB 6:2 a 3 st.

betydelsefull omständighet att beakta.⁵² Barnet skall ges möjlighet att få komma till tals och uttrycka en åsikt om det vill. Den som gör en utredning i mål om vårdnad skall, om det inte är olämpligt, försöka klarlägga barnets inställning och redovisa den för domstolen.⁵³ Rätten kan även besluta att barnet får höras i rätten. Det krävs att särskilda skäl talar för det och att det är uppenbart att barnet inte kan ta skada av att höras.⁵⁴ I nuläget har barn inte talerätt och är inte heller processbehöriga i mål om vårdnad.⁵⁵ För närvarande finns det inte heller några regler som ger barn rätt till information eller ett eget biträde i sådana mål. Detta har vid ett flertal tillfällen utretts och kritiserats men inget förslag har realiserats.⁵⁶

Ytterligare en omständighet som rätten särskilt måste beakta vid bedömningen av om vårdnaden skall vara gemensam eller ensam är föräldrarnas förmåga att samarbeta i frågor som rör barnet. Gemensam vårdnad förutsätter normalt att föräldrarna har ett någorlunda konfliktfritt samarbete. Det betyder inte att de alltid måste ha samma åsikter men de måste kunna hantera sina skilda uppfattningar utan att barnet kommer i kläm. Gemensam vårdnad skall dock inte användas som ett medel för att "tvinga" de föräldrar som saknar vilja och förmåga att sätta barnets bästa framför den egna konflikten att samarbeta. I förarbetena konstateras att det är till nackdel för barnet om en förälder genomgående och för att obstruera motsätter sig den andra förälderns initiativ.⁵⁷

Mot bakgrund av denna betoning av föräldrarnas samarbetsförmåga är det oklart vilket prejudikatvärde NJA 1999 s. 451 har eftersom det tillkom före 2006 års lagändring. I målet hävdade modern att det förelåg en allvarlig konflikt mellan föräldrarna då fadern behandlade henne nedlåtande och då de hade olika syn på hur deras tre barn skulle uppfostras. Enligt HD var detta inte skäl mot att besluta om gemensam vårdnad. HD konstaterade att det endast skall beslutas om ensam vårdnad om båda föräldrarna motsätter sig gemensam vårdnad eller om det föreligger särskilda omständigheter som talat mot gemensam vårdnad. I NJA 2000 s. 345 som också kom före lagändringen, anförde HD att en sådan särskild omständighet är att en förälder är olämplig som vårdnadshavare, t.ex. därför att föräldern gjort sig skyldig till våld mot barnet eller den andra föräldern. Det kan även, enligt HD, vara att det finns en konflikt mellan föräldrarna som är så svår och djup att det är omöjligt för dem att samarbeta i frågor som rör barnet. Att fadern i

⁵² Prop. 2005/06:99, s. 45.

⁵³ FB 6:19 4 st., prop. 2005/06:99, s. 46 och SOU 2005:43, s. 30 och 212. Det är inte ovanligt att samtal förs med barn från 6 års ålder. Se även Barnkonventionen artikel 12.

⁵⁴ FB 6:19 6 st. Se även prop. 1981/82:168, *Om vårdnad och umgänge m.m.*, s. 57 och 78. Barn under 12 år torde sällan vara så mogna att de bör medverka i rättegången.

⁵⁵ Se t.ex. FB 6:5 3 st. och prop. 1994/95:224, *Barns rätt att komma till tals*, s. 15.

⁵⁶ Se t.ex. prop. 1994/95:224, s. 24.

⁵⁷ FB 6:5 2 st., infördes i juli år 2006. Syftet med ändringen var att strama upp användandet av gemensam vårdnad mot en förälders vilja då det enligt vårdnadskommittén fanns en tendens hos domstolarna att döma till gemensam vårdnad även när det kunde förutses att föräldrarna inte skulle kunna samarbeta, prop. 2005/06:99, s. 49 ff. och 87 och SOU 2005:43, s. 26 f. Se även prop. 1997/98:7, s. 49 ff. och Schiratzki Johanna, *Nya regler om vårdnad m.m.*, Ny juridik 2006, s. 53-63.

målet ett och ett halvt år tidigare misshandlat modern i en upprörd situation i samband med ett umgängestillfälle ansågs dock inte göra honom olämplig som vårdnadshavare. I stället menade HD att misshandeln, som karaktäriserades som en enstaka överilad handling, var ett exempel på föräldrarnas ständiga samarbetsproblem. Relationen ansågs inte kunna bli förbättrad inom den närmast överblickbara tiden, vilket medförde att HD fann att konflikten mellan föräldrarna var så svår och djup att det var omöjligt för dem att samarbeta. Modern tillerkändes ensam vårdnad.⁵⁸ I propositionen till nuvarande lagstiftning framhålls dock att gemensam vårdnad kan vara oförenlig med barnets bästa även om konflikten mellan föräldrarna inte kan sägas vara så svår och djup att det är omöjligt för dem att samarbeta. Lagstiftaren har velat åstadkomma en uppstramning av den rättspraxis som kommit till uttryck i ovannämnda rättsfall.⁵⁹ HD har i NJA 2007 s. 382 som tillkom efter lagändringen, uttalat att gemensam vårdnad får anses förutsätta att det finns en realistisk möjlighet för föräldrarna att gemensamt och inom rimlig tid lösa de frågor som rör barnet utan att regelmässigt behöva hjälp utifrån och utan att det ständigt uppstår konflikter som drabbar barnet. Enligt HD bör en konflikt mellan föräldrarna dock inte utesluta gemensam vårdnad om motsättningarna kan antas vara av övergående natur och därför inte bedöms hindra ett fungerande samarbete på längre sikt. I målet beslutade HD om ensam vårdnad för modern med hänvisning till föräldrarnas upprepade oförmåga att lösa frågor om barnets vårdnad, boende och umgänge. Ingen av föräldrarna ansågs olämpliga som vårdnadshavare men det hade alltför länge pågått rättsliga processer av varierade art och omfattning. HD använder själva domstolsprocesserna som ett bevis på samarbetsproblem mellan föräldrarna.⁶⁰

5.3 Sammanfattande kommentarer

Det finns två vårdnadsformer i svensk rätt, gemensam samt ensam vårdnad och som vi sett är gemensam vårdnad vanligast förekommande. De allra flesta föräldrar klarar själva av att lösa frågor kring vårdnad, boende och umgänge men för de som inte förmår att komma överens finns det möjlighet att vända sig till domstol för beslut i de olika frågorna. Det är de allmänna domstolarna som avgör familjerättsliga tvister vilket innebär att det i domstol inte finns någon särskild kompetens för denna typ av mål.

⁵⁸ Se även prop. 1997/98:7, s. 49 f. och NJA 2000 s. 26. Avgörandena diskuteras i Ryrstedt, *Gemensam vårdnad inte alltid det bästa för barn*, s. 423 ff. och i Schiratzki, *Nya regler om vårdnad m.m.*, s. 55 f.

⁵⁹ Prop. 2005/06:99, s. 51 och 87.

⁶⁰ Se även HovR:s domskäl där man bl.a. konstaterar att föräldrarna haft svårt att enas om viktiga frågor i barnets liv som t.ex. ansökan om daghemsplats. Se dock RH 2007:42 där oenighet mellan föräldrarna om var barnet skulle gå i skola inte har ansetts utgöra skäl för att upplösa den gemensamma vårdnaden samt Ryrstedt Eva, *Konsensus - förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar?*, Lund 2002, s. 16. Ryrstedt menar att oenighet i en enskild fråga inte torde utgöra grund för ett domstolsbeslut om ensam vårdnad. Detta uttalande gjordes dock innan 2006 års lagändring.

1998 infördes möjligheten för domstol att besluta om gemensam vårdnad mot en förälders vilja. Det infördes emellertid inga regler om hur en tvist i en sakfråga mellan föräldrar skall lösas och inte heller några regler som klargör den gemensamma vårdnadens omfattning. Som vi kommer att se i nästa kapitel innebär detta att trots att föräldrarna kan ha svårt att samarbeta måste de på egen hand komma överens på de flesta områden. Med syftet att strama upp användandet av gemensam vårdnad mot en förälders vilja ändrades lagen år 2006. Ändringen innebär bl.a. att vid bedömningen av om vårdnaden skall vara gemensam eller ensam skall rätten särskilt beakta föräldrarnas förmåga att samarbeta i frågor som rör barnet. I vilken omfattning en uppstramning kommer att ske blir främst beroende av vilka krav som ställs på föräldrarnas samarbete. I förarbetena preciseras det dock inte närmare hur stora och vilka typer av samarbetsproblem som kan accepteras. Våld och övergrepp pekats ut som särskilt allvarligt, men det saknas en beskrivning av vilken typ av sakfrågor som kan grunda ensam vårdnad om föräldrarna inte kan komma överens. Visserligen medför det flexibilitet för domstolen men det kan bli svårt att på förhand avgöra när föräldrars oenighet innebär att det bästa för barnet är att ha en ensam vårdnadshavare. I RH 2007:42 ansåg HovR emellertid att föräldrarnas oenighet om var barnet skulle gå i skola inte var skäl nog för att upplösa den gemensamma vårdnaden. I NJA 2007 s. 382 ställs samarbetsfrågan på sin spets efter den nya lagändringen. HD, som är kortfattad, framhåller bl.a. att en konflikt mellan föräldrarna inte utesluter gemensam vårdnad om motsättningarna kan antas vara av övergående natur. I målet var föräldrarna dock oense om mer än en sak av viktigare betydelse för barnet och det går därför inte med säkerhet att säga att rätten skulle upplösa den gemensamma vårdnaden till följd av vårdnadshavarnas oenighet i en enda fråga, särskilt om denna fråga inte är av sådan art att det för barnets skull är nödvändigt att ett beslut fattas.

Lagändringen innebär således att domstolarna skall vara mer restriktiva med att besluta om gemensam vårdnad när en förälder motsätter sig det. Det kan få till följd att en förälder som vill ha ensam vårdnad inte kommer att lägga ner tid på att försöka få till stånd en fungerande relation med den andra föräldern eftersom ett dåligt samarbete kan ge ensam vårdnad. Dessutom finns det alltid en risk att en förälder överdriver bristerna i samarbetet i syfte att nå ensam vårdnad. Samtidigt måste man tänka på att i de fall där föräldrarna har verkliga samarbetsproblem färgas det omvårdnaden av barnet. Till syvende och sist handlar det om att göra en individuell bedömning av barnets bästa genom att väga barnets möjlighet till en vardag med båda föräldrarna mot risken att föräldrarnas oförmåga att samarbeta går ut över barnet. Det är dock viktigt att uppmärksamma att gemensam vårdnad inte nödvändigtvis innebär att båda föräldrarna är delaktiga i barnets vardag.

6 Gemensam vårdnad

Som framkommit ovan är gemensam vårdnad den vanligaste förekommande formen av vårdnad. Följande kapitel syftar till att klargöra innebörden av gemensam vårdnad samt att besvara frågan, om gemensam vårdnad innebär att alla beslut som rör barnet måste fattas i samförstånd mellan vårdnadshavarna samt frågan om vad som händer när vårdnadshavarna inte kan enas. Kapitlet inleds med ett avsnitt som redogör för de stora, övergripande dragen om rättigheter och skyldigheter till följd av gemensam vårdnad. Sedan följer en utförlig och mer detaljerad redogörelse av bestämmelserna vid gemensam vårdnad, konsekvenserna av föräldrars oförmåga att samarbeta samt barns självbestämmanderätt. Avslutningsvis ges sammanfattande kommentarer.

6.1 Rättigheter och skyldigheter till följd av gemensam vårdnad

Bestämmelserna i 6 kapitlet FB om vårdnad, boende och umgänge anger de övergripande reglerna om föräldrars inbördes samarbete samt deras rättigheter och skyldigheter i förhållande till sina barn. Reglerna har under de senaste decennierna ändrats vid ett flertal tillfällen i syfte att betona vikten av att tillgodose barns behov. Lagstiftningen kan sägas ha blivit alltmer barncentrerad med tiden. Det anges t.ex. i förarbetena att det avgörande för att barn får växa upp under trygga och goda förhållanden är att föräldrar handlar i en anda av omtanke om barnen och låter deras behov gå före sina egna intressen.⁶¹ FB bygger på uppfattningen att barn har behov av nära och god kontakt med sina föräldrar samt att det är viktigt att båda föräldrarna är delaktiga i barnets förhållanden och tar ansvar för barnet.⁶²

Att vara vårdnadshavare innebär att man har rätt och skyldighet att bestämma i frågor som rör barnets personliga angelägenheter samt att man har ett ansvar för att barnet får omvårdnad, trygghet och en god fostran. Barn skall behandlas med aktning för sin person och får inte utsättas för kroppslig bestraffning eller någon annan kränkande behandling. Vidare skall vårdnadshavarna bevaka att barnet får tillfredställande försörjning och utbildning.⁶³ Detta kan betecknas som den *legala vårdnaden*. Den legala vårdnaden är att skilja från den *faktiska vårdnaden* som betecknar den faktiska dagliga omvårdnaden av barnet. Den som har hand om barnet,

⁶¹ Prop. 1981/82:168, s. 18 f., Ewerlöf m.fl., *Barnets Bästa. Om föräldrars och samhällets ansvar*, s. 31 och Schiratzki Johanna, *Vårdnad och vårdnadstvist*, Stockholm 1997, s. 62.

⁶² Prop. 2005/06:99, s. 50. Se även Barnkonventionen artikel 18.

⁶³ FB 6:1, 6:2 2 st. och 6:11. Se också Barnkonventionen artikel 18. Misshandel är straffbart enligt BrB 3 kap., däremot saknar FB 6:1 en självständig sanktion. Vårdnaden om ett barn består till dess barnet fyller 18 år eller dessförinnan ingår äktenskap, se FB 6:2 1 st. 2 men.

huvudsakligen boendeföräldern, utövar sålunda den faktiska vårdnaden.⁶⁴ När vårdnaden är gemensam skall vårdnadshavarna utöva sina rättigheter och skyldigheter tillsammans oavsett om den faktiska vårdnaden är gemensam.⁶⁵ Oberoende av om föräldrarna lever tillsammans eller inte, är således grundprincipen att gemensam vårdnad kräver gemensamma beslut.⁶⁶

Bland vårdnadshavarnas skyldigheter ingår att se till att barnet får den tillsyn som behövs med hänsyn till barnets ålder och utveckling samt omständigheterna i övrigt. Ett litet barn behöver i princip ständig passning medan ett äldre barn i större utsträckning kan tillåtas göra saker på egen hand. Den omedelbara tillsynen av barnet kan utövas av någon annan än av vårdnadshavarna personligen, utan att detta påverkar deras bestämmanderätt, men det befriar inte dem från tillsynsansvaret. I tillsynsskyldigheten ligger att skydda barnet från att komma till skada och att se till att barnet inte orsakar skada för någon annan. Om vårdnadshavarna försummar detta ansvar och barnet förorsakar skada, kan det medföra skadeståndsskyldighet och i vissa fall straffansvar.⁶⁷

Medan vårdnadshavarna företräder barnet i personliga angelägenheter är det barnets förmyndare som företräder det i dess ekonomiska angelägenheter.⁶⁸ Den som är vårdnadshavare är emellertid i allmänhet också barnets förmyndare. När föräldrarna har gemensam vårdnad är sålunda båda tillsammans förmyndare för sina barn och skall utöva förvaltningen av barnets tillgångar gemensamt. Den som är underårig får dock inte vara förmyndare. Till skillnad från vårdnaden består alltså förmynderskapet om ett barn ingår äktenskap.⁶⁹ Förmyndarna skall förvalta barnets tillgångar, bortsett från de tillgångar som barnet själv råder över, och företräda barnet i angelägenheter som rör dessa. Föräldrarna har stor frihet att bestämma över hur tillgångarna skall förvaltas. Det är de som bestämmer hur dessa skall användas eller placeras. Kan de inte enas om förvaltningen gäller överförmyndarens mening. Om tillgångarna överstiger åtta prisbasbelopp skall överförmyndaren kontrollera föräldraförvaltningen. Skulle en av föräldrarna till följd av frånvaro, sjukdom eller annan orsak vara förhindrad att delta i ett beslut om förvaltningen, som inte utan olägenhet kan skjutas upp, bestämmer den andra föräldern ensam. Detta gäller dock inte beslut av ingripande betydelse om inte barnets bästa uppenbarligen kräver det.⁷⁰

⁶⁴ Schiratzki, *Vårdnad och vårdnadstvister*, s. 193, Ryrstedt, *Konsensus - förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar?*, s. 13 f. och Saldeen, *Barn- och föräldrarätt*, s. 145.

⁶⁵ FB 6:13 1 st. och Ryrstedt, *Konsensus - förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar?*, s. 14.

⁶⁶ Wickström Anita, *Utövande av gemensam vårdnad*, JT 2002-03, s. 329.

⁶⁷ FB 6:2 2 st., BrB 23:6, prop. 1981/81:168, s.23, Schiratzki, *Barnrättens grunder*, s. 92, Saldeen, *Barn- och föräldrarätt*, s. 148 och Sjösten, *Vårdnad, boende och umgänge*, s. 134 ff.

⁶⁸ Schiratzki argumenterar för att uppdelningen av föräldraansvaret i en vårdnads- och en förmyndardel skall tas bort, se *Vårdnad och vårdnadstvister*, s. 341.

⁶⁹ FB 10:2, 10:1 och 12:1 1 st. Se även FB 10:8 om medförmyndare.

⁷⁰ FB 12:1, 12:12 och 13:1-3, överförmyndarkontroll kan även behövas i andra fall, se FB 13:9.

6.1.1 Bestämmanderätten vid gemensam vårdnad

När barnet står under vårdnad av två vårdnadshavare har dessa alltså tillsammans rätt och skyldighet att bestämma i frågor som rör barnets personliga angelägenheter. Som nämnts ovan innebär detta i princip att det krävs gemensamma beslut när föräldrar har gemensam vårdnad. Gemensam vårdnad förutsätter därmed ett långtgående samarbete mellan vårdnadshavarna.⁷¹ Domstol kan endast avgöra tvister om vårdnadens utövande som rör barnets boende och umgänge.⁷² Då lagstiftarens vision är att vårdnadshavarna skall komma överens om vårdnadens utövande är detta endast delvis reglerat i lag.⁷³

I detta sammanhang är det viktigt att uppmärksamma att föräldrar inte alltid har förmågan att sätta barnets intressen framför sina egna. Naturligtvis är det en allmän utgångspunkt att föräldrar vill sitt barns bästa men det hindrar inte att föräldrars egna intressen ibland tar över. Vid många myndighetsbeslut är barnets bästa ledstjärna men detta är inte ett absolut krav för de beslut som barnets föräldrar fattar. Då föräldrar som inte lever ihop oftast har olika mål, kommer det med nödvändighet att påverka de beslut om barnet som skall fattas. Dessutom kan föräldrar vilja hämnas på varandra eller utöva makt över den andra, vilket givetvis också kommer att påverka dem i sina beslut.⁷⁴

För att gemensam vårdnad skall fungera i praktiken är tanken inte att alla beslut måste fattas tillsammans av vårdnadshavarna. Vardagliga beslut som hör till barnets *dagliga omsorg* måste kunna fattas på egen hand av den förälder som för tillfället har barnet hos sig. Termen daglig omsorg nämns inte i lagtexten men är en term som används i förarbetena och i litteraturen. Som exempel på vad som räknas till daglig omsorg anges i förarbetena barnets mat, kläder, sovtider samt hur barnet skall spendera sin fritid. Det är endast beslut av mer ingripande karaktär som kräver samråd.⁷⁵ Uppräkningen är dock endast exemplifierande och det är inte alltid lätt att avgöra vilka beslut som är att hänföra till den dagliga omsorgen.⁷⁶ Frågan om vad som kan hänföras till den dagliga omsorgen diskuterades i samband med 1998 års vårdnadsreform. Socialstyrelsen menade att farofyllda fritidsaktiviteter och längre ferievistelser inte ingår i den dagliga omsorgen. Regeringen slutsats blev att det inte borde komma i fråga att i lag precisera

⁷¹ FB 6:11 och 6:13 1 st. och Wickström, *Utövande av gemensam vårdnad*, s. 329.

⁷² FB 6:14 a och 6:15 a, se nedan. Domstolen kan även besluta om barnets underhåll, FB 7:2 2 st.

⁷³ Schiratzki, *Barnrättens grunder*, s. 93.

⁷⁴ Ryrstedt Eva, *Kravet på konsensus – till barnets bästa?*, SvJT 2003, s. 340.

⁷⁵ Prop. 1975/76:170, *Om ändring i föräldrabalken m.m.*, s. 144 och 178, prop. 1997/98:7, s. 54 och SOU 1995:79, s. 87 f.

⁷⁶ Se Wickström, *Utövande av gemensam vårdnad*, s. 335 ff. Se även Ryrstedt, *Konsensus - förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar?*, s. 14.

vad som hör till den dagliga omsorgen då en sådan bestämmelse lika ofta torde komma att skapa eller förstärka tvister som att lösa dem.⁷⁷

Bortsett från beslut som rör den dagliga omsorgen får den ena vårdnadshavaren ensam utöva bestämmanderätt endast om den andra vårdnadshavaren till följd av frånvaro, sjukdom, eller annan orsak är förhindrad att ta del i beslutet och detta inte kan skjutas upp utan olägenhet.⁷⁸ En förälder anses inte förhindrad att delta i ett beslut om dennes mening kan inhämtas utan oskäligen tidsutdräkt som kan medföra verklig olägenhet för barnet. Då det kan vara svårt att avgöra vilka beslut som är att hänföra till den dagliga omsorgen blir det även svårt att veta vilka beslut som räknas till denna kategori.⁷⁹ Beslut som är ingripande för barnets framtid får dock inte fattas av en vårdnadshavare ensam om inte barnets bästa uppenbarligen kräver det.⁸⁰ Till sådana ingripande beslut räknas bl.a. val eller byte av skola och bostadsort. När det gäller barnomsorg är det oklart om val eller byte av sådan är att hänföra till ingripande beslut eller till daglig omsorg.⁸¹

I doktrinen har det flera gånger framförts kritik mot att den gemensamma vårdnadens innebörd inte närmare definierats i lag.⁸²

6.1.1.1 Konsekvenser av vårdnadshavares oförmåga att samarbeta

En ordning med gemensam vårdnad för föräldrar som kanske inte ens är eniga om att ha gemensam vårdnad leder lätt till konflikter. Visserligen är det alltid bäst för barnet om föräldrarna kan komma överens och har ett fungerande samarbete men bara för att de tillerkänns gemensam vårdnad innebär inte det att deras samarbetsförmåga ökar.⁸³ Eftersom gemensam vårdnad bygger på att föräldrarna skall komma överens i frågor som rör barnet blir de beslut som slutligen fattas resultatet av en förhandling mellan dem. För de föräldrar som inte kan enas är möjligheterna att få hjälp att lösa meningsskiljaktigheterna mycket begränsade. Någon möjlighet att få

⁷⁷ Prop. 1997/98:7, s. 54 ff.

⁷⁸ FB 6:13 2 st. 1 men.

⁷⁹ Wickström, *Utövande av gemensam vårdnad*, s. 330 och Walin Gösta, *Föräldrabalken och internationell föräldrarätt*, Stockholm 1996, s. 209.

⁸⁰ FB 6:13 2 st. 2 men.

⁸¹ Prop. 1975/76:170, s. 178 och SOU 2007:52, s. 33. Det bör uppmärksammas att det finns olika uppfattningar i litteraturen. Ryrstedt menar att val eller byte av skola, barnomsorg och bostadsort är beslut som är att hänföra till ingripande beslut, se *Konsensus - förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar?*, s. 14. Wickström menar att rättsläget är oklart vad gäller barnomsorgen medan beslut om skolgång och bosättning alltid torde kräva enighet, se *Utövande av gemensam vårdnad*, s. 331 ff. Schiratzki anser att beslut om skolgång och bosättning är områden där oklarhet råder, se *Vad betyder det att ha gemensam vårdnad?*, s. 1051 f. Sjösten menar att frågor om skolgång och bosättning alltid kräver enighet men att barnomsorg är att hänföra till den dagliga omsorgen om den inte har särskild religiös inriktning, se *Vårdnad, boende och umgänge*, s. 130 ff.

⁸² Se t.ex. Schiratzki, *Vad betyder det att ha gemensam vårdnad?*, s. 1054 f. och Sjösten, *Vårdnad, boende och umgänge, Några aktuella frågor i anslutning till 6 kap. föräldrabalken*, s. 351.

⁸³ Ryrstedt, *Kravet på konsensus – till barnets bästa?*, s. 341 f.

tvistefrågor om vårdnadens utövande lösta med hjälp av en myndighet finns inte. Socialnämnden kan dock erbjuda viss hjälp inom ramen för samarbetsamtal. Om föräldrarna inte kan komma till ett gemensamt beslut kan ett giltigt ställningstagande i barnets angelägenheter inte komma till stånd eftersom status quo i sådant fall skall behållas. Någon förändring av barnets situation får inte äga rum vilket kan skapa problem som i slutändan går ut över barnet.⁸⁴ Problematiken drabbar främst boendeföräldern som har hand om den faktiska vårdnaden. Som vi kommer att se nedan kan detta innebära att dennes möjlighet till karriär och löneutveckling kommer att påverkas negativt. I detta sammanhang är det viktigt att hänvisa till kapitel 2 ovan, där det framgår att det oftast är barnets moder som är boendeförälder, vilket alltså betyder att kvinnor i större utsträckning än män riskerar att hamna i denna låsta situation.⁸⁵ I doktrinen påpekas att lagstiftaren har en alltför stark tilltro till föräldrars samarbetsförmåga och avsaknaden av en tvistlösningsmodell har länge kritiserats. Det föreslås att regleringen i stället borde anpassas efter människors tillkortakommanden och brister då en sådan lagstiftning i högre grad torde tjäna barnets bästa. Som det är nu gäller konsensus mellan föräldrarna oavsett om den ena föräldern över huvud taget har någon kontakt med barnet eller endast har sporadisk kontakt.⁸⁶ I praktiken kan boendeföräldern emellertid få en ganska stark ställning när det gäller att driva igenom sin vilja i viktigare beslut eftersom kontinuitetsprincipen ges stor vikt i mål om vårdnad.⁸⁷

Föräldrars oenighet kan sålunda försvåra barnets rätt till utbildning. Då det råder skolplikt i Sverige kan deras oenighet dock inte få till följd att barnet inte blir skolplacerat. Kan föräldrarna inte komma överens om en skola blir barnet placerat i den skola inom vars naturliga upptagningsområde det bor. Däremot får oenighet betydelse vid ett eventuellt skolbyte eftersom skolan alltid måste informera sig om båda vårdnadshavarnas inställning vid byte av skola.⁸⁸

När det gäller barnets boende får den vårdnadshavare som barnet bor tillsammans med inte ensam bestämma sig för att flytta med barnet. Detta torde gälla oavsett om det finns ett av socialnämnden godkänt avtal eller ett domstolsavgörande som anger att barnet skall bo tillsammans med den förälder som har för avsikt att flytta. En boendeförälder som får arbete eller kommer in på en utbildning på annan ort kan följaktligen vara förhindrad att

⁸⁴ Ewerlöf m.fl., *Barnets Bästa. Om föräldrars och samhällets ansvar*, s. 53 och Ryrstedt, *Konsensus - förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar?*, s. 16. Jämför dock FB 12:12 beträffande förmynderskap.

⁸⁵ För mer om genusperspektivet se t.ex. Ryrstedt, *Kravet på konsensus – till barnets bästa?*, s. 344 och *Konsensus – förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar?*, s. 70.

⁸⁶ Se t.ex. Ryrstedt, *Konsensus - förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar?*, s. 13 ff., 70 och 73 och *Kravet på konsensus – till barnets bästa?*, s. 342 ff. Se även Wickström, *Utövande av gemensam vårdnad*, s. 346 f. och Schiratzki, *Vad betyder det att ha gemensam vårdnad?*, s. 1055.

⁸⁷ Wickström, *Utövande av gemensam vårdnad*, s. 345.

⁸⁸ Prop. 1975/76:170, s. 178, Wickström, *Utövande av gemensam vårdnad*, s. 339 f., Sjöström, *Vårdnad, boende och umgänge*, s. 131 och Schiratzki, *Barnrättens grunder*, s. 95. Se även JO 020412 dnr 372-2001 och JO 040130 dnr 3180-2002.

ta med sig barnet, vilket i längden kan påverka dennes möjlighet till karriär och löneutveckling.⁸⁹ Det kan också vara så att boendeföräldern och dess familj t.ex. behöver en större bostad eller att bostaden är för dyr. Om den andra vårdnadshavaren inte ger sitt samtycke till flytten så skall boendeföräldern låta förhållandena kvarstå som tidigare.⁹⁰ Som påpekats i doktrinen torde det dock ligga i barnets bästa att boendeföräldern ges möjlighet till en karriär som innebär en större personlig utveckling, en högre inkomst och bättre levnadsvillkor.⁹¹

Vidare finns det skäl att närmare belysa barnets möjlighet till hälso- och sjukvård. Barnets vårdnadshavare skall samtycka till att barnet får hälso- och sjukvård. Är beslutet av avgörande betydelse för barnets framtid får inte endast en av vårdnadshavarna bestämma oavsett om den andra vårdnadshavaren fått förhinder. Om barnets bästa uppenbarligen kräver det, t.ex. vid barnets behov av akut eller livsviktig sjukvård, kan emellertid den andra vårdnadshavarens samtycke underlåtas att hämtas. Även den allmänna nödregeln kan i vissa fall användas för att underlåta att inhämta vårdnadshavarnas samtycke.⁹² I regel torde dock företrädare för hälso- och sjukvård kunna utgå ifrån att den förälder som de har att göra med handlar i samförstånd med den andra föräldern, särskilt då det inte rör sig om beslut som är av ingripande beslut för barnets framtid. Finns det någon särskild anledning att anta att det föreligger meningsskiljaktigheter mellan föräldrarna måste detta dock närmare undersökas.⁹³ Då det är fråga om åtgärder av ingripande betydelse, men inte en nödsituation, bör emellertid alltid båda vårdnadshavarnas inställning inhämtas. Inom barn- och ungdomspsykiatri är det praxis att båda vårdnadshavarnas tillstånd skall inhämtas. Frågan om psykiatrisk vård anses vara av ingripande betydelse för barns framtid men ofta inte en akut situation, vilket gör att båda vårdnadshavarnas samtycke skall hämtas.⁹⁴ Barns möjligheter att få sjukvård och psykiatrisk behandling kan således vara inskränkta till följd av att den ena vårdnadshavaren motsätter sig detta.⁹⁵

⁸⁹ Prop. 1975/76:170, s. 178, SOU 2005:43, s. 126 f., Wickström, *Utövande av gemensam vårdnad*, s. 331 ff. och Ryrstedt, *Konsensus - förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar?*, s. 70 och *Tvistlösning mellan separerade föräldrar – för barnets bästa*, s. 404. Se dock Schiratzki som menar att oklarhet råder på detta område, *Vad betyder det att ha gemensam vårdnad?*, s. 1051 f. och *Barnrättens grunder*, s. 96.

⁹⁰ Ryrstedt, *Konsensus - förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar?*, s. 16. Det bör nämnas att en ensam vårdnadshavare kan ha rätt att flytta med barnet både inom och utom riket, se t.ex. SOU 1995:79, s. 102.

⁹¹ Ryrstedt, *Kravet på konsensus – till barnets bästa?*, s. 343.

⁹² Rynning Elisabeth, *Samtycke till medicinsk vård och behandling. En rättsvetenskaplig studie*, Uppsala 1994, s. 290 ff. Se även Schiratzki, *Vårdnad och vårdnadstvist*, s. 186 ff. och SOU 2007:52, s. 71 ff. Jämför Barnkonventionen artikel 24 och 39.

⁹³ Prop. 1975/76:170, s. 178, Wickström, *Utövande av gemensam vårdnad*, s. 341 f. och Rynning, *Samtycke till medicinsk vård och behandling*, s. 291 f. Detta gäller även generellt för tredje man.

⁹⁴ SOU 2007:52, s. 72 ff. och Rynning, *Samtycke till medicinsk vård och behandling*, s. 292. Se även 2003/04:JO dnr 3743-2001, s. 311 ff.

⁹⁵ Prop. 2005/06:99, s. 52 och Schiratzki, *Barnrättens grunder*, s. 96. Se också avsnitt 6.2 om barns med- och självbestämmanderätt. På liknande sätt kan föräldrars oenighet ställa till problem vid insatser från socialtjänsten, se SOU 2001:72, *Barnmisshandel. Att förebygga och åtgärda. Slutbetänkande av Kommittén mot barnmisshandel*, s. 269 f.

Då föräldrarnas oenighet medför en påtaglig risk för att barnets hälsa och utveckling skadas, vilket kan vara fallet om barnet t.ex. inte får barnpsykiatrisk behandling, kan det ytterst bli aktuellt för socialnämnden att ansöka om vård enligt lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga eller väcka talan om ändring i vårdnaden. Sådana ingripande torde emellertid endast användas i undantagsfall och då ingen av föräldrarna begär ensam vårdnad.⁹⁶

På en del områden kan undantag göras från principen att viktigare beslut rörande barnet kräver båda föräldrarnas samtycke. Som exempel kan nämnas att pass i undantagsfall kan utfärdas utan båda vårdnadshavarnas tillstånd. Detta är dock inte vanligt eftersom det krävs att barnet befinner sig i en situation där det finns risk att dess hälsa och utveckling skadas eller att det annars finns särskilda skäl. En av vårdnadshavarna kan även ensam återkalla passet.⁹⁷ Vidare krävs båda vårdnadshavarnas samtycke vid ändring av barnets folkbokföring. Ytterst avgörs dock frågan av myndighet med utgångspunkt i barnets faktiska boende.⁹⁸ Ytterligare ett exempel är att vårdnadshavarna tillsammans skall anmäla barnets efternamn till Skatteverket. Görs ingen anmälan vid barnets födelse förvärvar barnet emellertid moderns efternamn.⁹⁹

Någon rättslig påföljd drabbar inte den som vårdnadshavare som driver igenom sin egen vilja i strid med gällande bestämmelser. Visar det sig att förhållandena inte var sådana att beslut snabbt behövde fattas, torde den förälder som inte deltagit i beslutet i vissa fall kunna hävda att detta inte skall gälla.¹⁰⁰ I praktiken har den som inte tagit del i beslutet dock inte några rättsliga möjligheter att klandra ett överskridande av den gemensamma beslutanderätten. Det går t.ex. inte att rättsligt tvinga en förälder som har flyttat med barnet att återflytta.¹⁰¹ Det bör dock nämnas att en förälder som inom ramen för gemensam vårdnad utan beaktansvärda skäl egenmäktigt för bort barnet kan dömas till egenmäktighet med barn.¹⁰² Vidare kan ett sådant handlande påverka bedömningen av förälderns lämplighet som boendeförälder eller vårdnadshavare.¹⁰³

De föräldrar som inte kan komma överens är hänvisade till att väcka talan om ändring av boendet eller vårdnaden. Regleringen innebär alltså att det blir fråga om allt eller inget eftersom det inte finns några alternativa

⁹⁶ FB 6:7, Rynning, *Samtycke till medicinsk vård och behandling*, s. 292 och Wickström, *Utövande av gemensam vårdnad*, s. 346. Jämför Barnkonventionen artikel 24 och 39.

⁹⁷ Passförordningen (1979:664) 3 § 2 st. och passlagen (1978:302) 11 § 2 st. och 12 § 2 p.

⁹⁸ Folkbokföringslagen 30 och 34 § §.

⁹⁹ Namnlagen (1982:670) 1 § 3 st. När det gäller barnets förnamn skall detta/dessa också anmälas till Skatteverket inom tre månader från barnets födelse, se 30 § namnlagen.

¹⁰⁰ Prop. 1975/76:170, s. 178.

¹⁰¹ Ryrstedt, *Konsensus - förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar?*, s. 16 f., Sjösten, *Vårdnad, boende och umgänge*, s. 130 och Wickström, *Utövande av gemensam vårdnad*, s. 344.

¹⁰² BrB 7:4 1 st. 2 men. Se t.ex. NJA 1983 s. 750.

¹⁰³ Ryrstedt, *Konsensus - förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar?*, s. 73 f.

mellanvägar att gå. Om en förälder utestänger den andra föräldern från dennes vårdnadsansvar kan det vara ett tecken på att en ändring behövs men det måste alltid göras en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet.¹⁰⁴

6.1.1.2 Särskilt om barnets boende

Barnets föräldrar har i egenskap av vårdnadshavare befogenhet att ha barnet hos sig och att bestämma barnets vistelseort. Föräldrar kan även avtala om barnets boende. Avtalet är giltigt om det är skriftligt och godkänt av socialnämnden.¹⁰⁵

Står barnet under föräldrarnas gemensamma vårdnad får rätten på talan av en av dem eller båda besluta vem av föräldrarna barnet skall bo tillsammans med.¹⁰⁶ Denna möjlighet infördes i samband med att rätten gavs möjlighet att besluta om gemensam vårdnad mot den ena förälderns vilja. Lagstiftaren framhöll att det är omöjligt att kräva att gemensamma vårdnadshavare skall vara överens i alla frågor och att en sådan ändring skulle öka användningen av gemensam vårdnad. Då rätten beslutar om gemensam vårdnad kan det också bli aktuellt att förordna om barnets boende. Det kan därför finnas anledning för rätten att i ett mål om vårdnad ta upp frågan om barnets boende med parterna även om något yrkande inte har framställts.¹⁰⁷

Med termen ”boende” avses barnets faktiska bosättning. Barnet anses bosatt där det normalt bor. Att barnet tillfälligt bor någon annanstans t.ex. i samband med ferier påverkar inte barnets boende.¹⁰⁸

Rätten kan förordna antingen att barnet skall bo hos en av föräldrarna eller att det skall bo växelvis hos var och en av föräldrarna. En förutsättning för att växelvis boende skall fungera på ett tillfredställande sätt är att föräldrarnas förmåga att samarbeta är särskilt god. Föräldrarna måste även bo förhållandevis nära varandra så att barnet t.ex. inte behöver byta mellan olika förskolor. Det går att ifrågasätta om kravet på ett gott samarbete är uppfyllt i de fall föräldrarna inte själva kan fatta beslut om växelvis boende. Dessutom kan ett beslut om växelvis boende meddelas i strid med en förälders vilja.¹⁰⁹

Beslutet om boendet gäller den adress som föräldern har vid tiden för beslutet. Detta följer av att boendeföräldern inte lagligen kan flytta med

¹⁰⁴ Prop. 1975/76:170, s. 178, Ryrstedt, *Gemensam vårdnad inte alltid det bästa för barn*, s. 427, Wickström, *Utövande av gemensam vårdnad*, s. 344 och Sjösten, *Vårdnad, boende och umgänge*, s. 132.

¹⁰⁵ FB 6:11, 6:14 a 2 st. och Schiratzki, *Vårdnad och vårdnadstvister*, s. 183 f.

¹⁰⁶ FB 6: 14 a 1 st. Reglerna om domstolsprocessen, vad domstolen skall beakta osv. är i princip de samma som för vårdnad, se kap. 5.2.1. Barnets bästa skall alltid vara avgörande.

¹⁰⁷ Se t.ex. NJA 1999 s. 451, SOU 2007:52, s. 61 och Sjösten, *Vårdnad, boende och umgänge*, s. 92.

¹⁰⁸ Prop. 1997/98:7, s. 56 f.

¹⁰⁹ Prop. 1997/98:7, s. 56 f., prop. 2005/06:99, s. 53 och Ewerlöf m.fl., *Barnets bästa. Om föräldrars och samhällets ansvar*, s. 57.

barnet utan den andra förälderns samtycke på grund av kravet på konsensus.¹¹⁰

I samband med frågor om vårdnad och boende kan rätten dessutom fastställa barnets underhållsbidrag. Den förälder som inte varaktigt bor med barnet är skyldig att betala underhållsbidrag efter vad som är skäligt med hänsyn till barnets behov och föräldrarnas samlade ekonomiska förmåga. Föräldrarna kan även avtala om underhållsbidraget.¹¹¹

6.1.1.3 Särskilt om barnets umgänge

Av FB framgår att barn skall ha rätt till umgänge med den förälder som de inte bor tillsammans med.¹¹² Möjligheten för rätten att besluta om umgänge när föräldrarna har gemensam vårdnad infördes i samband med att rätten gavs möjlighet att fatta beslut om gemensam vårdnad mot en förälders vilja. Då umgänget i första hand är till för barnet har föräldrar inte någon absolut rätt till umgänge med sina barn. Det är barnets intressen och behov som skall vara avgörande. Även om det anses vara bra för barnet att umgås med båda sina föräldrar finns det ingen plikt för barnet att göra det.¹¹³

Barnets föräldrar har ett gemensamt ansvar för att barnets behov av umgänge med en förälder det inte bor tillsammans med så långt som möjligt tillgodoses. Föräldrarnas ansvar är inte sanktionerat men lagstiftaren har velat betona betydelsen av att den förälder som barnet inte bor hos också medverkar till att umgänge kommer till stånd. Den förälder som barnet bor tillsammans med har i sin tur ett ansvar för att underlätta för barnet och uppmuntra det att träffa den andra föräldern.¹¹⁴ Det är alltså i första hand föräldrarna själva som tillsammans med sina barn, om de är tillräckligt gamla, skall lösa umgängesfrågorna. De föräldrar som vill kan träffa ett avtal om hur umgänget skall se ut, vilket är giltigt om det är skriftligt och godkänt av socialnämnden.¹¹⁵

Kan föräldrarna inte komma överens om barnets umgänge kan de alltså väcka talan vid domstol och yrka på att rätten avgör frågan.¹¹⁶ Det finns inte några lagregler som anger hur och i vilken omfattning umgänge bör förekomma, utan det avgörande skall vara vad som är bäst för barnet in

¹¹⁰ Ryrstedt, *Kravet på konsensus – till barnets bästa?*, s. 341 f. och Wickström, *Utövande av gemensam vårdnad*, s. 336 ff. Se dock Schiratzki som menar att oklarhet råder på detta område, *Vad betyder det att ha gemensam vårdnad?*, s. 1051 f. och *Barnrättens grunder*, s. 96.

¹¹¹ FB 7:1 och 7:2.

¹¹² FB 6:15 1 st.

¹¹³ Prop. 1997/98:7, s. 62 och 114 samt Sjösten, *Vårdnad, boende och umgänge*, s. 97 och 104.

¹¹⁴ FB 6:15 2 st. och 4 st. samt Sjösten, *Vårdnad, boende och umgänge*, s. 99.

¹¹⁵ FB 6:15 a 3 st. och Schiratzki, *Barnrättens grunder*, s. 118.

¹¹⁶ FB 6:15 a 1 st. Reglerna om domstolsprocessen, vad domstolen skall beakta osv. är i princip de samma som för vårdnad, se kap. 5.2.1.

casu.¹¹⁷ Bestämmandet av umgängets omfattning skall ske efter en prövning av de individuella omständigheterna i det enskilda fallet och inte enligt några schablonmässiga principer.¹¹⁸ Rätten har möjlighet att meddela detaljerade föreskrifter om t.ex. på vilken plats umgänget skall påbörjas och avslutas, men det bör endast göras i undantagsfall eftersom sådana föreskrifter kan minska föräldrarnas samarbetsvilja och dessutom lätt blir inaktuella.¹¹⁹

För att beslutet skall vara verkställbart måste domstolen noga ange under vilka tider umgänget skall äga rum. Föräldrarna är dock fria att själva komma överens om ytterligare umgänge om så önskas.¹²⁰

6.2 Barns med- och självbestämmanderätt

Vårdnadsansvaret består tills barnet fyllt 18 år eller dessförinnan gift sig.¹²¹ Innan dess skall vårdnadshavarna dock i takt med barnets stigande ålder och utveckling ta allt större hänsyn till barnets synpunkter och önskemål.¹²² Det går emellertid inte att tala om någon formell bestämmanderätt för barnet, utan det är föräldrarna som har bestämmanderätten. Tanken är att vårdnadshavarna skall träna barnet att uttrycka en egen åsikt samt att barnet skall lära sig att ta ansvar och sätta gränser för sitt handlande. Det är förmågan att förstå innebörden av beslutet, att ta till sig information samt att kunna överblicka konsekvenserna av beslutet som avgör om barnet själv får bestämma eller inte. Barnet skall således successivt tillerkännas en medbestämmanderätt, som vid 18 års ålder övergår till självbestämmanderätt.¹²³

I vissa frågor som ingår i vårdnadsansvaret har barn däremot givits viss självbestämmanderätt. Barn får själv ingå arbetsavtal efter samtycke från föräldrarna. När ett barn sedan har fyllt 16 år kan det utan nytt samtycke avtala om arbete av liknande art. Både barnet och vårdnadshavarna kan dock säga upp avtalet med omedelbar verkan om det inverkar på barnets hälsa, utveckling eller skolgång. Om vårdnadshavarna gör det får barnet inte på nytt ingå avtal utan deras samtycke.¹²⁴ Barn som är över 16 år får själv råda över den inkomst som de tjänat samt avkastning därav.¹²⁵

¹¹⁷ Prop. 1990/91:8, s. 37 ff. och Saldeen, *Barn- och föräldrarätt*, s. 195 ff. Sedan juli år 2006 kan domstolen besluta om umgänge genom annan kontakt än att barnet och föräldern träffas, t.ex. genom telefon eller brev, FB 6:15 1 st. 2 men.

¹¹⁸ NJA 1988 s. 559.

¹¹⁹ NJA 1990 s. 219.

¹²⁰ Sjösten, *Vårdnad, boende och umgänge*, s. 104 f.

¹²¹ FB 6:2 1 st. 2 men.

¹²² FB 6:11 2 men. och Barnkonventionen artikel 12.

¹²³ Prop. 1981/82:168, s. 23 ff., Ewerlöf m.fl., *Barnets bästa. Om föräldrars och samhällets ansvar*, s. 32, Schiratzki, *Vårdnad och vårdnadstvister*, s. 180 och Wickström, *Utövande av gemensam vårdnad*, s. 342 f.

¹²⁴ FB 6:12.

¹²⁵ FB 9:3 1 st.

Ett annat exempel på en slags självbestämmanderätt för barnet är adoption. När ett barn har fyllt 12 år kan adoption av barnet inte ske utan dess samtycke.¹²⁶ Likaså går det inte att ändra barnets namn utan dess samtycke, om barnet fyllt 12 år. Även yngre barns åsikt skall inhämtas och beaktas om barnet uppnått tillräcklig ålder och mognad.¹²⁷ Vidare får verkställighet av beslut rörande vårdnad, boende eller umgänge som huvudregel inte ske mot barnets vilja om barnet nått en sådan ålder och mognad att dess vilja bör beaktas.¹²⁸

När det gäller hälso- och sjukvård kan äldre barn i vissa fall få tillgång till det utan vårdnadshavarnas samtycke, beroende på barnets ålder och mognad samt den medicinska åtgärdens nödvändighet. Det gäller framför allt reproduktiv vård. Barn kan få receptbelagda preventivmedel och i princip genomgå abort utan föräldrarnas kännedom.¹²⁹

Sammantaget påverkas vårdnadshavarnas bestämmanderätt över barnet, och därmed vårdnadens omfattning, endast marginellt av barnets rättigheter. Vårdnadshavarna kan inte avsäga sig sitt ansvar för barnet genom att överlämpa beslutsfattandet på ett barn som inte nått tillräcklig mognad. I praktiken blir det emellertid i takt med barnets stigande ålder och utveckling svårare att genomdriva beslut mot barnets vilja.¹³⁰

6.3 Sammanfattande kommentarer

Som vårdnadshavare har man rätt och skyldighet att bestämma i frågor som rör barnets personliga angelägenheter. Då vårdnaden är gemensam skall vårdnadshavarna utöva sina rättigheter och skyldigheter tillsammans. Lagstiftaren gör ingen skillnad på föräldrar som lever tillsammans och föräldrar som bor isär. Även om endast en av vårdnadshavarna har hand om den faktiska vårdnaden av barnet så har båda del i det legala vårdnadsansvaret. Huvudprincipen vid gemensam vårdnad är således att beslut i frågor som rör barnet kräver konsensus mellan föräldrarna.

När det gäller vårdnadshavares bestämmanderätt kan den delas in i tre olika typer av beslut. Beslut som gäller den dagliga omsorgen av barnet, beslut som inte är att hänföra till den dagliga omsorgen men som inte heller är av ingripande betydelse för barnets framtid samt beslut som är av ingripande

¹²⁶ FB 4:5.

¹²⁷ Namnlagen (1982:670) 45 och 48 § §. För fler exempel på situationer där barn har viss bestämmanderätt se Ewerlöf m.fl., *Barnets bästa. Om föräldrars och samhällets ansvar*, bilaga 1.

¹²⁸ FB 21:5.

¹²⁹ Rynning, *Samtycke till medicinsk vård och behandling*, s. 280 och 285 ff. Se även Schiratzki, *Barnrättens grunder*, s. 82 samt *Vårdnad och vårdnadstvister*, s. 186 ff.

¹³⁰ Ewerlöf m.fl., *Barnets bästa. Om föräldrars och samhällets ansvar*, s. 33, Schiratzki, *Vårdnad och vårdnadstvister*, s. 192 och Wickström, *Utövande av gemensam vårdnad*, s. 342 f.

betydelse för barnets framtid¹³¹. Är föräldrarna oense i en fråga blir det avgörande dels vem av dem som är närvarande och dels vilken typ av beslut som skall fattas.

Det är inte svårt att inse att gemensam vårdnad, särskilt för föräldrar som inte lever tillsammans, lätt kan leda till konflikter eftersom vårdnadshavarna ofta har olika mål och intressen. När reglerna om bestämmanderätten vid gemensam vårdnad infördes var föräldrarna tvungna att vara överens för att kunna ha gemensam vårdnad. Det är numera möjligt för domstol att besluta om gemensam vårdnad mot en förälders vilja men reglerna om bestämmanderätten är fortfarande i princip de samma och lagstiftaren har stark tilltro till föräldrarnas förmåga att samarbeta. Förutom för frågor som rör barnets boende och umgänge finns det inte någon möjlighet för föräldrar som inte kan komma överens att få rättslig hjälp. Om de inte kan komma fram till ett gemensamt beslut leder detta därför till ett tillstånd av status quo, vilket innebär att ett för barnet viktigt beslut inte alltid kan fattas om en av vårdnadshavarna motsätter sig det. Föräldrarnas oförmåga att samarbeta kan således leda till otrygghet för barnet och ge upphov till åtskilliga problem samt i vissa fall vara direkt skadligt. Det finns också en risk att en av föräldrarna handlar på egen hand utan samtycke från den andra, vilket kan vara till nackdel för barnet och även skada barnets förhållande till den andra föräldern. Som exempel kan nämnas om den ena föräldern utan medgivande flyttar långt bort från den andra föräldern med barnet.

För de föräldrar som inte kan samarbeta återstår möjligheten att begära att den gemensamma vårdnaden löses upp, varvid den som tillerkänns vårdnaden på egen hand kan fatta beslut för barnet. Denna lösning kan emellertid medföra mycket ingripande verkningar. På kort sikt kan åtgärden åstadkomma en lösning på en fråga som för barnets skull snarast kräver ett beslut. I ett längre perspektiv finns det tyvärr en risk att barnets relation och tillgång till den andra föräldern förändras. Som vi har sett i kap. 3 skall domstolen numera särskilt fästa avseende på föräldrarnas förmåga att samarbeta. Rätten kan dock vägra att lösa upp den gemensamma vårdnaden om det anses vara till barnets bästa och om en av föräldrarna kan tänka sig gemensam vårdnad. Trots att tvistefrågan uppfattas som så viktig att en talan om ensam vårdnad väcks, kan rätten således komma fram till att gemensam vårdnad är den långsiktigt bästa lösningen för barnet. Som jag tidigare konstaterat är det inte heller säkert att oenighet i en enda fråga är tillräckligt för att grunda ensam vårdnad. I sådant fall har barnet helt i onödan blivit föremål för en i många fall uppslitande process.

¹³¹ Se Wickström, *Utövande av gemensam vårdnad*, s. 229 ff. för en utförlig redogörelse av de olika besluten.

7 Reformarbetet

Följande kapitel syftar till att redogöra för reformarbetet av bestämmanderätten vid gemensam vårdnad och kommer alltså att besvara frågan hur rättsutvecklingen på området ser ut. Tyngdpunkten ligger på SOU 2007:52 – Beslutanderätten vid gemensam vårdnad m.m., men jag kommer även att ta upp ett par utvalda remissyttranden. Kapitlet inleds med en tillbakablick över tidigare lagstiftningsarbete. Därpå följer en redogörelse av kommittédirektiv 2006:83 – Beslutanderätten vid gemensam vårdnad, SOU 2007:52 samt remissyttrandena från universiteten och tingsrätterna. Kapitlet avslutas med sammanfattande kommentarer.

7.1 Tidigare lagstiftningsarbete

Genom lagändringar år 1977 blev det möjligt för frånskilda makar att behålla den gemensamma vårdnaden om sina barn. Det infördes även regler om att ogifta föräldrar skulle kunna ha gemensam vårdnad oavsett om de bodde tillsammans eller inte. I båda situationerna krävdes enighet mellan föräldrarna.¹³² Det framhölls att föräldrarnas val att ha gemensam vårdnad skulle innebära att de var inställda på att samarbeta och att bristande samarbete skulle kunna medföra ett upphörande av den gemensamma vårdnaden. Beslut av vardaglig karaktär skulle dock kunna avgöras av den förälder som närmast fanns till hands. Endast när mera ingripande beslut skulle fattas borde det enligt departementschefen krävas samråd.¹³³

I samband med 1998 års vårdnadsreform infördes möjligheter för domstol att vägra att upplösa den gemensamma vårdnaden samt att besluta om gemensam vårdnad mot en förälders vilja.¹³⁴ Lagstiftaren påpekade även att det inte är möjligt att kräva att föräldrar med gemensam vårdnad skall kunna enas i alla frågor. Detta resulterade i att det också infördes bestämmelser om att domstol kan besluta om barnets boende och umgänge även vid gemensam vårdnad.¹³⁵ Vårdnadstvistutredningen föreslog dessutom att det skulle införas en uttrycklig bestämmelse om att den vårdnadshavare som barnet bor tillsammans med ensam får besluta i frågor om den dagliga omsorgen.¹³⁶ Någon sådan infördes aldrig eftersom regeringen menade att behovet inte var tillräckligt stort.¹³⁷ I utredningen diskuterades även möjligheten att ge domstol rätt att besluta om en uppdelning av vårdnadshavarnas uppgifter mellan föräldrarna. Med hänvisning till att en sådan uppdelning inte skulle stämma överens med önskemålet att föräldrar

¹³² Prop. 1975/76:170, s. 1 f.

¹³³ Prop. 1975/76:170, s. 142 ff.

¹³⁴ Prop. 1997/98:7 och SOU 1995:79.

¹³⁵ Prop. 1997/98:7, s. 54 ff. och 62.

¹³⁶ SOU 1995:79, s. 85 ff.

¹³⁷ Prop. 1997/98:7, s. 54 f.

så långt som möjligt skall komma överens i frågor om barnet infördes inte heller någon sådan reglering.¹³⁸

I juni år 2002 tillsattes en vårdnadskommitté vars huvuduppgift var att utvärdera 1998 års reform om vårdnad, boende och umgänge.¹³⁹ I ett tilläggsdirektiv fick kommittén i uppdrag att lämna förslag på hur en reglering skulle kunna utformas för att underlätta hanteringen av problem när det gäller beslutsfattandet vid gemensam vårdnad.¹⁴⁰ Kommitténs ställningstagande i anledning av det första direktivet var att det är olämpligt med en ordning som närmare reglerar vad som ingår i bestämmanderätten. Vikten av barnets rätt till hälso- och sjukvård framhölls men man ansåg att en utredning av det föll utanför ramen för utredningens direktiv. Istället föreslog kommittén en uppstramning av domstolens möjligheter att besluta om gemensam vårdnad mot en förälders vilja.¹⁴¹ I anledning av tilläggsdirektivet anfördes att kommitténs ställningstagande alltför var att reglerna om bestämmanderätten inte borde ändras, eftersom oenighet mellan föräldrarna i för barnet viktiga frågor innebär att gemensam vårdnad inte är det bästa för barnet. Då kommitténs uppdrag var att lämna förslag på en reglering som skulle kunna underlätta den gemensamma vårdnadens beslutsfattande, oavsett kommitténs ställningstagande i övrigt när det gäller gemensam vårdnad, diskuterade man olika typer av tvistlösningsmodeller. Kommittén valde att presentera en modell som ansågs kunna passa svenska förhållanden. Den innebar att domstol vid behov skulle få förordna om hur vårdnadshavarnas befogenheter och skyldigheter skall fördelas mellan dem och att föräldrarna även skulle kunna avtala om detta. Kommittén ansåg dock att frågan krävde en djupare analys.¹⁴²

I den följande propositionen konstaterade regeringen att kravet på enighet mellan vårdnadshavarna i vissa fall kan innebära problem t.ex. när ett barn behöver tillgång till hälso- och sjukvård. Även regeringen ansåg emellertid att frågan krävde en grundligare utredning.¹⁴³ Regeringen framhöll att gemensam vårdnad i de flesta fall är en bra vårdnadsform för barn. Samtidigt bedömdes det som viktigt att domstolen tar en förälders motstånd mot gemensam vårdnad på allvar. I syfte att strama upp domstolens möjlighet att besluta om gemensam vårdnad mot en förälders vilja föreslog man att domstolen skall fästa särskilt avseende vid föräldrarnas förmåga att samarbeta i frågor som rör barnet.¹⁴⁴ Lagändringen trädde i kraft den 1 juli 2006.¹⁴⁵

¹³⁸ SOU 1995:79, s. 83 och prop. 1997/98:7, s. 51 f.

¹³⁹ Dir. 2002:89, *Vårdnad, boende, umgänge*.

¹⁴⁰ Dir. 2005:35, *Tilläggsdirektiv till 2002 års vårdnadskommitté*.

¹⁴¹ SOU 2005:43, s. 135 ff.

¹⁴² SOU 2005:43, s. 143 ff.

¹⁴³ Prop. 2005/06:99, s. 51 f.

¹⁴⁴ Prop. 2005/06:99, s. 51 och 87, se mer i avsnitt 5.2.1. Frågan om föräldrars beslutanderätt och kravet på enighet mellan vårdnadshavarna har även aktualiserats i andra sammanhang än nu nämnda, bl.a. i frågor om barnomsorg och barnets skolgång, se t.ex. SOU 2007:52, s. 77 ff.

¹⁴⁵ SFS 2006:458, *Lag om ändring i föräldrabalken*, s. 8.

7.2 Kommittédirektiv 2006:83 - Beslutanderätten vid gemensam vårdnad

Regeringen beslutade den 6 juli 2006 att ge en särskild utredare i uppdrag att bl.a. grundligt analysera vilka olika nackdelar som gemensam vårdnad kan medföra för ett barn när vårdnadshavarna inte kan samarbeta i frågor som rör barnet. Enligt direktivet skulle utredaren särskilt uppmärksamma barns möjligheter att få hälso- och sjukvård samt insatser inom socialtjänstens område. Utredaren skulle även belysa andra frågor som rör vårdnaden t.ex. skola och boende. Med utgångspunkt i analysen skulle utredaren sedan lämna ett förslag som syftar till att bättre tillgodose barnets intressen och underlätta ett gemensamt vårdnadsansvar.

Vid utformandet av lagförslaget skulle utredaren överväga olika ordningar. En ordning som skulle övervägas var möjligheten att ge domstol befogenhet att ge en av vårdnadshavarna rätt att besluta ensam i en viss fråga eller att dela upp vårdnadshavarnas uppgifter. Alternativt skulle någon annan myndighet kunna utses att avgöra en viss fråga när vårdnadshavarna inte kan enas. Ytterligare en ordning som skulle övervägas var att direkt i lag ge en av vårdnadshavarna rätt att i större utsträckning kunna besluta ensam. Utredaren skulle, enligt direktivet överväga dessa och även andra tänkbara möjligheter.

Utredaren skulle vid sitt arbete eftersträva ett regelsystem som fungerar i det dagliga livet utan att alltför stora avsteg görs från principen om att gemensam vårdnad kräver gemensamma beslut. Därtill skulle utredaren eftersträva att kravet på enighet mellan vårdnadshavarna inte bidrar till ökade konflikter med negativ inverkan på barnet. Utredaren skulle även utgå ifrån att regleringen vid gemensam vårdnad så långt det är möjligt bör vara densamma för föräldrar som bor tillsammans som för särlevande föräldrar.¹⁴⁶

7.3 SOU 2007:52 - Beslutanderätt vid gemensam vårdnad m.m.

I juli år 2007 överlämnade utredaren betänkandet SOU 2007:52 – Beslutanderätt vid gemensam vårdnad m.m.¹⁴⁷ Information till utredningen har bl.a. inhämtats från olika myndigheter och intresseorganisationer som t.ex. Barnombudsmannen, Skolverket och Rädda Barnen. Därutöver har upplysningar hämtats från personal som är verksam inom hälso- och sjukvården samt socialtjänsten. Då utredningen haft tillgång de omfattande

¹⁴⁶ Dir. 2006:83, *Beslutanderätten vid gemensam vårdnad*, s. 1 ff.

¹⁴⁷ SOU 2007:52, s. 3.

undersökningsresultat som presenterades av 2002 års vårdnadskommitté har inte några undersökningar av motsvarande karaktär gjorts.¹⁴⁸

7.3.1 Olika tvistlösningsmodeller

Utredarens uppgift har varit att ta fram en tvistlösningsmodell som kan underlätta beslutsfattandet vid gemensam vårdnad. Nedan kommer jag att gå igenom de olika tvistlösningsmodeller som övervägts i utredningen. Samtliga alternativ medger att den gemensamma vårdnaden består, trots oenighet i en eller flera frågor som rör barnets angelägenheter.¹⁴⁹

En av vårdnadshavarna ges rätt att besluta ensam i en viss fråga. Denna modell innebär att om vårdnadshavarna inte kan komma överens i en specifik fråga i vilken det är av väsentlig betydelse för barnet att ett beslut fattas, kan domstol ge den ena vårdnadshavaren rätt att ensam bestämma.¹⁵⁰ Enligt utredaren är modellen väl förenlig med önskemålet om att det inte bör göras stora avsteg från principen om samförstånd mellan vårdnadshavarna i frågor som rör barnet. Med en sådan ordning skulle domstolen dock behöva ta ställning till olika konkreta alternativ som de båda föräldrarna företräder vilket i princip skulle innebära en detaljstyrning av barnets personliga angelägenheter. Vidare menar utredaren att det finns en risk för att domstolarna skulle bli överösta av mål rörande olika tvistefrågor och att det kan dyka upp följdfrågor kort tid efter ett avgörande. Utredaren kommer således fram till att en sådan lösning är olämplig.¹⁵¹

Domstol eller annan myndighet beslutar i tvistefrågan. Enligt denna modell fattar domstol eller annan myndighet ett materiellt beslut i tvistefrågan, efter att handlingsalternativ framlagts av föräldrarna, utan att beslutanderätten överförs till en av dem. Inte heller detta alternativ skulle, enligt utredaren, medföra något stort avsteg från principen om gemensamt beslutsfattande vid gemensam vårdnad. Modellen erbjuder emellertid inte den flexibilitet som kan krävas i vissa frågor. Som exempel nämner utredaren att ställningstaganden i hälso- och sjukvårdsrelaterade angelägenheter kan behöva omvärderas sedan en behandling påbörjats. Dessutom kan följdfrågor uppstå, i vilka föräldrarnas oenighet på nytt blir akut. Utredaren framhåller även att om domstolen anser att ingen av föräldrarna företräder en ståndpunkt som gagnar barnet, kan den i sådana fall behöva välja det minst dåliga alternativet. När det gäller frågan om en annan myndighet skulle kunna utses att avgöra en viss fråga menar utredaren att den enda myndighet som kan bli aktuell är socialnämnden. Socialnämndens roll som hjälpande och stödjande myndighet skulle då kunna ifrågasättas. Dessutom skulle ovannämnda brister med modellen ändå kunna göra sig gällande. Denna tvistlösningsmodell bör därför, enligt utredaren, undvikas.¹⁵²

¹⁴⁸ SOU 2007:52, s. 26 f.

¹⁴⁹ SOU 2007:52, s. 93.

¹⁵⁰ Modellen förekommer i tysk rätt.

¹⁵¹ SOU 2007:52, s. 94.

¹⁵² SOU 2007:52, s. 95 f.

Domstol delar upp vårdnadshavarnas uppgifter. Modellen innebär att en av vårdnadshavarna kan få självständig beslutanderätt inom ett eller flera avgränsade områden och i samtliga frågeställningar som kan uppkomma inom områdena i framtiden.¹⁵³ Domstolen kan följaktligen besluta om en fördelning av beslutanderätten mellan vårdnadshavarna. Fördelen med denna ordning är att den ger vårdnadshavaren rätt att ensam bestämma i följdfrågor. En nackdel är dock att den ena vårdnadshavaren fråntas beslutanderätt inom det eller de områden som den andra vårdnadshavaren tillerkänns sådan. Om den ena vårdnadshavaren t.ex. ges beslutanderätt i angelägenheter som rör barnets skolgång kan det innebära att den andra vårdnadshavaren helt förlorar rätten att besluta i skolrelaterade frågor, oavsett om de faller inom den dagliga omsorgen.¹⁵⁴

En av vårdnadshavarna ges ensam beslutanderätt direkt i lag. En sådan lagkonstruktion ger en av vårdnadshavarna, exempelvis boendeföräldern, rätt att fatta beslut i väsentliga frågor om barnets omsorg, som t.ex. var i landet barnet skall bo, var barnet skall daghemsplaceras och andra större beslut om vardagslivet.¹⁵⁵ Enligt denna modell behöver sålunda inte något domstolsavgörande avvaktas för att ett beslut skall kunna komma till stånd. I FB är boendeföräldern endast den förälder som barnet skall bo tillsammans med. Utredaren understryker att en risk med denna modell är att boendefrågan blir en angelägenhet av långt större dignitet i domstolarna än vad som i dag är fallet, om en vidare beslutsbefogenhet skulle knytas till boendet. Vidare blir modellen svår att använda om ett barn bor växelvis hos båda föräldrarna. Ytterligare en svaghet är att boendeföräldern inte nödvändigtvis är den som bäst kan tillgodose barnets intressen på alla områden. Vem barnet bor tillsammans med kan t.ex. bero på föräldrarnas arbets- eller bostadssituation.¹⁵⁶

Båda vårdnadshavarna ges rätt att besluta på egen hand. Denna tvistlösningssmodell ger vårdnadshavarna rätt att självständigt besluta i åtminstone vissa av barnets personliga angelägenheter.¹⁵⁷ Modellen är en bra lösning vid frågor av angelägen natur, som t.ex. vid hälso- och sjukvårdsrelaterade insatser. Den främjar dock inte samarbetet mellan vårdnadshavarna, då några samförstånds lösningar inte skulle krävas. Utredaren framhåller även att det finns en risk att föräldrarna på var sitt håll, med eller utan varandras vetskap, fattar motstridiga beslut.¹⁵⁸

7.3.2 Föreslagen ordning

I utredningen framhålls att lagstiftningen är i behov av en förändring. Att överföra vårdnaden till en av föräldrarna är en lösning med ingripande

¹⁵³ Denna modell finns bl.a. i finsk rätt.

¹⁵⁴ SOU 2007:52, s. 96 f.

¹⁵⁵ Modellen kommer till uttryck i norsk rätt.

¹⁵⁶ SOU 2007:52, s. 97 ff.

¹⁵⁷ En liknande modell finns i engelsk rätt.

¹⁵⁸ SOU 2007:52, s. 99 ff.

verkningar och en modifiering av beslutsprocessen skulle kunna skapa en plattform för ställningstaganden som är viktiga för barnet och åstadkomma viss stabilitet i en konfliktsituation mellan vårdnadshavarna. Strävan efter enighet kan ofta ge upphov till kompromisser som inte ligger i linje med barnets bästa. För att bevara principen om samarbete mellan vårdnadshavarna och för att vårdnadshavare i framtiden inte skall kunna begära en prövning av varje tänkbar tvistefråga menar utredaren att ett tvistlösningsförfarande emellertid måste innehålla begränsningar och att något heltäckande tvistlösningsinstitut således inte bör eftersträvas.¹⁵⁹

Utifrån ovanstående tvistlösningsmodeller drar utredaren slutsatsen att det är större fördelar med en modell som innebär ett varaktigt ställningstagande till hur beslutanderätten över barnet skall gestalta sig. En sådan skulle enligt utredaren ge bättre förutsättningar till flexibilitet för det fall någon omständighet skulle förändras eller tillkomma sedan domstolen tagit ställning i saken. Vidare menar utredaren att en modell som bygger på att den ena vårdnadshavaren tillförs beslutanderätt utan att den andra vårdnadshavaren fråntas sin principiella beslutanderätt bör väljas.¹⁶⁰

7.3.2.1 Självtändig beslutanderätt

Utredarens förslag innebär att domstol skall kunna ge den ena vårdnadshavaren en vidgad rätt att fatta beslut på egen hand inom ett visst ämnesområde som rör vårdnaden och som ligger utanför ramen för den dagliga omsorgen, oavsett om den andra vårdnadshavaren har förhinder eller inte. Den utvidgade rätten skall även gälla beslut av ingripande betydelse för barnet. Vårdnadshavaren som tillerkänts denna beslutanderätt kallas i utredningen och i den fortsatta redogörelsen för vårdnadshavare 1. Den andra vårdnadshavaren, kallad vårdnadshavare 2, fråntas dock inte sin bestämmanderätt i dessa frågor, men dennes vetorätt och möjlighet att förhindra att en beslutad åtgärd genomförs försvinner. Förslaget går med andra ord ut på att en vårdnadshavares självständiga beslutanderätt skall kunna utvidgas genom ett domstolsavgörande eller genom ett avtal mellan vårdnadshavarna som godkänts av socialnämnden.¹⁶¹

Förslaget innebär närmare att gemensamt beslutsfattande fortfarande är möjligt. Den vårdnadshavare som tillerkänts självständig beslutanderätt kan för barnets skull låta den andra vårdnadshavaren delta i beslutsfattandet. Dessutom kan vårdnadshavare 1 ha behov av den andra förälderns stöd i viktigare beslut. Om vårdnadshavare 2 rådfrågas innan ett beslut fattas minskar också risken att denne på egen hand fattar motstridiga beslut. Genom att vårdnadshavare 2 fortfarande anses vara en fullvärdig vårdnadshavare ökas förutsättningarna för att denne engagerar sig i barnet och att kontakten mellan barnet och denna förälder kan upprätthållas. Vårdnadshavare 2 skall alltså fortfarande ha möjlighet att medverka i beslutsfattande även i frågor som omfattas av den andra vårdnadshavarens

¹⁵⁹ SOU 2007:52, s. 90 ff.

¹⁶⁰ SOU 2007:52, s. 102 f.

¹⁶¹ SOU 2007:52, s. 102 ff. och 249.

självständiga beslutanderätt. Dessutom skall beslut som är att hänföra till den dagliga omsorgen inte omfattas av den utvidgade självbestämmanderätten. Detta betyder att båda vårdnadshavarna är oförhindrade att bestämma i alla vardagliga frågor, oavsett om frågan hör till området för självständig beslutanderätt.¹⁶² Ett beslut om självständig beslutanderätt påverkar inte heller den andra vårdnadshavarens status som förmyndare.¹⁶³ Vidare skall vårdnadshavare 2 kunna träda in och ensam bestämma i frågor rörande vårdnaden om den andra vårdnadshavaren är förhindrad att ta del i beslutet och beslut i frågan inte utan olägenhet kan skjutas upp. Detsamma gäller beslut av ingripande betydelse för barnets framtid om barnets bästa uppenbarligen kräver det¹⁶⁴. På så sätt behöver man inte flytta över vårdnaden till någon särskilt förordnad vårdnadshavare i dessa situationer och om vårdnadshavare 1 dör så får följaktligen vårdnadshavare 2 ensam vårdnad i alla barnets angelägenheter. För det fall vårdnadshavare 2 skulle utnyttja beslutanderätten på ett illojalt eller skadligt sätt torde det enligt utredaren finnas förutsättningar att upplösa den gemensamma vårdnaden.¹⁶⁵

Vårdnadshavare 2 skall i rimlig utsträckning informeras och i förekommande ges tillfälle att lämna synpunkter innan ingripande beslut fattas. Detta innebär dock inte att det föreligger någon samrådsskyldighet för vårdnadshavare 1. Utredaren är negativ till att införa en sådan skyldighet eftersom den inte skulle kunna vara ovillkorlig då vårdnadshavare 1 t.ex. kan ha skyddade personuppgifter till följd av den andra vårdnadshavarens hotelser eller våldsamheter.¹⁶⁶

Den föreslagna tvistlösningsmodellen tar endast sikte på vårdnadshavarnas inbördes relation och påverkar inte barnets rätt att fatta egna beslut eller delta i beslutsfattandet. Inte heller skall regelverk eller rättspraxis i frågor om när det skall krävas samtycke till en åtgärd som gäller barnet påverkas.¹⁶⁷

7.3.2.1.1 Områden för självständig beslutanderätt

För att uppfylla önskemålet om att inte göra alltför stora avsteg från principen om att gemensam vårdnad kräver gemensamma beslut föreslår utredaren att den nya utvidgade självbestämmanderätten begränsas till vissa specifika områden, vilka skall anges i lag. Huvudregeln skall således fortfarande vara enighet mellan vårdnadshavarna. De områden som enligt utredaren skall omfattas av den självständiga beslutanderätten är barnets tillgång till hälso- och sjukvård samt tandvård, insatser enligt socialtjänstlagen (2001:453) (SoL) och lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade (LSS) samt barnets förskoleverksamhet,

¹⁶² SOU 2007:52, s. 105 ff.

¹⁶³ SOU 2007:52, s. 249.

¹⁶⁴ Jämför FB 6:13 2 st.

¹⁶⁵ SOU 2007:52, s. 107 f.

¹⁶⁶ SOU 2007:52, s. 249.

¹⁶⁷ SOU 2007:52, s. 110 och 246.

skolgång och barnomsorg. Att det skall vara just dessa områden motiveras med att det alla är områden som det för barnets skull är angeläget att beslut kan fattas samt att det inte är ovanligt att något beslut inte kan tas på grund av föräldrarna oförmåga att enas. Utredaren nämner t.ex. att barnets intresse av vård och behandling väger väsentligt tyngre än principen om att föräldrar med gemensam vårdnad skall kunna enas i sådant som rör barnet. Detsamma sägs om barnets behov av beslut om val av skola. Föräldrarnas oenighet om skolval kan få allvarliga konsekvenser för barnet, som t.ex. måste leva i ovisshet och oro inför skolstarten. Dessutom kan en framtvungad kompromisslösning leda till att barnet tvingas gå i en skola långt bort från det stadigvarande boende och kamraterna.¹⁶⁸

När det gäller räckvidden av den självständiga beslutanderätten menar utredaren att den kan komma att sträcka sig långt utöver den fråga som gav upphov till att en av föräldrarna tillerkändes ensam bestämmanderätt. Detta innebär att den föräldern kan besluta i olika följdfrågor men också i frågor som inte har något samband med den fråga som föranledde domstolens beslut. Domstolens avgörande gäller tills något annat bestäms i avtal mellan föräldrarna eller domstolen senare ändrar sitt tidigare beslut.¹⁶⁹

Då den dagliga omsorgen inte ingår i den utvidgade självbestämmanderätten kan var och en av vårdnadshavarna besluta om frågor av vardaglig karaktär inom alla av ovannämnda områden. Vårdnadshavare 2 kan således t.ex. ansöka om kortare ledighet för barnet från skolan och företräda barnet i en enklare hälso- och sjukvårdsrelaterad fråga.¹⁷⁰

Ytterligare en förändring som utredaren föreslår är att barnets boendeförälder ensam skall få bestämma var i Sverige han eller hon skall bo tillsammans med barnet. Det krävs dock att vårdnadshavaren är boendeförälder enligt ett domstolsavgörande eller genom ett avtal mellan föräldrarna som godkänts av socialnämnden eftersom barnets bästa i dessa fall varit föremål för prövning. Detta innebär att övriga boendeföräldrar inte har rätt att flytta med barnet. Utredaren påpekar att ett utnyttjande av denna rätt kan medföra att ett domstolsbeslut om barnets umgänge med den andra vårdnadshavaren i praktiken kan bli verkningsslöst men att barnets behov av t.ex. bättre levnadsförutsättningar måste väga tyngre. Dessutom har boendeföräldern ett ansvar för att barnets behov av umgänge med den andra föräldern tillgodoses. Skulle boendeföräldern använda sin bestämmanderätt utan tillbörlig hänsyn till detta behov kan det finnas anledning till en prövning av vårdnaden eller boendet, trots att föräldern handlat inom ramen för sin behörighet. Boendeföräldrarnas rätt begränsas till bosättning inom Sverige. Utredaren menar att eftersom en flyttning till utlandet påverkar

¹⁶⁸ SOU 2007:52, s. 110 ff. och 247 f. Vid ställningstagande till om en viss fråga ryms inom något av nämnda ämnesområden bör i första hand vägledning sökas i definitionerna i hälso- och sjukvårdslagen, tandvårdslagen, SoL, LSS samt skollagen.

¹⁶⁹ SOU 2007:52, s. 119 f.

¹⁷⁰ SOU 2007:52, s. 107.

barnets möjlighet till kontakt med den andra föräldern, kamrater och släktingar bör en sådan kräva båda vårdnadshavarnas samtycke.¹⁷¹

7.3.2.1.2 Självständig beslutanderätt genom beslut av domstol eller avtal

Rättens möjlighet att ge en av vårdnadshavarna självständig beslutanderätt kan ses som ett alternativ till en uppdelning av den gemensamma vårdnaden och skall endast användas i undantagsfall. Möjligheten att få till stånd ett undantag från huvudregeln är inte ovillkorlig utan det krävs att det finns ett behov av en sådan ordning. I vissa fall kan ett sådant behov uppstå när ett beslut i en konkret och mer eller mindre akut fråga inte kan fattas på grund av föräldrarnas oenighet. Det kan även röra sig om en mer långvarig process, i vilken frågor av viss dignitet har varit svåra att enas om. Vidare krävs att vårdnadshavarnas oenighet är eller kommer att vara till nackdel för barnet och att frågan faller inom ett område där ingen av vårdnadshavarna med rättslig verkan kan agera självständigt. Innan domstol fattar beslut om någon av vårdnadshavarna skall tillerkännas självständig beslutanderätt måste det alltså göras en behovsprövning.

Vid behovsbedömningen skall rätten ta utgångspunkt i principen om barnets bästa. Detta gäller även vid valet av vilken vårdnadshavare som skall ges den självständiga beslutanderätten. Rätten kan därför behöva överväga vem av vårdnadshavarna som i ett längre perspektiv är mest lämpad att ha hand om beslutsfattandet. Risken för att någon av vårdnadshavarna missbrukar sin beslutanderätt på ett sätt som kan förstöra barnets relation med den andra föräldern skall därvid beaktas. Ytterligare en omständighet som särskilt skall beaktas är om en förälder har vilja och förmåga att försöka engagera den andra föräldern i beslutsfattandet t.ex. genom information och samråd. Vid såväl behovsbedömningen som vid val av vårdnadshavare måste rätten även ta hänsyn till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad. Rätten måste följaktligen göra en helhetsbedömning av samtliga omständigheter och försöka göra en framtidsprognos av hur situationen kan komma att se ut.¹⁷² Vid sin prövning skall rätten ha möjlighet att inhämta upplysningar eller en utredning av socialnämnden. Rätten skall även kunna fatta ett interimistiskt beslut i frågan.¹⁷³

En talan kan väckas avseende beslutanderätten inom ett eller flera områden men endast en av vårdnadshavarna kan ges självständig beslutanderätt inom ett visst område. Rätten bör vanligtvis inte heller ge båda vårdnadshavarna självständig beslutanderätt inom olika ämnesområden.¹⁷⁴ Finner rätten att vårdnadshavarnas oenighet i huvudsak rör en fråga som inte faller in under något av ämnesområdena, och det inte i övrigt finns skäl att göra ändring i vårdnaden, bör talan lämnas utan bifall.¹⁷⁵

¹⁷¹ SOU 2007:52, s. 115 ff.

¹⁷² SOU 2007:52, s. 122 f. och 245 f.

¹⁷³ SOU 2007:52, s. 124 och 256.

¹⁷⁴ SOU 2007:52, s. 246.

¹⁷⁵ SOU 2007:52, s. 248.

När det gäller föräldrarnas möjlighet att avtala om självständig beslutanderätt inom något eller flera områden krävs att avtalet är skriftligt och godkänns av socialnämnden. På samma sätt som rätten måste socialnämnden överväga om det utifrån barnets bästa finns ett behov av en sådan överenskommelse. Socialnämnden bör inte godkänna avtal i vilka vårdnadshavarna av rättviseskäl har fördelat den självständiga beslutanderätten mellan sig.¹⁷⁶

En förälder som tillerkänts självständig beslutanderätt skall inte kunna få sin särskilda behörighet registrerad. I stället anser utredaren att det bör ankomma på vårdnadshavare 1 att styrka sin självständiga beslutanderätt genom att visa upp en dom eller ett avtal i de situationer där det behövs. Om något avgörande inte kan visas upp och frågan inte är att hänföra till barnets dagliga omsorg, bör tredje man kunna utgå från att båda vårdnadshavarnas samtycke behövs.¹⁷⁷

7.4 Remissyttranden

Remisstiden gick ut den 31 januari 2008 och för närvarande är remissyttrandena under beredning i regeringen. Nedan kommer jag först att redogöra för tingsrätternas remissyttranden och därefter följer yttrandena av universiteten. De tingsrätter och universitet som ombetts att yttra sig är Falu, Luleå och Stockholms tingsrätt samt Lunds-, Stockholms-, Uppsala och Örebro universitet.

Falu tingsrätt. Tingsrätten ifrågasätter behovet av en förändring av reglerna om bestämmanderätten vid gemensam vårdnad och nämner att behovet t.ex. inte torde uppstå vid växelvis boende eftersom denna boendeform förutsätter ett särskilt gott samarbete mellan föräldrarna. Vidare anser tingsrätten att den föreslagna regleringen innebär att den gemensamma vårdnaden urholkas i viktiga avseenden och kan medföra att gemensam vårdnad i praktiken ges ett försteg vid valet av vårdnadsform, vilket 2006 års lagändringar avsåg att förhindra. Det skulle alltså kunna bli aktuellt med gemensam vårdnad trots att det föreligger beaktansvärda samarbetssvårigheter mellan föräldrarna. Tingsrätten menar att barnets tillgång till hälso- och sjukvård, tandvård samt insatser enligt SoL och LSS mycket sällan ger upphov till problem då föräldrarna oftast löser sådana frågor när de aktualiseras. Vad gäller förskoleverksamhet, skolgång och skolbarnomsorg anför tingsrätten att frågor inom dessa områden har en naturlig anknytning till boendefrågan och att det är mer lämpligt att bestämmanderätten knyts till denna. Enligt tingsrätten innebär den föreslagna ordningen en betydande risk för att rätten tillförs ytterligare frågor som kräver utredning som förlänger handläggningstiden och ökar risken för upprepade tvister. Avslutningsvis påpekar tingsrätten att vårdnadsfrågor ofta är svåra mål och att domstolarnas resurser bör

¹⁷⁶ SOU 2007:52, s. 124.

¹⁷⁷ SOU 2007:52, s. 127 ff.

koncentreras till de frågor som kan prövas enligt nuvarande lagstiftning. Sålunda avstyrker tingsrätten de föreslagna bestämmelserna om självständig beslutanderätt men tillstyrker att boendeföräldern skall ges rätt att ensam bestämma var i landet han eller hon skall bo med barnet.¹⁷⁸

Luleå tingsrätt. Tingsrätten tillstyrker utredarens förslag helt och hållet. Det framhålls att den självständiga beslutanderätten bör begränsas till vissa ämnesområden och att de föreslagna ämnesområdena är de som är mest angelägna. Vidare anser tingsrätten att förslaget om att i lagtext ge boendeföräldern rätt att besluta om bostadsort är välkommet.¹⁷⁹

Stockholms tingsrätt. Tingsrätten inleder med att konstatera att de ämnesområden som föreslås omfattas av självständig beslutanderätt är väsentliga och kan ha stor betydelse för barnets framtid. Det framhålls att det troligtvis inte föreligger förutsättningar för gemensam vårdnad om föräldrarna inte kan enas kring dessa frågor. Tingsrätten anser att nuvarande lagstiftning inte varit i kraft tillräckligt länge för att en utvärdering skall vara möjlig, vilket talar mot ett införande av de föreslagna ändringarna. Enligt tingsrätten innebär förslaget en urholkning av vårdnadsbegreppet och medför en risk för att antalet familjemål tilltar, vilket är till nackdel för barnet och dessutom ökar domstolarnas arbetsbörda. Tingsrätten menar även att förslaget att en av vårdnadshavarna ges ensam bestämmanderätt i en betydelsefull fråga kan leda till att vårdnadshavarnas möjligheter att fortsätta samarbetet allvarligt försvåras. Vidare anser tingsrätten att de angivna ämnesområdena framstår som oklara i sin avgränsning i förhållande till närliggande frågor som faller inom ramen för den dagliga omsorgen. Som exempel nämner tingsrätten frågan om vaccination. Är detta en enklare fråga som faller in under den dagliga omsorgen eller är det en fråga som är förbehållen vårdnadshavare 1? När det gäller beslutanderätten om var i Sverige barnet skall bo anför tingsrätten att det kan få stora verkningar på umgänget och att det är svårt att överblicka de långsiktiga konsekvenserna. Sammanfattningsvis avstyrker tingsrätten utredarens förslag.¹⁸⁰

Lunds universitet. Juridiska fakultetsstyrelsen finner förslaget väl genomarbetat. Det konstateras att trots att viss kritik kan framställas mot att urholka föräldrarnas samarbetsförmåga som grundläggande element i den gemensamma vårdnaden, bör samarbetsförmågan underordnas den faktiska målsättningen, dvs. barnets bästa. Juridiska fakultetsstyrelsen understryker dock att de samarbetsvårigheter som föräldrar med gemensam vårdnad kan ställas inför inte är begränsade till de områden som lagförslaget avser. Det betonas att även beslut inom andra områden kan vara av stor betydelse för barnet utan att den gemensamma vårdnaden i varje fall bör upplösas. En lösning med mera omfattande möjlighet till uppdelning av beslutanderätten anses nödvändig för att det praktiska vardagslivet skall fungera så konfliktfritt som möjligt och en sådan medför dessutom att gemensam

¹⁷⁸ Yttrande av *Falu tingsrätt*, Ju2007/6836/L2, AD 2007-0117, 2008-01-17, s. 2 f.

¹⁷⁹ Yttrande av *Luleå tingsrätt*, Ju2007/6836/L2, dnr 175-2007, 2008-02-08, s. 1.

¹⁸⁰ Yttrande av *Stockholms tingsrätt*, Ju2007/6836/L2, adm. 5.1 2007/0460, 2008-01-17, s. 1 ff.

vårdnad kan behållas i fler fall än vad som annars är rimligt. När det gäller frågan om barnets boende framhåller juridiska fakultetsstyrelsen att en reglering som ger boendeföräldern ovillkorlig rätt att flytta med barnet kan medföra att barnets kontakt med den andra föräldern kraftigt försämras. Istället föreslås en tvistlösning med en anmälningsplikt för den som vill flytta¹⁸¹. Umgängesföräldern skall då, inom en viss angiven tidsperiod, ha rätt att väcka talan om att förbjuda flytten. I beslutet skall domstolen ta hänsyn till boendeföräldrarnas skäl till flytten och väga in omfattningen av umgängesföräldrarnas kontakt med barnet samt i vilken mån denna kontakt skulle försvåras om en flytt genomförs. Domstolen skall som utgångspunkt inte pröva frågan om en överflyttning av boendet till den andra föräldern, utan boendeföräldern skall kunna välja att stanna kvar på ursprungsorten med barnet hos sig om denna inte ges tillstånd att flytta. Vidare anføres att det i sken av den globalisering som ägt rum inte vore rimligt att onyanserat kräva båda vårdnadshavarnas samtycke för en flytt utomlands som i praktiken kan röra sig om en relativt kort sträcka eller vara av kortvarig karaktär. Det påpekas att de flesta boendeföräldrar är kvinnor och att en flytt kan vara nödvändig för deras karriärutveckling. Juridiska fakultetsstyrelsen menar att ovannämnda modell även kan användas vid en flytt utomlands.¹⁸²

Stockholms universitet. Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet tillstyrker utredarens förslag i sin helhet. Nämnden instämmer i uppfattningen att kravet på konsensus mellan vårdnadshavarna kan gå ut över barnets bästa och anser att lagändringarna i förslaget är väl lämpade att motverka detta. Det påpekas dock att utredaren avstått från att lämna förslag rörande passfrågor, vilket enligt nämnden innebär att oenighet i denna fråga kan leda till att den gemensamma vårdnaden måste upplösas.¹⁸³

Uppsala universitet. Universitetet konstaterar att utredarens förslag syftar till att så långt möjligt behålla en gemensam vårdnad även vid oenighet mellan vårdnadshavarna. Universitetets inställning är att förslaget är väl avvägt och underbyggt samt att det inte kräver någon ytterligare kommentar. Således tillstyrker universitetet utredarens förslag.¹⁸⁴

Örebro universitet. Universitetet framhåller att utredningen innehåller goda förslag men att den i vissa delar kunde ha haft ett tydligare barnperspektiv där framför allt utsatta barns situation och behov belysts. Vidare påpekar universitetet att det inte inhämtats några synpunkter från barn, trots att Barnkonventionen stadgar att barn har rätt att komma till tals i alla frågor som rör dem. Det nämns också att den föreslagna ordningen inte alls berör frågan om samtycke från båda föräldrarna vid forskning med barn. Universitetet menar även att det saknas en mer genomgripande analys och diskussion om hur de föreslagna ändringarna påverkar situationen för barn

¹⁸¹ En liknande reglering finns i dansk rätt, se nedan kap. 8.1.2.

¹⁸² Yttrande av juridiska fakultetsstyrelsen vid *Lunds universitet*, Ju2007/6836/L2, dnr RÅ 2007/278, 2008-01-31, s. 1 ff.

¹⁸³ Yttrande av juridiska fakultetsnämnden vid *Stockholms universitet*, Ju2007/6836/L2, dnr SU 302-2231-07, 2008-01-24, s. 1 f.

¹⁸⁴ Yttrande av *Uppsala universitet*, Ju2007/6836/L2, UFV 2007/1710, 2008-01-29, s. 2.

och föräldrar där psykisk och/eller fysisk misshandel förekommit och där rädsla är ett starkt inslag i vardagen. Den fortsatta beredningen bör, enligt universitetet, fördjupa diskussionerna kring detta problem.¹⁸⁵

7.5 Sammanfattande kommentarer

Det har länge framförts kritik mot att gemensam vårdnad kräver konsensus mellan föräldrarna trots att gemensam vårdnad inte nödvändigtvis är ett självständigt val av båda föräldrarna. Bestämmanderätten vid gemensam vårdnad har många gånger varit föremål för diskussion. Det har t.ex. övervägts att domstol skall kunna besluta om en fördelning av bestämmanderätten mellan föräldrarna men någon lagändring har emellertid inte ägt rum.

Den 6 juli 2006 beslutade regeringen att ge en särskild utredare i uppdrag att grundligt analysera vilka olika nackdelar som gemensam vårdnad kan medföra för ett barn när vårdnadshavarna inte kan samarbeta i frågor som rör barnet. Utredaren skulle också överväga olika tvistlösningsmodeller.

I juli år 2007 lade utredaren fram betänkandet SOU 2007:52 – Beslutanderätten vid gemensam vårdnad m.m. Det påpekas att en modifiering av beslutsprocessen skulle kunna skapa en plattform för ställningstaganden som är viktiga för barnet och åstadkomma viss stabilitet i en konfliktsituation mellan vårdnadshavarna. För att bevara principen om samarbete mellan vårdnadshavarna och för att vårdnadshavare i framtiden inte skall kunna begära en prövning av varje tänkbar tvistefråga menar utredaren att tvistlösningsförfarandet måste innehålla begränsningar och att något heltäckande tvistlösningsinstitut således inte bör eftersträvas. Förslaget innebär att en av vårdnadshavarna skall kunna ges en vidgad rätt att på egen hand besluta om frågor inom hälso- och sjukvård samt tandvård, insatser enligt SoL och LSS samt om barnets förskoleverksamhet, skolgång och barnomsorg. Vidare föreslår utredaren att boendeföräldern ensam skall kunna besluta var i Sverige han eller hon skall bo tillsammans med barnet.

Sex av de sju remissyttranden som jag har studerat tillstyrker förslaget helt eller delvis, främst på grund av att kravet på konsensus anses kunna gå ut över barnets bästa. Endast Stockholms tingsrätt avstyrker förslaget helt med hänvisning till att tingsrätten anser att det inte föreligger förutsättningar för gemensam vårdnad om föräldrarna inte kan enas kring frågor inom de föreslagna områdena.

Om förslaget går igenom innebär det att kravet på konsensus ytterligare mjukas upp. Detta kan ses som ännu ett steg mot att sätta barnet i fokus och göra lagen alltmer barncentrerad. Det är barnets bästa som skall vara avgörande och inte föräldrarnas intressen eller rättvisa mellan dem. Det

¹⁸⁵ Yttrande av Örebro universitet, Ju2007/6836/L2, dnr CF 15-611/2007, 2008-01-28, s. 1 ff.

måste dock påpekas, vilket också görs av Lunds universitet, att det finns fler områden än de som utredaren föreslår som kan vara av stor betydelse för barnet utan att den gemensamma vårdnaden tvunget måste upplösas. Den föreslagna ordningen medför att frågor inom dessa områden kan förbli olösta, då status quo skall behållas om föräldrarna inte kan enas.

8 Utländsk rätt

Dansk och norsk rätt har stora likheter med den svenska lagstiftningen även om det inom vissa områden finns avsevärda skillnader. När det gäller bestämmanderätten vid gemensam vårdnad har länderna valt att till viss del lagstifta på olika sätt. I takt med förändringar i lagstiftningen har skillnaderna blivit mindre men vid en komparation blir de alltså tydliga och åskådliga alternativa lösningar. Kapitlet syftar till att belysa fördelar respektive nackdelar med den svenska lagstiftningen på området och nedan följer således en redogörelse av dansk och norsk lagstiftning. Länderna presenteras i var sitt avsnitt vilka inleds med en översiktlig redovisning av stadgandena om hur föräldrar erhåller status som vårdnadshavare. Därefter behandlas reglerna om bestämmanderätt vid gemensam vårdnad. Avslutningsvis ges sammanfattande kommentarer.

8.1 Danmark

8.1.1 Vårdnadshavare

Reglerna om vårdnad, boende och umgänge finns i lov nr. 499 af 6 juni 2007 om forældreansvar (forældreansvarslov) som trädde i kraft den 1 oktober 2007.¹⁸⁶ Lagen ersatte därmed lov nr. 387 af 14 juni 1995 om forældremyndighed og samvær (forældremyndighedslov). Begreppet forældremyndighed motsvarar det svenska begreppet vårdnad.¹⁸⁷

Är föräldrarna gifta med varandra vid barnets födelse eller ingår de senare äktenskap får de automatiskt gemensam vårdnad (fælles forældremyndighed).¹⁸⁸ Ogifta föräldrar kan avtala om att vårdnaden skall vara gemensam eller avge en förklaring om att de tillsammans skall dela på ansvaret och omsorgen om barnet. I annat fall har modern ensam vårdnad (forældremyndigheden alene).¹⁸⁹ Ett avtal om gemensam vårdnad skall anmälas till statsförvaltningen eller till domstol.¹⁹⁰

En av de stora förändringarna med den nya lagen är att gemensam vårdnad gjorts till huvudregel och att utgångspunkten är att den gemensamma vårdnaden skall bestå även efter en eventuell separation mellan föräldrarna. Lagstiftaren har velat lyfta fram huvudprincipen om att barn har rätt till två föräldrar. Principen innebär att föräldrar, oavsett om de lever ihop, skall ta ansvar för barnet och samarbeta i väsentliga beslut i frågor som rör

¹⁸⁶ Forældreansvarslov, 47 §.

¹⁸⁷ Se t.ex. Ryrstedt, *Konsensus – förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar?*, s. 34 och SOU 2007:52, s. 39.

¹⁸⁸ Forældreansvarslov, 6 § 1 st.

¹⁸⁹ Forældreansvarslov, 7 §.

¹⁹⁰ Forældreansvarslov, 9 §.

barnet.¹⁹¹ Den gemensamma vårdnaden består sålunda även efter att föräldrarna har separerat eller skilt sig.¹⁹² Föräldrar som inte lever tillsammans kan dock avtala om att en av dem skall vara ensam vårdnadshavare. Även ett sådant avtal skall anmälas till statsförvaltningen eller till domstol.¹⁹³ Om föräldrarna inte enas om den fortsatta vårdnaden kan de föra talan om att rätten avgör om den gemensamma vårdnaden skall bestå eller om en av dem skall tillerkännas ensam vårdnad. Rätten kan dock endast upphäva den gemensamma vårdnaden om det finns tungt vägande skäl.¹⁹⁴ Enligt motiven till den nya lagstiftningen är föräldrarnas möjlighet att hantera sina konflikter på ett sätt som inte går ut över barnet av avgörande betydelse.¹⁹⁵ Det krävs inte att föräldrarna kan enas kring alla frågor som rör barnet men om deras samarbetsvårigheter är oövervinnerliga torde det inte vara till barnets bästa att den gemensamma vårdnaden består. Oenighet i enstaka väsentliga frågor skall som utgångspunkt emellertid inte kunna leda till att den gemensamma vårdnaden upplöses. I stället hänvisas föräldrarna att söka hjälp genom rådgivning eller medling hos statsförvaltningen.¹⁹⁶ Vid bedömningen skall rätten utgå ifrån barnets bästa samt ta hänsyn till barnets egna synpunkter med beaktande av barnets ålder och mognad.¹⁹⁷

8.1.2 Utövande av gemensam vårdnad

Att vara vårdnadshavare innebär att man svarar för omsorgen om barnet och kan fatta beslut om barnets personliga förhållanden utifrån barnets intressen och behov. Barnet har rätt till trygghet och får inte utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling.¹⁹⁸

När vårdnaden är gemensam krävs enighet om väsentliga beslut rörande barnets förhållanden. Till sådana väsentliga beslut hör bl.a. beslut om att barnet skall flytta utomlands, barnets religion och väsentliga medicinska ingrepp. Vidare kan det i speciallagstiftningen ställas krav på båda föräldrarnas samtycke som vid t.ex. val av skola, utfärdande av pass, samtycke till äktenskap samt namnval. Föräldrarna kan dock var för sig själva fatta beslut om övergripande förhållanden som rör barnets dagliga liv.

¹⁹¹ Lovforslag L 133: *Forslag til forældreansvarslov*, under kap. 1.2 - Oversigt over lovforslaget (Internet).

¹⁹² Forældreansvarslov, 8 §.

¹⁹³ Forældreansvarslov, 10 och 13 § §.

¹⁹⁴ Forældreansvarslov, 11 och 14 § §. Enligt den gamla lagstiftningen kunde var och en av föräldrarna kräva ett upplösande av den gemensamma vårdnaden, se forældremyndighedslov, 8 §.

¹⁹⁵ Lovforslag L 133: *Forslag til forældreansvarslov*, under kap. 13 - Samlet vurdering af lovforslagets konsekvenser, motivering til forældreansvarslov (Internet), 11 §.

¹⁹⁶ Lovforslag L 133: *Forslag til forældreansvarslov*, under kap. 1.2 - Oversigt over lovforslaget og kap. 13 - Samlet vurdering af lovforslagets konsekvenser, motivering til forældreansvarslov (Internet), 3 §. Tidigare var föräldrarna tvungna att vara eniga om i princip alla frågor för att kunna ha gemensam vårdnad eftersom de ovillkorligt kunde kräva ensam vårdnad.

¹⁹⁷ Forældreansvarslov, 4 och 5 § §.

¹⁹⁸ Forældreansvarslov, 2 §.

Enligt motiven kan det gälla beslut om mat, kläder, sovtider, kamrater och liknande. Det kan också gälla beslut om barnets förskola, vissa fritidsaktiviteter och om barnet skall få gå till skolpsykolog. Bestämmelsen infördes i syfte att undvika att det hela tiden uppstår konflikter i barnets vardag till följd av att båda vårdnadshavarna skall delta i beslutsfattandet.¹⁹⁹ Den förälder som barnet bor tillsammans med kan även ensam bestämma var i landet barnet skall bo.²⁰⁰ Det finns emellertid en skyldighet att senast sex veckor före flyttningen meddela den andra föräldern.²⁰¹ Avsikten är att den andra föräldern skall ges möjlighet att begära prövning av frågor om vårdnaden, boendet eller umgänget. Genom prövningen är det också möjligt att få till stånd en prövning av om flyttningen är till barnets bästa. Bestämmelsen syftar även till att understryka föräldrarnas ansvar för barnets kontakt med båda sina föräldrar.²⁰²

Om någon av eller båda föräldrarna på grund av förhinder inte kan fatta beslut i barnets personliga angelägenheter, kan statsförvaltningen utse någon som har vårdnadsansvaret under tiden.²⁰³

För de föräldrar som inte kan enas i frågor som rör barnet finns möjlighet till rådgivning och medling av statsförvaltningen.²⁰⁴ I vissa frågor kan man även vända sig till domstol för ett beslut. Rätten kan besluta om vem som skall ha barnet boende hos sig om föräldrarna inte kan enas. Denna reglering är ny och infördes som en konsekvens av att enighet inte längre krävs i alla frågor vid gemensam vårdnad och att domstol kan besluta om gemensam vårdnad mot föräldrarnas vilja. Det är även möjligt för rätten att besluta om att barnet skall bo hos en förälder som bor utomlands eller vill flytta till utlandet.²⁰⁵ Barnets rätt till umgänge med den förälder det inte bor tillsammans med kan vid oenighet mellan föräldrarna bestämmas av statsförvaltningen eller domstol.²⁰⁶ De föräldrar som kan komma överens kan i stället fritt reglera frågorna om boende och umgänge genom avtal.²⁰⁷

Vårdnadsansvaret består till dess barnet fyller 18 år eller dessförinnan ingår äktenskap.²⁰⁸ Vårdnadshavarna skall emellertid i takt med barnets stigande ålder och mognad ta hänsyn till barnets synpunkter vid beslutsfattande i frågor rörande barnet.²⁰⁹

¹⁹⁹ Föräldreansvarslov 3 § 1 st. och Lovforslag L 133: *Forslag til forældreansvarslov*, under kap. 13 - Samlet vurdering af lovforslagets konsekvenser, motivering till föräldreansvarslov (Internet), 3 §.

²⁰⁰ Föräldreansvarslov, 3 § 1 st.

²⁰¹ Föräldreansvarslov, 18 §.

²⁰² Lovforslag L 133: *Forslag til forældreansvarslov*, under kap. 13 - Samlet vurdering af lovforslagets konsekvenser, motivering till föräldreansvarslov (Internet), 3 och 18 § §.

²⁰³ Föräldreansvarslov, 28 §.

²⁰⁴ Föräldreansvarslov, 32 §.

²⁰⁵ Föräldreansvarslov 17 § och Lovforslag L 133: *Forslag til forældreansvarslov*, under kap. 13 - Samlet vurdering af lovforslagets konsekvenser, motivering till föräldreansvarslov (Internet), 17 §.

²⁰⁶ Föräldreansvarslov, 19-22 § § och 38 §.

²⁰⁷ Föräldreansvarslov, 17 och 21 § §.

²⁰⁸ Föräldreansvarslov, 1 §.

²⁰⁹ Föräldreansvarslov, 5 §.

8.2 Norge

8.2.1 Vårdnadshavare

Den norska lagstiftaren har valt begreppet foreldreansvar, vilket motsvarar det svenska begreppet vårdnad. Bestämmelserna om vårdnad, boende och umgänge finns reglerade i lov 1981-04-08 nr. 7: om barn og foreldre (barnelova).²¹⁰ Rätten att fatta beslut i ekonomiska angelägenheter regleras i lov 1927-04-22 nr. 3 om vergemål for umyndige. Huvudregeln är dock att förmynderskapet följer vårdnadsansvaret.²¹¹

Föräldrar som är gifta har gemensam vårdnad (felles foreldreansvar). Om föräldrarna separerar eller skiljer sig har de fortsatt gemensam vårdnad till dess det finns ett avtal eller ett avgörande i frågan. De föräldrar som inte kan enas kan väcka talan i frågan om vårdnad. Föräldrarna kan även avtala om att vårdnaden skall vara gemensam eller ensam (foreldreansvaret alene).²¹² För att avtalet skall vara giltigt måste de göra en anmälan till ”folkeregistret”.²¹³ När föräldrarna inte är gifta eller bor tillsammans har modern ensam vårdnad. De kan emellertid ingå avtal om att vårdnaden skall vara gemensam eller att fadern skall ha ensam vårdnad.²¹⁴ Föräldrarna kan även vända sig till domstol för ett avgörande.²¹⁵ Bor föräldrarna tillsammans har de gemensam vårdnad om de gemensamma barnen.²¹⁶

I Norge är gemensam vårdnad norm²¹⁷ vilket kan leda till ett beslut om gemensam vårdnad mot en förälders vilja om det anses vara till barnets bästa. Det är dock inte möjligt att besluta om gemensam vårdnad mot båda föräldrarnas vilja.²¹⁸ Principen om barnets bästa skall vara avgörande för alla beslut rörande vårdnad, boende och umgänge.²¹⁹

Innan talan väcks i frågor om vårdnad, boende och umgänge gällande barn under 16 år måste föräldrar med gemensam vårdnad underkasta sig medling. Målsättningen är att de skall kunna enas om ett skriftligt avtal i de tvistiga frågorna.²²⁰

²¹⁰ Ryrstedt, *Konsensus – förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar?*, s. 27. Lagen trädde i kraft 1982 men har ändrats därefter.

²¹¹ Lov 1927-04-22 nr 3 om vergemål for umyndige, 2:3 och barnelova, 30 § 4 st.

²¹² Barnelova, 34 och 56 § §.

²¹³ Barnelova, 39 §.

²¹⁴ Barnelova, 35 § 1 och 3 st.

²¹⁵ Barnelova, 34 § 3 st. och 56 §.

²¹⁶ Barnelova, 35 § 2 st.

²¹⁷ Ryrstedt, *Konsensus – förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar?*, s. 28.

²¹⁸ Ot. prp. nr. 62 (1979-80), *Om lov om endringer i lov 8. April 1981 nr. 7 om barn og foreldre*, s. 28 f. och Danielsen Svend, *Nordisk børneret II: Forældreansvar: et sammenlignende studie af dansk, finsk, islandsk, norsk og svensk ret med drøftelser af harmoniseringsmuligheder og reformbehov*, Köpenhamn 2003, s. 121.

²¹⁹ Barnelova, 48 §.

²²⁰ Barnelova, 51-52 § §.

8.2.2 Utövande av gemensam vårdnad

Som vårdnadshavare ansvarar man för barnets omsorg och uppfostran. Barn får inte utsättas för våld eller någon annan behandling som utsätter den fysiska eller psykiska hälsan för fara. Vårdnadshavarna har rätt och skyldighet att fatta beslut i barnets personliga angelägenheter vilket bl.a. innebär att sörja för barnets försörjning och utbildning. Föräldraansvaret består till dess barnet är myndigt och skall utövas utifrån barnets behov och intressen.²²¹

När vårdnaden är gemensam skall beslut i frågor rörande barnet fattas i samförstånd mellan föräldrarna.²²² Boendeföräldern ges emellertid en särskild beslutanderätt i lag som innebär att denne ensam kan fatta beslut i väsentliga frågor om barnets omsorg utan att den andra föräldern kan motsätta sig besluten. Som exempel nämns var barnet skall daghemsplockas, var i landet barnet skall bo och andra större beslut om vardagslivet.²²³ På motsvarande sätt kan den andra föräldern fatta beslut i frågor gällande barnets omsorg när barnet är tillsammans med denne.²²⁴ Till barnets omsorg räknas t.ex. beslut om mat, sovtider, kläder, nöjen och kamrater.²²⁵ När det gäller viktigare frågor som t.ex. val av skola, medicinska ingrepp samt flytt till utlandet måste föräldrarna vara överens.²²⁶ Bor barnet växelvis hos föräldrarna har de helt jämställd bestämmanderätt. De måste då antingen vara eniga om alla beslut eller avtala om hur bestämmanderätten skall fördelas mellan dem.²²⁷ I doktrinen har det dock hävdats att det mest vardagliga besluten om t.ex. barnets sovtider och kläder kan fattas av den förälder som för tillfället har barnet hos sig.²²⁸

När det gäller barnets boende och umgänge kan föräldrarna upprätta avtal i dessa frågor.²²⁹ Föräldrarna har ett ömsesidigt ansvar för att barnets behov av umgänge med båda föräldrarna tillgodoses.²³⁰ Kan föräldrarna inte uppnå enighet kan rätten fatta beslut om boendet eller umgänget. En förutsättning är dock att föräldrarna först genomgått medling.²³¹

I lagen stadgas en rätt för barnet att yttra sig innan beslut fattas. Barnets inställning skall ges större betydelse för föräldrarnas beslutsfattande i takt med dess stigande ålder och mognad. Den som fyllt 7 år har rätt att säga sin

²²¹ Barnelova, 30 § 1-3 st. och 33 § e contrario. Se även 66 §.

²²² Barnelova, 37 § e contrario. Se även Ryrstedt, *Konsensus – förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar?*, s. 29.

²²³ Barnelova, 37 §.

²²⁴ Barnelova, 42 § 2 st.

²²⁵ Danielsen Svend, *Nordisk børneret II*, s. 109 och 206 f.

²²⁶ Ot. prp. nr. 56 (1996-97), *Om lov om barn og foreldre*, s. 56 och Danielsen, *Nordisk børneret II*, s. 106. Se även barnelova, 40 §.

²²⁷ Ot. prp. nr. 56 (1996-97), s. 83.

²²⁸ Ryrstedt, *Konsensus – förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar?*, s. 30.

²²⁹ Barnelova, 36 § 1 st. och 43 §.

²³⁰ Barnelova, 42 § 1 st.

²³¹ Barnelova, 36 § 2 st., 51-52 § § och 56 §.

mening i personliga angelägenheter som t.ex. vem av föräldrarna som barnet skall bo tillsammans med. När barnet fyllt 12 år skall stor vikt läggas vid dess åsikter.²³² I takt med att barnet blir äldre skall föräldrarna även ge barnet ökad självbestämmanderätt.²³³ Den som har fyllt 15 år får t.ex. själv fatta beslut i frågor om utbildning och medlemskap i föreningar.²³⁴

För närvarande pågår en utvärdering av bestämmelserna i barnelova om vårdnad, boende och umgänge. Huvudsyftet med utvärderingen är att utifrån perspektivet att båda föräldrarna skall anses vara lika viktiga för barnet överväga ändringar i lagen. Utredningen skall bl.a. se närmare på innehållet i begreppet barnets bästa och därvid undersöka om barnets bästa kan tas till vara bättre genom en mer likvärdig fördelning av föräldrarnas ansvar. Vidare skall utredningen se över lagstiftningen avseende förutsättningarna för gemensam vårdnad samt vårdnadshavarnas beslutanderätt. Resultaten av utredningen skall läggas fram senast den 1 maj 2008.²³⁵

8.3 Sammanfattande kommentarer

I Danmark och Norge, precis som i Sverige, kan rätten besluta om gemensam vårdnad trots att inte båda föräldrarna önskar det. Det finns inte någon direkt tvistlösning att tillgå i länderna utan huvudregeln är att föräldrarna skall komma överens i alla frågor som rör barnet när vårdnaden är gemensam. Frågor om barnets boende och umgänge kan dock lösas av rätten. Det finns även ett utrymme för föräldrar att ensidigt fatta vissa beslut. Den förälder som för tillfället har hand om barnet har rätt att bestämma över barnets dagliga omsorg. Vilka beslut som inefattas i denna bestämmanderätt skiljer sig dock åt mellan de olika länderna. Gemensamt för de tre länderna är bl.a. att det finns en risk att en status quo situation uppstår i frågor utöver barnets boende, umgänge eller dagliga omsorg och att det ytterst återstår att begära en ändring i boendet eller vårdnaden. I alla tre länder finns det också en risk att en förälder genomför ett beslut i strid mot den andra förälderns vilja utan att kunna drabbas av någon sanktion. Ett sådant handlande kan dock ifrågasätta förälderns lämplighet som vårdnadshavare eller boendeförälder.²³⁶

Den danska regleringen kan sägas ha närmat sig Sveriges och Norges lagstiftningar på så sätt att det inte längre krävs att båda föräldrarna vill ha gemensam vårdnad för att rätten skall kunna besluta om det. Dessutom kan den danska domstolen numera även besluta om barnets boende. Den danska lagstiftaren har emellertid tagit lagstiftningen ett steg längre än den svenska genom att boendeföräldern har möjlighet att besluta var i landet barnet skall

²³² Barnelova, 31 §.

²³³ Barnelova, 33 §.

²³⁴ Barnelova, 32 §.

²³⁵ Barne- og likestillingsdepartementet, Pressmelding nr. 07002; Offentlig utvalg opnevnt: Gjennomgang av barneloven (Internet).

²³⁶ Se även Ryrstedt, *Konsensus – förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar?*, s. 70 ff., artikeln är dock skriven före Danmarks lagändring.

bo. Danmark har också en uttrycklig lagregel om vilka beslut som föräldrarna var för sig kan fatta, i syfte att undvika att det ständigt uppstår konflikter i barnets vardag.

Även den norska lagstiftningen kan sägas vara mindre strikt i kravet på föräldrars gemensamma beslut än den svenska, genom att boendeföräldern i lag ges rätt att besluta om var barnet skall daghemspliceras, var i landet barnet skall bo samt om andra väsentliga frågor om barnets omsorg.

Sammanfattningsvis kan konstateras att Sverige i nuläget har den ordning som går längst i kravet på konsensus mellan föräldrar med gemensam vårdnad. Fördelen med de varianter som Danmark och Norge har valt är främst att boendeföräldern inte blir lika låst i sin situation då denne t.ex. har möjlighet flytta med barnet för att kunna skaffa sig ett bättre arbete och att det finns färre frågor som kan bli föremål för en situation av status quo. Boendeföräldrarnas lagstadgade självbestämmanderätt underlättar således vardagen för föräldern vilket i sin tur minskar risken att barnet ständigt utsätts för konflikter. I Sverige har emellertid båda vårdnadshavarna en möjlighet att vara delaktiga i nästan varje beslut, vilket kan främja ett engagemang i barnet samt en god kontakt mellan barnet och båda föräldrarna. Det bör dock noteras att ett barn inte får en nära relation till båda sina föräldrar endast av den anledningen att föräldrarna har möjlighet att delta i beslutsfattande kring barnet.

9 Analys och slutsatser

Analysen syftar till att knyta samman de tidigare kapitlen i en diskussion de lege ferenda om huruvida gällande rätt behöver revideras och hur en lagändring i sådant fall skulle kunna se ut samt att besvara den slutliga frågan om vilka för- respektive nackdelar som finns med den föreslagna lagändringen. Utgångspunkten för diskussionen är således föreslagen ordning i SOU 2007:52 samt barnets bästa. Avslutningsvis presenteras mina slutsatser.

9.1 Bestämmanderätt vid gemensam vårdnad – de lege ferenda

I dagens Sverige är gemensam vårdnad norm och det är också den vanligaste förekommande vårdnadsformen. Det är dock många föräldrar som inte lever tillsammans och varje år är det många barn som genomgår en separation mellan föräldrarna. De flesta föräldrar som inte lever ihop klarar av att samarbeta i frågor som rör deras barn men tyvärr finns det alltför många fall där föräldrar låter den egna konflikten gå ut över barnet som blir en bricka i ett spel om hämnd mellan föräldrarna. Även de föräldrar som inte har för avsikt att trilskas har likväl ofta olika mål och intressen vilket gör att de kan ha skilda meningar i de beslut som skall fattas i frågor rörande barnet. Det är viktigt att komma ihåg att barnet ofrivilligt hamnar mitt i föräldrarnas konflikt och att denna självklart har en negativ inverkan på barnet.

Domstolen kan besluta om gemensam vårdnad mot en förälders vilja och således påtvinga föräldrar ett gemensamt vårdnadsansvar trots att båda föräldrarna inte önskar det. Den gängse uppfattningen är att barn har behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar och att gemensam vårdnad kan skapa förutsättningar för en sådan kontakt. För att det skall vara möjligt krävs ett gott samarbete mellan föräldrarna men, som framförts i doktrin, går det inte att dra slutsatsen att denna samarbetsförmåga uppkommer genom att tillerkänna föräldrarna gemensam vårdnad. Gemensam vårdnad innebär inte heller nödvändigtvis att båda föräldrarna är delaktiga i barnets vardag. I syfte att strama upp användandet av gemensam vårdnad mot en förälders vilja ändrades lagen år 2006 då det enligt vårdnadskommittén fanns en tendens hos domstolarna att döma till gemensam vårdnad även när det kunde förutses att föräldrarna inte skulle kunna samarbeta. Vid bedömningen av om vårdnaden skall vara gemensam eller ensam skall rätten numera särskilt beakta föräldrarnas förmåga att samarbeta i frågor som rör barnet. I vilken omfattning en uppstramning kommer att ske blir främst beroende av vilka krav som ställs på föräldrarnas samarbete. Det preciseras dock inte närmare hur stora och vilka typer av samarbetsproblem som kan accepteras och vilka typer av sakfrågor som kan

grunda ensam vårdnad om föräldrarna inte kommer överens. Visserligen medför det flexibilitet för domstolen men det kan bli svårt att på förhand avgöra när föräldrars oenighet innebär att det bästa för barnet är att ha en ensam vårdnadshavare. Som jag redogjort för ovan går det inte med säkerhet att säga att rätten skulle upplösa den gemensamma vårdnaden till följd av vårdnadshavarnas oenighet i en enda fråga, särskilt om denna fråga inte är av sådan art att det för barnets skull är nödvändigt att ett beslut fattas. Rätten kan i stället komma fram till att gemensam vårdnad är den långsiktigt bästa lösningen för barnet. Oavsett, så kan en rättsprocess ta lång tid vilket får till följd att situationen under tiden skall förbli oförändrad, vilket i sin tur kan medföra att barnet kommer i kläm.

När det gäller bestämmanderätten har lagstiftaren stor tillit till att föräldrar med gemensam vårdnad kan samarbeta. Vårdnadshavarna har ett gemensamt ansvar för barnets uppfostran och utveckling, vilket framgår av både FB och Barnkonventionen. De skall normalt utöva bestämmanderätten tillsammans och i samförstånd fatta beslut i frågor som rör barnets personliga angelägenheter. En av vårdnadshavarna kan alltså motsätta sig att beslut fattas, även om detta är angeläget. När reglerna infördes var föräldrar tvungna att vara överens om att ha gemensam vårdnad för att det skulle vara möjligt. Sedan dess har det blivit möjligt att besluta om gemensam vårdnad mot en förälders vilja men bestämmelserna om utövandet av gemensam vårdnad har förblivit oförändrade och det stränga kravet på konsensus är följaktligen huvudregel. Visserligen finns det några enstaka undantag som t.ex. när en av vårdnadshavarna är sjuk och frågor som gäller barnets dagliga omsorg samt att barnet i takt med stigande ålder och mognad skall vara med och bestämma, men det finns ingen möjlighet till tvistlösning i andra fall än vid frågor om barnets boende och umgänge vilket innebär att risken för att en status quo situation uppstår är stor. Utifrån barnets bästa är det viktigt att sakfrågor inte förblir olösta då det kan skapa otrygghet för barnet och i vissa fall vara direkt skadligt. Ständigt olösta konflikter leder dessutom ofta till oro och irritation för alla inblandade, vilket självklart påverkar barnet negativt. Det kan även leda till att föräldrarna mår så psykiskt dåligt att de inte kan tillgodose barnets behov på bästa sätt. Med dagens lagstiftning är det inte ens möjligt att utläsa exakt vilka beslut som var och en av vårdnadshavarna på egen hand kan fatta. Genom att närmare precisera uttrycket daglig omsorg skulle detta klart och tydligt kunna framgå.

Att en vårdnadshavare inte får lov att fatta ett beslut på egen hand hindrar inte att den ändå kan göra det. Bortsett från brottet egenmäktighet med barn finns det inte någon direkt sanktion mot ett sådant handlande men det kan eventuellt påverka förälderns lämplighet som boendeförälder eller vårdnadshavare. Det är dock inget man med säkerhet kan säga eftersom domstolen vid sin bedömning skall ta hänsyn till samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Jag anser att det inte är tillfredställande att ha en lagstiftning som kan få föräldrar att agera illegalt på grund av att de inte kan få hjälp med att lösa viktiga frågor rörande barnet. Ett sådant handlande kan

skada barnets relation med sin andra förälder och ett agerande utan samtycke förvärrar troligtvis också osämjan mellan föräldrarna.

När vårdnadshavarna inte kan samarbeta återstår det ytterst att ansöka om ensam vårdnad. Som jag nämnt ovan kan en sådan rättsprocess vara tidskrävande, för att inte tala om väldig psykiskt påfrestande för alla parter. Om det endast är föräldrarnas oenighet i en viss fråga eller inom ett visst område som utgör grunden för talan kan ett upphävande av den gemensamma vårdnaden dessutom vara väl drastiskt, särskilt om samarbetet i övrigt fungerar bra. Att överföra vårdnaden till en av föräldrarna är, som utredaren anför, en åtgärd med ingripande verkningar som i ett längre perspektiv kanske inte är den bästa lösningen för barnet. Förutom att det finns en risk att barnets relation med den andra föräldern försvåras kan dessutom föräldrarnas samarbetsrelation för all framtid bli förstörd. Genom att mjuka upp kravet på konsensus skulle detta kunna förhindras.

Som påpekas i remissyttrandena, kan viss kritik framställas mot att den gemensamma vårdnadens grundläggande element urholkas om kravet på samförstånd görs mindre. Vid gemensam vårdnad är det viktigt att båda föräldrarna känner sig delaktiga i besluten som rör barnet. Samtidigt är tanken med samförståndslösningar att båda vårdnadshavarna skall vara delaktiga i viktiga beslut kring barnet därför att det anses vara det bästa för barnet. Om man då i stället hamnar i en status quo situation där man inte kan lösa oenigheten eller tvingas till en vårdnadstvist går detta självklart ut över barnet, vilket knappast kan sägas vara förenligt med barnets bästa. Att samtliga föräldrar med gemensam vårdnad har ett bra samarbete och kan ensas kring alla frågor som rör barnet är en god vision men verkligheten ser ofta annorlunda ut och vi måste ha en lagstiftning som fungerar i den praktiska vardagen. Det är oerhört viktigt att beslut i frågor som t.ex. rör barnets hälsa och skolgång alltid kan fattas. I min utredning av gällande rätt framhålls att ett gemensamt rättsligt ansvar mellan vårdnadshavarna kan leda till ett större engagemang i barnet och därmed öka barnets tillgång till båda sina föräldrar. Mot detta måste ställas att föräldrarnas konflikter inte skall öka på grund av kravet på konsensus. Kravet på enighet mellan vårdnadshavarna kan leda till, att i stället för att på bästa sätt tillgodose barnets behov, uppkommer konflikter som går ut på att få igenom sin egen åsikt. Som utredaren anför, kan strävan efter samförstånd också ge upphov till kompromisser som kanske inte alltid är till barnets bästa. Den faktiska målsättningen med lagstiftningen är barnets bästa och denna måste alltid vara avgörande. Det är också viktigt att nämna att problematiken med nuvarande lagstiftning främst drabbar boendeföräldern, vilket oftast är barnets moder. Som påpekats i min utredning finns det alltså även ett genusperspektiv att lägga vikt vid. Sammantaget menar jag att gällande rätt behöver revideras på ett sätt som medför att risken för att status quo situationer uppstår minskar, i syfte att säkra barnets rättigheter när föräldrarna av någon anledning inte kan komma till enighet i en fråga som rör barnets personliga angelägenheter. Frågan är då på vilket sätt en lagändring lämpligen skulle kunna utformas?

Den gemensamma vårdnadens bestämmanderätt har vid ett flertal tillfällen varit föremål för diskussion, även om förslagen sett olika ut, utan att det lett till någon förändring av gällande rätt. Detta visar på svårigheten i arbetet med en ny lagstiftning på det här området. Det förslag som nu lagts fram i SOU 2007:52 går ut på att en av vårdnadshavarna skall kunna ges självständig beslutanderätt inom områden som rör vårdnaden och som ligger utanför ramen för den dagliga omsorgen. De områden som enligt utredaren skall omfattas av den självständiga beslutanderätten är barnets tillgång till tand- och sjukvård, insatser enligt SoL och LSS samt barnets skolgång och barnomsorg. Huvudregeln skall emellertid fortfarande vara enighet mellan vårdnadshavarna. Då den självständiga beslutanderätten enbart skall användas i undantagsfall kommer den troligtvis endast att bli aktuell när föräldrarna har verkliga samarbetsproblem och när det är viktigt för barnet att beslut fattas. Fördelen med en sådan ordning är att föräldrarna åtminstone måste försöka att samarbeta innan huvudregeln kan frångås. En annan stor fördel med den föreslagna lagändringen är att den förälder som ges självständig beslutanderätt även kan besluta i senare uppkomna frågor, vilket motverkar ytterligare rättsprocesser. De föreslagna områdena för den självständiga beslutanderätten är också de områden som enligt min åsikt kan ge upphov till ett par av de mest angelägna frågorna för ett barn.

Som utredaren påpekar är det för barnets skull viktigt att beslut i frågor inom ovannämnda ämnesområden kan fattas. Barnets behov av möjlighet till beslut i dessa viktiga frågor måste enligt mig väga tyngre än föräldrarnas möjlighet att medverka i samtliga beslut inom den gemensamma vårdnadens kompetensområde. Förslaget innebär alltså att den vårdnadshavare som tillerkänts självständig beslutanderätt kan genomföra beslut inom den självständiga beslutanderättens område utan att rådfråga den andra vårdnadshavaren. Dennes åsikter behöver inte efterfrågas och räknas således inte. Någon rätt för vårdnadshavare 2 att överklaga ett beslut inom ett område där vårdnadshavare 1 har självständig beslutanderätt behandlas inte i utredningen men om så skall vara fallet bör detta tydligt framgå. En fördel med den föreslagna ordningen är att vårdnadshavare 2 kan fatta beslut i frågor som inte utan olägenhet kan skjutas upp om vårdnadshavare 1 av någon anledning är förhindrad. Dessutom kan den vårdnadshavare som är innehavare av självbestämmanderätten låta den andra vårdnadshavaren delta i beslutsfattandet. På så sätt kan ett beslut alltid komma till stånd och allteftersom föräldrarnas konflikt lägger sig kan vårdnadshavare 2 vara med och bestämma igen. Jag tror att den självständiga beslutanderätten i längden skulle kunna leda till ett bättre samarbete mellan föräldrarna eftersom den gör att de har mindre att tvista om. Samtidigt finns det en risk att vårdnadshavare 1 missbrukar sin rätt och utestänger den andra vårdnadshavaren. Vårdnadshavare 2 skulle då på nytt kunna ansöka om ändring i beslutanderätten eller i vårdnaden. Frågan är hur stor framgång denne skulle ha i en sådan process. Det är barnets bästa som skall vara avgörande och i denna bedömning skall bl.a. barnets behov av kontinuitet vägas mot behovet av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Då domstolen skall göra en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det

enskilda fallet går det inte med säkerhet att säga att ett missbruk av den självständiga beslutanderätten leder till någon ändring.

En klar nackdel med förslaget är att man tyvärr inte helt kommer ifrån risken för ett tillstånd av status quo med denna tvistlösningsmodell. För att vardagslivet skall fungera så konfliktfritt som möjligt är det troligtvis nödvändigt att införa en ordning med mer omfattande möjlighet till uppdelning av beslutanderätten, vilket också Lunds universitet föreslår. Det finns många fler områden där det kan vara viktigt för barn att ett beslut i en fråga kan komma till stånd. Som Stockholms universitet nämner är ett sådant exempel barnets möjlighet att få ett pass utfärdat. Enligt nuvarande ordning krävs, som redovisats ovan, båda vårdnadshavarnas samtycke till utfärdande av pass och denna huvudregel kan endast frångås om barnet befinner sig i en situation där det finns risk att dess hälsa och utveckling skadas eller att det annars finns särskilda skäl. Detta innebär att en av vårdnadshavarna utan saklig grund kan underlåta att lämna sitt medgivande till utfärdande av ett pass. Dessutom kan en av vårdnadshavarna även återkalla ett redan utfärdat pass. Därmed finns det en stor risk att barnet inte kan följa med på semesterresor eller skolresor, vilket är mycket olyckligt. Den självständiga beslutanderätten skulle förslagsvis även kunna omfatta detta område. En modell med mera obegränsad möjlighet till uppdelning av bestämmanderätten kan sägas urholka den gemensamma vårdnadens grundläggande principer alltför mycket och även att en sådan ordning innebär att den gemensamma vårdnaden mer och mer liknar ensam vårdnad. Tanken är dock inte att den självständiga beslutanderätten skall användas automatiskt av alla föräldrar med gemensam vårdnad och inte heller att den nödvändigtvis skall omfatta alla de olika områdena i varje enskilt fall. Det är endast när det finns ett reellt behov som någon av vårdnadshavarna skall kunna ges självständig beslutanderätt inom ett eller flera områden. Det måste emellertid framhållas att en ordning med total tvistlösning skulle kunna bidra till ökade rättstvister i alltför stor omfattning. Det finns tyvärr en risk att vårdnadshavarna utnyttjar möjligheten till tvistlösning som ett hot mot varandra så fort de inte får som de vill i varje tänkbar tvistefråga och att de kommer att använda sig av domstolsprocesser i stället för att anstränga sig för att komma överens. På så vis är det bra att med en begränsad tvistlösningsmodell. Å andra sidan skulle en ordning med obegränsad möjlighet till uppdelning av bestämmanderätten, enligt min mening, lika gärna kunna fungera som ett incitament för att få föräldrarna att samarbeta på grund av att de är medvetna om att det finns en risk att domstolen annars kan besluta att överföra bestämmanderätten till den andra vårdnadshavaren. Som jag tidigare konstaterat tror jag att den självständiga beslutanderätten, i de flesta fall, i längden kan leda till ett bättre samarbete mellan föräldrarna och detta torde gälla oavsett hur många områden den i lag ges möjlighet att kunna omfatta. Därför menar jag att den fortsatta beredningen bör överväga att den självständiga beslutanderätten kan omfatta fler områden än de föreslagna.

Vidare menar jag, vilket även Stockholms tingsrätt påpekar, att det inte är helt klart vilka beslut som vårdnadshavare 2 kan fatta inom de olika

områdena till följd av den barnets dagliga omsorg. Detta på grund av att det fortfarande är osäkert vilka beslut som verkligen innefattas i den dagliga omsorgen.

Utredaren föreslår även att boendeföräldern skall ges rätt att ensam bestämma var i landet denne skall bo med barnet. Vad gäller denna fråga håller jag med Lunds universitet om att en lösning liknande den danska verkar mer lämplig då en sådan ger den andra föräldern möjlighet att framföra sin åsikt, men framför allt därför att domstolen kan pröva om en flytt är till barnets bästa. Den ordning som utredaren föreslår innebär visserligen att det endast är en vårdnadshavare som är boendeförälder enligt ett domstolsavgörande eller genom ett avtal mellan föräldrarna, som skall ha möjlighet att flytta med barnet, till skillnad från i t.ex. Norge där det räcker att barnet endast bor tillsammans med den ena vårdnadshavaren. Även om barnets bästa har varit föremål för prövning vid valet av vilken av vårdnadshavarna som barnet skall bo tillsammans med, har det emellertid inte prövats om en flytt är till barnets bästa. Problemet är att det kan ha gått lång tid sedan domen beslutades eller avtalet slöts och i sådant fall har en flytt inte tagits med i beräkningen. När föräldrarna avtalade om boendefrågan kan den mest praktiska lösningen ha valts, men att boendeföräldern för den saken skall sedan ha rätt att flytta med barnet utan att samråda med den andra vårdnadshavaren anser jag är en alltför långtgående befogenhet. Det kan också vara så att domstolen vid val av boendeförälder bl.a. har tagit hänsyn till vem som bor närmast skola, kamrater osv. Med föreslagen ordning kan boendeföräldern välja att flytta direkt efter att domstolens beslut meddelats, vilket medför att de förhållanden som låg till grund för beslutet inte längre kvarstår. En flytt, även inom landet, kan avsevärt komma att påverka barnets tillgång till och relation med den andra föräldern, släktingar och kamrater. Ett umgängesbeslut skulle i princip kunna bli verkningslöst, t.ex. om umgängesföräldern inte har ekonomiska resurser för umgängesresor. Det går inte heller att bortse från att boendeföräldern kan välja att flytta enbart för att försvåra den andra förälderns förhållande med barnet och på så vis kan en sådan regel sägas underlätta för s.k. umgängessabotage. Dessutom ger utredarens förslag inte någon lösning på frågan när barnet bor växelvis hos båda vårdnadshavarna. Sammantaget menar jag att den föreslagna regeln inte kan sägas vara till barnets bästa. Däremot anser jag att det måste vara möjligt att få flyttfrågan löst eftersom en flytt även kan medföra många positiva effekter, såsom t.ex. bättre levnadsförutsättningar. En modell som medger att den andra föräldern kan väcka talan om att förbjuda flytten och som ger möjlighet att få skälen för flytten prövade tar, enligt mitt tycke, mer hänsyn till barnets intressen. Att som utredaren föreslår begränsa möjligheten att flytta till att endast gälla inom Sveriges gränser kan i och för sig verka bra men på grund av den stora globalisering som ägt rum är det inte rimligt. Som framhålls av Lund universitet kan det i praktiken röra sig om en mycket kort sträcka. Att t.ex. flytta inom Öresundsregionen eller över Norges gräns kan vara en mycket kortare sträcka än att flytta mellan två orter inom Sveriges gränser. Genom att göra det möjligt för den andra föräldern att väcka talan i flyttfrågan kan domstolen göra en prövning av

alla omständigheter och bedöma om en flytt är till barnets bästa. På så sätt ger man inte boendeföräldern befogenhet att hur som helst ta med sig barnet till ett främmande land. Det bör i detta sammanhang nämnas att en förälder med ensam vårdnad på egen hand kan besluta att flytta med barnet till utlandet trots att det med största sannolikhet kommer att påverka barnets tillgång till umgängesföräldern. Detta ger vid handen att lagstiftaren inte tycker att det är orimligt att barnet bor i ett annat land, åtskiljt från den ena föräldern och således borde det inte heller vara omöjligt vid gemensam vårdnad om behovet av en flytt är tillräckligt stort och kanske på längre sikt t.o.m. kan gynna barnet. Det måste dock påpekas att även om en ordning liknande den danska införs, hindrar den inte att en förälder som av domstol inte tillåts att flytta med barnet likväl kan genomföra flytten i strid mot avgörandet. Ett sådant handlande bör enligt min åsikt väga tungt i frågan om föräldrarnas lämplighet som boendeförälder eller vårdnadshavare. Dessutom kan föräldern dömas för egenmäktighet med barn. Vidare kan domstolen i sin dom tydligt ange varför det är bättre för barnet att bo kvar, vilket troligtvis även kan minska risken att boendeföräldern olagligen flyttar med barnet. För det fall utredarens förslag ändå införs håller jag med om att boendeföräldrarnas rätt att flytta med barnet måste begränsas till bosättning inom landet av samma skäl som anförts mot utredarens förslag att låta boendeföräldern bestämma barnets bostadsort inom Sveriges gränser. Oavsett på vilket sätt lagstiftaren eventuellt kommer att ändra lagen så är det viktigt att noga beakta de fall där barnet bor växelvis hos båda föräldrarna. Lagstiftningen måste enligt min uppfattning vara tillämplig oberoende av vilken boendeform barnet har för att barnets intressen skall kunna tillgodoses på bästa sätt.

När det gäller frågan om det finns ett behov av självständig beslutanderätt och vem av vårdnadshavarna som i sådant fall skall tillerkännas den, skall domstolen enligt förslaget ta utgångspunkt i principen om barnets bästa. I svensk rätt finns det ingen definition av vad som är barnets bästa, vilket visserligen ger domstolen flexibilitet i sitt beslutsfattande men enligt min uppfattning innebär att det finns en risk för att domstolen i denna situation indirekt tar ställning i sakfrågan, trots att utredaren tidigare konstaterat att en sådan ordning inte är att föredra. Denna problematik är svår att komma runt så länge begreppet barnets bästa är odefinierat, men jag anser att domstolen bör fästa stor vikt vid vem av vårdnadshavarna som är mest lämplig på längre sikt. Om domstolen kommer fram till att bestämmanderätten inte skall delas upp skall status quo bestå och det enda som återstår för att få en lösning i frågan är att ansöka om ensam vårdnad. Enligt min åsikt torde det inte vara särskilt troligt att ett sådant yrkande, på samma grunder, skulle leda till en ändring i vårdnaden om en av vårdnadshavarna kan tänka sig gemensam vårdnad eftersom domstolen i den första processen ansett att samarbetsproblemen inte är så pass allvarliga och att behovet av ett beslut i frågan inte är så stort, att ett beslut om självständig beslutanderätt var nödvändigt.

Ytterligare en sak jag reagerar över är att utredaren inte närmare diskuterar huruvida interimistiska beslut bör vara möjligt, annat än att det nämns att

sådana beslut skall kunna meddelas. Enligt mitt tycke kan det vara viktigt att det finns en sådan möjlighet då beslut i t.ex. hälso- och sjukvårdsfrågor oftast inte bör skjutas upp en längre tid. Problemet är vad som händer om domstolen i sitt slutliga avgörande inte beslutar i enlighet med det interimistiska beslutet. Om en av vårdnadshavarna interimistiskt tillerkänts självständig beslutanderätt på grund av att ett beslut i en viss fråga var angeläget så har ju denne troligtvis redan fattat ett beslut i frågan innan det slutliga avgörandet i målet kommer. Skall den andra vårdnadshavaren i sådant fall kunna ändra beslutet om denne slutligt ges självständig beslutanderätt och vad händer om domstolen kommer fram till att det inte skall göras någon uppdelning av beslutanderätten? Enligt min uppfattning bör detta närmare diskuteras så att barnet inte kommer i kläm.

Utredarens förslag utgår ifrån att föräldrar som lever tillsammans och särlevande föräldrar agerar på samma sätt, trots att det är uppenbart att en lagändring till största del behövs för de föräldrar som inte lever ihop. Ur lagstiftarens perspektiv är det enklare att behandla alla gemensamma vårdnadshavare på samma sätt men faktum är att det naturligtvis är stor skillnad mellan de situationer där vårdnadshavarna lever tillsammans och arbetar åt samma mål och de situationer där de separerat eller aldrig levt tillsammans. Självklart kommer föräldrar som mer eller mindre blivit påtvingade gemensam vårdnad att ha svårare för att samarbeta än de som frivilligt innehar den vårdnadsformen. Jag är medveten om att utredaren skulle utgå ifrån att regleringen vid gemensam vårdnad så långt det är möjligt bör vara densamma för föräldrar som bor tillsammans som för särlevande föräldrar men jag vill ändå påpeka att jag saknar ett övervägande och en diskussion i debatten, om att skilja på dessa situationer. Jag kan visserligen hålla med om att man inte i onödan bör införa skillnader men samtidigt måste man inse att det är väldigt olika situationer och att lagstiftningen måste fungera i praktiken. Det kan åtminstone finnas skäl att titta närmare på en sådan ordning. Detsamma kan sägas om situationer där våld eller övergrepp förekommit mot någon i familjen av någon av vårdnadshavarna. I remissyttrandet från Örebro universitet betonas att sådana förhållanden inte särskilt behandlats i utredningen. Enligt min mening är detta emellertid närmast en fråga om denna förälder överhuvudtaget skall ha del i vårdnaden och som jag nämnt inledningsvis inte något som kommer att diskuteras här.

I en jämförelse med Danmark och Norge visar det sig att gemensam vårdnad även är norm i dessa länder, såväl för ogifta föräldrar som för föräldrar som separerat. Gemensamt för de tre länderna är bl.a. att konsensus i frågor som rör barnet är huvudregel men att undantag finns, att de inte har någon generell tvistlösningsmodell samt att status quo situationer kan uppstå som en konsekvens därav. Sverige har för närvarande den ordning som går längst i kravet på konsensus mellan föräldrar med gemensam vårdnad. I Norge har lagstiftaren i lag gett boendeföräldern specifika befogenheter som t.ex. rätt att besluta var i landet denne skall bo med barnet. Även i Danmark har boendeföräldern i lag givits viss bestämmanderätt och föräldrarna kan var för sig själva fatta beslut om övergripande förhållanden som rör barnets

dagliga liv. Att ge boendeföräldern större beslutanderätt underlättar visserligen det dagliga livet genom att boendeföräldern inte blir lika låst i sin situation, vilket i sin tur minskar risken för att barnet ständigt utsätts för konflikter, men det löser inte frågor av mer avgörande karaktär. Dessutom finns det en risk med att ge boendeföräldern alltför stor beslutanderätt då det kan befaras att föräldrar i långt större utsträckning än i dag kommer att tvista om boendet, vilket också konstateras i utredningen. Vidare blir en sådan modell svår att använda om barnet bor växelvis hos båda vårdnadshavarna.

Den danska regleringen kan sägas ha närmat sig Sveriges och Norges lagstiftningar på så sätt att det inte längre krävs att båda föräldrarna vill ha gemensam vårdnad för att rätten skall kunna besluta om det, samt att den danska domstolen numera kan besluta om barnets boende. Som framkommit ovan har den danska lagstiftaren emellertid tagit lagstiftningen ett steg längre än den svenska genom att boendeföräldern har möjlighet att besluta var i landet barnet skall bo. Denna rättighet är dock inte ovillkorlig då boendeföräldern har en skyldighet att meddela den andra föräldern senast sex veckor innan flytten så att denne skall ges möjlighet att begära prövning av frågor om vårdnaden, boendet eller umgänget.

I detta sammanhang måste även medling och samarbetssamtal tas upp. Enligt den norska regleringen är det obligatoriskt för föräldrar med barn under 16 år att genomgå medling innan talan väcks i frågor om vårdnad, boende och umgänge. I familjemål är det inte fråga om att vinna eller förlora utan den bästa lösningen för barnet skall avgöra utgången av målet. Det är därför viktigt att även de svenska domstolarna utnyttjar möjligheterna att besluta om medling och samarbetssamtal. Sådana samtal kan säkert ofta få föräldrarna att inse att deras konflikt inte är så allvarlig som de tror och att de har en gemensam nämnare, nämligen barnets bästa. Många gånger tror jag att konflikten kan lösas med hjälp av en utomstående medlare som kan få parterna att förstå att det för barnets skull är angeläget att de anstränger sig för att lägga den egna konflikten bakom sig och att de försöker att samarbeta trots att de sårat varandra. Kanske vore det därför lämpligt att även i Sverige göra samarbetssamtal eller medling till ett obligatoriskt inslag i processen, inte bara i mål om själva vårdnaden, boendet eller umgänget utan även i mål om självständig beslutanderätt.

Avslutningsvis kan konstateras att det inte är lätt att hitta en lösning som passar alla tänkbara situationer och som inte kan medföra några negativa effekter. Det är svårt att komma runt att oansvariga föräldrar kan tänkas genomföra beslut trots att de rättsligt sett inte får, men med en tvistlösningmodell som möjliggör en uppdelning av bestämmanderätten ges föräldrarna åtminstone möjlighet att kunna få till stånd en lösning i frågor rörande barnet som de inte själva kan enas om. Trots ovanstående reservationer menar jag att utredarens förslag i stort är ett steg i rätt riktning mot en förbättring av svensk gällande rätt därför att fördelarna väger över nackdelarna.

9.2 Slutsatser

Innan jag började med detta arbete hade jag en föreställning om att den gemensamma vårdnadens krav på konsensus skulle behöva mjukas upp ytterligare och under arbetes gång har jag blivit mer och mer övertygad om att så är fallet. Lagstiftarens vision om att samtliga föräldrar med gemensam vårdnad har ett gott samarbete och kan lösa alla frågor kring barnet stämmer inte överens med verkligheten, vilket i slutänden går ut över barnet. Huvudregeln är att vårdnadshavare med gemensam vårdnad skall utöva bestämmanderätten tillsammans, vilket får som konsekvens att det ofta kan uppstå status quo situationer när föräldrarna inte kan komma överens om vilket beslut som bör fattas i en viss fråga. Den lösning som i dag står till buds är att begära att domstolen löser upp den gemensamma vårdnaden.

Som framkommit ovan kommer jag fram till att behovet av en lagförändring av pragmatiska skäl är stort, då samhället har ändrats sedan bestämmelserna tillkom. Numera är lagstiftningen mer barncentrerad och en uppmjukning av kravet på samförstånd mellan vårdnadshavarna kan ses som ännu en åtgärd för att sätta barnet i fokus. Det är barnets bästa som skall vara avgörande och inte föräldrarnas intressen eller rättvisa mellan dem. Eftersom gemensam vårdnad många gånger kan vara en bra vårdnadsform även om föräldrarna inte lever tillsammans måste det också finnas ett sätt för dem att komma runt eventuella konflikter så att beslut i frågor som rör barnet kan fattas.

Jag är av uppfattningen att tvisten mellan föräldrarna på ett så tidigt stadium som möjligt skall försöka lösas. Det bästa för barnet är inte att en av föräldrarna vinner i målet utan att föräldrarnas konflikter löses. Det är därför viktigt att domstolen verkligen anstränger sig för att få igång ett fungerande samarbete mellan föräldrarna och enligt min mening torde det vara lämpligt att göra samarbetssamtal eller medling till ett obligatoriskt inslag i familjemål.

Utredarens förslag i SOU 2007:52 innebär att vårdnadshavarna ges möjlighet att få till stånd en uppdelning av bestämmanderätten inom vissa områden och att boendeföräldern ges rätt att flytta med barnet. Enligt min åsikt är förslaget inte tillräckligt för att tillgodose barnets rättigheter fullt ut då status quo situationer fortfarande kan uppstå inom många viktiga områden. Dessutom anser jag inte att boendeföräldern ensam skall kunna bestämma var i landet denne skall bo med barnet. Alternativet till den föreslagna ordningen är i många fall att besluta om ensam vårdnad, men som jag redogjort för ovan är denna lösning inte alltid den bästa för barnet. Min slutsats blir därför att fördelarna överväger nackdelarna och att utredarens förslag likväl är ett steg i rätt riktning mot en förbättring av gällande rätt och kan förhoppningsvis leda rättsutvecklingen framåt i syfte att göra lagstiftningen mer hänsynstagande till barnets bästa.

Käll- och litteraturförteckning

Svenskt offentligt tryck

Kommittédirektiv

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

Statens offentliga utredningar

- SOU 1995:79 *Vårdnad, boende och umgänge.*
SOU 2001:72 *Barnmisshandel. Att förebygga och åtgärda.*
Slutbetänkande av Kommittén mot
barnmisshandel.
SOU 2005:43 *Vårdnad-boende-umgänge. Barnets*
bästa, föräldrars ansvar.
SOU 2007:52 *Beslutanderätt vid gemensam vårdnad m.m.*

Remissyttranden

Yttrande av *Falu tingsrätt*, Ju2007/6836/L2, AD 2007-0117, 2008-01-17.

Yttrande av *Luleå tingsrätt*, Ju2007/6836/L2, dnr 175-2007, 2008-02-08.

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

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

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

Yttrande av *Uppsala universitet*, Ju2007/6836/L2, UFV 2007/1710, 2008-
01-29.

Yttrande av *Örebro universitet*, Ju2007/6836/L2, dnr CF 15-611/2007,
2008-01-28.

Regeringens propositioner

| | |
|-------------------|--------------------------------------------|
| Prop. 1975/76:170 | <i>Om ändring i föräldrabalken m.m.</i> |
| Prop. 1981/82:168 | <i>Om vårdnad och umgänge m.m.</i> |
| Prop. 1989/90:107 | <i>Godkännande av FN:s barnkonvention.</i> |
| Prop. 1990/91:8 | <i>Om vårdnad och umgänge.</i> |
| Prop. 1994/95:224 | <i>Barns rätt att komma till tals.</i> |
| Prop. 1997/98:7 | <i>Vårdnad, boende och umgänge.</i> |
| Prop. 2005/06:99 | <i>Nya vårdnadsregler.</i> |

Norskt offentligt tryck

| | |
|---------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| Ot. prp. nr. 56 (1996-97) | <i>Om lov om barn og foreldre.</i> |
| Ot. prp. nr. 62 (1979-80) | <i>Om lov om endringer i lov 8. April 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova).</i> |

Litteratur

Danielsen Svend, *Nordisk børneret II: Forældreansvar: et sammenlignende studie af dansk, finsk, islandsk, norsk og svensk ret med drøftelser af harmoniseringsmuligheder og reformbehov*, Nordisk ministerråd, Köpenhamn 2003. (citeras Danielsen, Nordisk børneret II)

Ewerlöf Göran, Sverne Tor, Singer Anna, *Barnets bästa. Om föräldrars och samhällets ansvar*, femte upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2004. (citeras Ewerlöf m.fl., *Barnets bästa. Om föräldrars och samhällets ansvar*)

Rejmer Annika, *Vårdnadstvister – en rättsociologisk studie av tingsrätts funktion vid handläggning av vårdnadskonflikter med utgångspunkt från barnets bästa*, Lunds Universitet, Lund 2003.

Rynning Elisabeth, *Samtycke till medicinsk vård och behandling. En rättsvetenskaplig studie*, Iustus förlag, Uppsala 1994.

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

Saldeen Åke, *Barn- och föräldrarätt*, femte upplagan, Iustus förlag, Uppsala 2005.

Schiratzki Johanna, *Barnrättens grunder*, tredje upplagan, Studentlitteratur, Lund 2006.

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

Sjösten Mats, *Vårdnad, boende och umgänge*, andra upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2003.

Walin Gösta, *Föräldrabalken och internationell föräldrarätt*, femte upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 1996.

Artiklar

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

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

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

Schiratzki Johanna, *Nya regler om vårdnad m.m.*, Ny juridik 2006, häfte 3, s. 53-63.

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

Sjösten Mats, *Vårdnad, boende och umgänge. Några aktuella frågor i anslutning till kap. 6 föräldrabalken*, JT 1999-2000, häfte 2, s. 335-355.

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

Internet

Barne- och likestillingsdepartementet, Pressmedling nr. 07002: Offentlig utvalg opnevnt: *Gjennomgang av barneloven*,
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/pressecenter/pressemeldinger/2007/Gjennomgang-av-barneloven.html?id=444828>, (080313).

Lovforslag L 133: *Forslag til forældreansvarslov*,
<https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=100809>, (080311).

Statistiska centralbyrån, *Gemensam och ensam vårdnad*,
http://www.scb.se/templates/tableOrChart_151503.asp, (080127).

Övriga källor

Statistiska centralbyrån, *Barn och deras familjer*, 2006.

Statistiska centralbyrån, *Barns villkor – Levnadsförhållanden*, rapport 110.

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1983 s. 750

NJA 1988 s. 559

NJA 1990 s. 219

NJA 1999 s. 451

NJA 2000 s. 26

NJA 2000 s.345

NJA 2007 s. 382

Hovrätterna

RH 2007:43

Justiteombudsmannen

JO 020412 dnr 372-2001

2003/04:JO dnr 3743-2001

JO 040130 dnr 3180-2002