



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Rickard Sjöström

Barnets bästa – om föräldrarnas
och samhällets ansvar
Med fokus på processer enligt 6 kap. FB

Examensarbete
30 högskolepoäng

Eva Ryrstedt

Familjerätt

Termin 9

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Ämnet	5
1.2 Syfte och frågeställning	6
1.3 Metod och material	6
1.4 Avgränsning och förtydliganden	6
1.5 Disposition	7
2 BARNETS BÄSTA	8
2.1 Inledning	8
2.2 Begreppets komplexitet	8
2.2.1 Rättslig och utomrättslig standard	8
2.2.2 Normativa och empiriska frågor	9
2.2.3 Öppna och låsta bedömningar	10
2.3 Barnkonventionen	10
2.3.1 Inledning	10
2.3.2 Artikel 3 – barnets bästa	11
2.3.3 Artikel 12 – rätten att uttrycka sin åsikter	12
2.3.4 Artikel 5 och 18 – föräldrarnas ansvar	12
2.4 Svensk lagstiftning och praxis	13
2.4.1 Inledning	13
2.4.2 Barnets bästa i ett barnperspektiv	13
2.4.3 FB 6:2a - portalparagrafen	14
2.4.4 FB 6:1 och barnkonventionen	14
3 FÖRÄLDRASKAPETS INNEBÖRD	16
3.1 Inledning	16
3.2 Grundläggande föräldrabegrepp	16
3.2.1 Olika juridiska begrepp	16

3.2.2	Rättslig förälder	16
3.2.3	Biologisk förälder	17
3.2.4	Social förälder	18
3.2.5	Vårdnadshavare	18
3.2.6	Boförälder	19
3.2.7	Umgängesförälder	20
3.3	Det rättsliga föräldraskapets syfte	21
3.3.1	Inledning	21
3.3.2	Barnets intressen	21
3.3.2.1	Rätten till familjerättslig status	21
3.3.2.2	Kännedom om sitt genetiska ursprung	22
3.3.2.3	Föräldrafunktionens fullgörande	22
3.3.3	Föräldrarnas intresse	23
3.3.4	Samhället intresse	23
3.4	Föräldrafunktionen	23
3.4.1	Inledning	23
3.4.2	Innebörden av vårdnadsansvaret	24
3.4.2.1	Allmänt om regleringen	24
3.4.2.2	En rättighet eller en skyldighet?	24
3.4.2.3	Bestämmanderätten	25
3.4.2.4	Tillsynsplikten och föräldrars skadeståndsansvar	26
3.4.3	Vårdnadens utövande	28
3.4.3.1	Allmänt om regleringen	28
3.4.3.2	Boföräldrarnas vårdnadsansvar	29
3.4.3.3	Umgängesföräldrarnas vårdnadsansvar	30
3.4.4	Den faktiska vårdens betydelse	30
3.5	Den beteendevetenskapliga synen på föräldraskapet	31
3.6	Föräldraskap vid vårdnadstvister	31
4	SAMHÄLLETS ANSVAR OCH REDSKAP	33
4.1	Inledning	33
4.2	Samhällets ansvar för barn	34
4.3	Domstolens officialprövning	35
4.3.1	Innebörden	35
4.3.2	Utredningsskyldigheten	35
4.3.3	Prövningen om vad som är bäst för barnet	37
4.4	Regler angående vårdnaden	38
4.4.1	Inledning	38
4.4.2	Vårdnad genom dom	39
4.4.2.1	Allmänt om regleringen	39
4.4.2.2	Erinran om att vårdnaden är gemensam	40
4.4.2.3	När gemensam vårdnad är uppenbart oförenligt med barnets bästa	40
4.4.2.4	Vid allvarliga brister i omsorgen	41
4.4.2.5	Vid en förälders död	42
4.4.3	Socialnämndens godkännande av föräldrarnas överenskommelse	42
4.4.4	Föräldrars rätt till stöd och hjälp	43
4.5	Regler angående barnets boende	43

4.5.1	Inledning	43
4.5.2	Beslut genom dom	44
4.5.3	Socialnämndens godkännande av föräldrarnas överenskommels	45
4.6	Regler angående barnets umgänge	45
4.6.1	Inledning	45
4.6.2	Beslut genom dom	46
4.6.2.1	Allmänt om regleringen	46
4.6.2.2	Vilkor för umgängets utövande	46
4.6.2.3	Socialnämndens möjlighet att väcka talan om umgänge	47
4.6.3	Socialnämndens godkännande av föräldrarnas överenskommelse	47
4.7	Det rättspolitiska läget	47
5	ANALYS	50
5.1	Inledning	50
5.2	Barnets bästa och föräldraskapet	50
5.3	Tillämpningen av samhällets redskap	52
5.3.1	Inledning	52
5.3.2	När blir redskapen tillämpliga	52
5.3.3	Effekten av presumtioner	52
5.3.4	Barnets bästa, officialprövning och beslut	53
5.3.5	Säkerställs barnets bästa genom redskapen?	53
5.4	Slutord	54
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	55
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	59

Summary

The primary purpose of this study is to investigate what tools the society has to secure that separated parents act in the best interest of the child. To achieve this the study in question illustrate some underlying issues like the meaning of the concept of “the best interest of the child”, especially in relation to parenting and society’s responsibility for children. The study is focused on the 6th chapter in FB.

The most important principle of the children rights is the principle of the best interest of the child, yet the concept is lacking a clear definition. The reason for this is simply that we don’t know what the best interest of the child is. This means that significance of the concept must be seen as a value open legal fact. The assessment must be made from a child perspective, with the foundation in the circumstances of the individual child. The starting point must be to find the best solution for the child in question, which is the reason that assessment of the best interest of the child occurs more freely than usually is the issue with traditional legal rules.

One of the most fundamental things that distinguish a good parent is the ability to prioritize the interest of the child before one’s own. The concept of the purpose of parenting does not only include the legal effects tied to the parenthood as in custody responsibility, guardianship and maintenances duty, but also the wider responsibility parents have to act in the best interest of the child. This study’s purpose is to discuss the custody responsibility which is a part of the purpose of parenting. The custody responsibility is a right and an obligation for the parents. The legal standard intend a minimum level of the concept “the best interest of the child” and the required parenthood.

The purpose of society’s interference in questions regarding custody, residence and access are mainly to secure that “the best interest of the child” is provided for. The review of the rules shows that there are rules of educational character whom is directed to the parents. There are also rules that are directed to the actors of the society, the primarily purpose of these rules are to find the best solution for the child. The most important tool the society has to secure that the parents act in “the best interest of the child” is the rule that statues the courts obligation to ex officio try some questions. The meaning of this rule is that the court has an obligation to see to that the case becomes properly investigated. This so the decision will be in “the best interest of the child”. The society’s actual possibility to secure that the parents act in “the best interest of the child” becomes indirect due to that the rules only are directed to the court. Taken together this means that the society really don’t have any direct rules to secure that separated parents act in “the best interest of the child”.

Sammanfattning

Det primära syftet med arbetet är att utreda vilka redskap samhället har för att säkerställa att separerade föräldrar ser till barnets bästa. För att nå detta belyser föreliggande arbete även vissa underliggande frågor så som vad innebörden i begreppet barnets bästa är, vad föräldraskapet innebär i förhållande till barnets bästa och samhällets ansvar för barn. Den stora begränsningen av arbetet är att fokus ligger på reglerna i 6 kap. FB.

Barnets bästa är barnrättens viktigaste princip ändå saknas emellertid en klar och tydlig definition av begreppet, vilket bottnar i att vi helt enkelt inte vet vad barnets bästa är. Detta innebär att dess innebörd måste ses som ett värdeöppet rättsfaktum. Bedömningen skall göras utifrån ett barnperspektiv och med grund i det enskilda barnets unika omständigheter. Utgångspunkten är att hitta den bästa lösningen för barnet ifråga, vilket gör att bedömningen av barnets bästa sker friare än vad som gäller för traditionella rättsregler.

Ett av de mest grundläggande tingen som kännetecknar en god förälder är förmågan att prioritera barnets behov framför sina egna. Begreppet föräldrafunktion innefattar inte bara de till föräldraskapet knutna rättsverkningarna så som vårdnadsansvar, förmyndarskap och underhållsskyldighet, utan även det bredare ansvar föräldrarna har för att tillgodose barnets behov och intressen. I föräldrafunktionen utgör vårdnadsansvaret den del som framförallt behandlas i detta arbete. Vårdnadsansvaret betraktas som både en rättighet och en skyldighet för föräldrarna. Den rättsliga standarden för både barnets bästa och föräldraskapet åsyftar en miniminivå.

Syftet med samhällets inblandning i frågor rörande vårdnad, boende och umgänge är framförallt att säkerställa att barnets bästa tillgodoses. Genomgången av regelverket visar att det finns bestämmelser av pedagogisk karaktär som direkt riktar sig till föräldrarna. Andra bestämmelser riktar sig mot samhällets aktörer och många av dem syftar till att hitta den bästa lösningen för barnet. Av dessa utgör domstolens officialprövning det viktigaste redskapet samhället har för att säkerställa att föräldrarna tillgodoser barnets bästa. Denna innebär att domstolen har en skyldighet att tillse att ärendet blir tillbörligt utrett och att barnets bästa därmed kan bli tillgodosett i beslutet. Samhällets reella möjlighet att säkerställa att föräldrarna ser till barnets bästa blir indirekt, detta eftersom reglerna endast riktar sig till rätten. Sammantaget innebär det också att samhället egentligen inte har några direkta regler för att säkerställa att separerade föräldrar ser till barnets bästa.

Förord

Jag vill börja med att tacka min fru Kersti som under studieåren alltid stöttat mig och korrekturläst allt jag skrivit. Utan hennes stöd hade jag aldrig klarat av att genomföra utbildningen. Ett stort tack till mina barn som är en ständig källa till glädje, men också en inspirationskälla för mitt ämnesval.

Jag vill också rikta ett stort tack till Eva Ryrstedt för all handledning i arbetet, men även för de trevliga samtal vi haft vid handledningstillfällena.

Ett särskilt tack vill jag ge Marie som tagit sig tid att korrekturläsa arbetet och ge mig råd gällande skrivandets konst när det behövts. Jag vill även tacka min mamma Karin som också tagit sig tid att korrekturläsa hela arbetet. Till sist vill jag också tacka bibliotekarierna i Broby som hjälpt mig när jag kommit med långa listor på böcker som jag behövt.

Broby, april 2009
Rickard Sjöström

Förkortningar

Barnkonventionen	FN:s konvention om barnets rättigheter
Ds	Departementsserien
Europadomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
Europakonventionen	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FB	Föräldrabalken (1949:381)
JT	Juridisk Tidskrift
LVU	Lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop	Proposition
RH	Rättsfall från hovrätten
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SCB	Statistiska centralbyrån
SekrL	Sekretesslagen (1980:100)
SoL	Socialtjänstlag (2001:453)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
UtIL	Utlänningslag (2005:716)
Utövandekonventionen	Europeiska konventionen om utövandet av barns rättigheter
ÄktB	Äktenskapsbalken (1987:230)

1 Inledning

1.1 Ämnet

Enligt statistik från SCB var det 47 000 barn som år 2007 var med om att deras föräldrar separerade och bland sjuttonåringarna var det 1999 en fjärdedel som under sin barndom upplevt en separation mellan sina föräldrar. Ytterligare fem procent av sjuttonåringarna hade det aktuella året aldrig levt med bägge sina ursprungliga eller biologiska föräldrar, dessa hade separerat innan barnets födelse eller aldrig bott ihop.¹ Även om det enligt samma statistik från SCB förekom en minskning av separationerna under tiden mellan 1999 och 2007 kan vi ändå genom detta sluta oss till att över en fjärdedel av dagens sjuttonåringar under sin uppväxt direkt eller indirekt varit föremål för tillämpningen av 6 kap. FB. Det omfattande antal barn som varje år berörs av det familjerättsliga regelverket kring vårdnad, boende och umgänge utgör ett synnerligen gott skäl för att studera detta närmare.

En separation kan i många fall utlösa en emotionell stress som påverkar både föräldrarna och barnet. Det är inte ovanligt att denna stress påverkar föräldrarnas förmåga att stödja barnet känslomässigt.² För barnet kan detta innebära ytterligare påfrestningar när föräldrarna, som inte bara ska tillgodose dess fysiska behov utan även behovet av kärlek och trygghet³, brister i sitt föräldraansvar. Ett av de grundläggande tingen som karaktäriserar en god förälder är förmågan att prioritera barnens behov framför sina egna⁴, vilket kan vara väldigt svårt om separationen har utmynnat i en vårdnadstvist. I en sådan situation befinner sig föräldrarna nästintill i ett permanent tillstånd av konflikt.⁵ Samtidigt har lagstiftaren inte kunnat övervinna tron på att föräldrar i tvister om vårdnad, boende och umgänge alltid prioriterar det som är bäst för barnet.⁶ I arbetet för att ratificera utövandekonventionen konstaterade utredaren att eftersom vårdnaden både är en rättighet och en skyldighet för föräldrarna, kan enligt svensk rätt normalt inte en intressekonflikt mellan föräldrarna och barnet uppstå i ärenden enligt 6 kap. FB.⁷ De rättsliga processerna i ärenden om vårdnad, boende och umgänge är konstruerade med utgångspunkten att det inte föreligger någon intressekonflikt mellan föräldrarna och barnet som behöver synliggöras.⁸ Frågan är om man med detta synsätt verkligen kan uppnå en lösning som är till barnets bästa. Jag ställer mig då frågan vilka

¹ http://www.scb.se/templates/tableOrChart_27475.asp, 2009-01-20, kl. 15:34.

² Rejmer, Annika, *Vårdnadstvister*, 2003, s. 130.

³ SOU 2005:43, s. 103.

⁴ Ds 1999:57, s. 128 f.

⁵ Rejmer, s. 130.

⁶ Ryrstedt, Eva & Mattsson, Titti, *Barn och föräldrar – kan vi acceptera dem som motparter?*, SvJT 2007, s. 389.

⁷ Ds 2002:13, s. 83.

⁸ Ryrstedt & Mattsson, SvJT 2007, s. 289.

redskap samhället har för att säkerställa att föräldrarna, som är barnets främsta företrädare, ser till barnets bästa under dessa konflikter.

1.2 Syfte och frågeställning

Det primära syftet med arbetet är att utreda vilka redskap samhället har för att säkerställa att separerade föräldrar ser till barnets bästa. För att nå detta syfte krävs att vi även utreder vissa underliggande frågor, som vad innebörden i begreppet barnets bästa är och vad föräldraskapet innebär i förhållande till barnets bästa. Eftersom det övergripande syftet med uppsatsen är att utreda vilka redskap som samhället tillhandahåller för att säkerställa att föräldrarna ser till barnets bästa är det också relevant att belysa frågan om vilket ansvar samhället har för barn.

För att nå syftet utgår arbetet därför från följande frågeställningar:

- Vad är innebörden i begreppet barnets bästa?
- Vilka rättigheter och skyldigheter innebär föräldraskapet?
- Vilket ansvar har samhället för barn?
- Vad har samhället för redskap för att säkerställa att barnets bästa tillgodoses av separerade föräldrar?

1.3 Metod och material

Arbetet handlar om tillvaratagandet av barnets rättigheter och jag har därför valt att anlägga ett barnperspektiv. Frågorna som detta arbete ämnar belysa är av traditionell juridisk karaktär, vilket innebär att det handlar om att utreda hur gällande rätt ser ut i Sverige idag. Den metod som lämpar sig bäst för detta ändamål är den klassiskt rättsdogmatiska metoden vilken innebär att man använder sig av traditionella rättskällor så som lagtext, förarbeten, praxis och doktrin. Denna metod används därför genomgående i arbetets deskriptiva del för att klarlägga vad som är *de lege lata*. För att ge ytterligare djup åt arbetet kommer föräldraskapet även att belysas med hjälp av empiriskt material från forskning inom beteendevetenskapen.

1.4 Avgränsning och förtydliganden

Arbetets karaktär kräver en kraftig avgränsning och vissa delar behandlas därför mer summariskt än andra. Den stora avgränsningen i arbetet är att fokus ligger på 6 kap. FB och därmed endast kommer att behandla vårdnadsansvaret, som är en del av föräldrafunktionen. Fokus ligger vidare framförallt på regler i 6 kap. FB som kan anses utgöra verktyg för att se till att barnets bästa tillgodoses. Anledningen till att fokus ligger på vårdnaden av barnet är att denna enligt min uppfattning utgör den centrala föräldrafunktionen samtidigt som den är den mest svår definierade. Arbetets deskriptiva del belyser endast gällande rätt, vilket medför att ingen historisk lagstiftning kommer att tas upp inom ramen för föreliggande arbete. Andra begränsningar i arbetet utgörs av att det av utrymmesskäl inte belyses vissa bestämmelser i 6 kap. Det handlar då om reglerna om interimistiska beslut

och vitesföreläggande. Arbetet avgränsas också av att fokus ligger på de biologiska föräldrarna som vårdnadshavare, vilket är förklaringen till att bestämmelserna angående särskilt förordnade vårdnadshavare inte heller berörs. Av samma anledning berörs inte heller föräldraskap genom adoption.

Enligt Anna Singer avses med uttrycket *de till föräldraskapet knutna rättsverkningarna* egentligen inte bara de rättsverkningar som följer av statusen som förälder utan även det bredare ansvar föräldrarna har att tillgodose barnets behov och intressen. Hon har valt att istället använda beteckningen *föräldrafunktioner* för att beskriva de uppgifter en förälder har gentemot barnet.⁹ Denna beteckning kommer också att användas i föreliggande arbete. Med barn menas en omyndig person under 18 år i enlighet med barnkonventionens definition i artikel 1 och regleringen om omyndighet i 9 kap 1 § FB.

1.5 Disposition

Föreliggande arbete börjar i kapitel 2 med en redogörelse för innebörden i begreppet barnets bästa med utgångspunkt i barnkonventionen, vilket efterföljs av en redogörelse för begreppets innebörd i FB.

I kapitel 3 ämnar jag klargöra föräldraskapets innebörd med fokus på vilka rättigheter och skyldigheter föräldraskapet för med sig. Det handlar dels rent allmänt om det rättsliga föräldraskapet men en stor vikt läggs även på innebörden av vårdnadsansvaret.

Kapitel 4 belyser samhällets ansvar för barn samt ämnar jag i detta kapitel svara på arbetets huvudfråga om vilka redskap samhället har för att säkerställa att separerade föräldrar ser till barnets bästa. Detta görs genom en pedagogisk genomgång av de redskap som finns med början på de gällande reglerna för vårdnaden därefter barnets boende och sist umgänget. Framställningen är utformad så att den samtidigt ämnar ge en god insyn i hur frågor om vårdnad, boende och umgänge behandlas enligt gällande rätt.

Tillsist i arbetet görs en analys av det framkomna resultatet.

⁹ Singer, Anna, *Föräldraskap i rättslig belysning*, 2000, s. 44 f.

2 Barnets bästa

2.1 Inledning

Begreppet barnets bästa är tätt förknippat med utvecklingen av barnets rättigheter och dessa två begrepp är båda lika viktiga som vaga.¹⁰ Sambandet mellan barnets bästa och barnets rättigheter är komplext. Ett exempel på detta är att det ibland hävdas att barnets rättigheter skall ses som ett förtydligande av barnets bästa, men ibland kan barnets bästa även motivera en inskränkning av dessa rättigheter.¹¹ Barnets bästa är barnrättens viktigaste princip ändå saknas emellertid en klar och tydlig definition av begreppet, vilket bottnar i att vi helt enkelt inte vet vad barnets bästa är.¹² Det finns olika uppfattningar, åsikter och intressekonflikter kring vad som är barnets bästa. Vad som är barnets bästa är dessutom olika både över tid och i det individuella fallet. Det som är bäst för ett barn behöver inte vara det bästa för ett annat.¹³ En annan fråga som gör det ytterligare mer komplicerat är vem som är bäst lämpad att bedöma vad som är barnets bästa. Ska det vara föräldrarna eller någon professionell yrkesgrupp som lärare, psykologer eller jurister.¹⁴ Bland jurister råder någorlunda consensus om att barnets bästa ska ses som ett värdeöppet rättsfaktum, vilket skall tolkas med utgångspunkt i en helhetsbedömning av barnets situation. Detta stöds också av resonemanget i förarbetena.¹⁵ Att barnets bästa ses som ett värdeöppet rättsfaktum innebär att det är de professionella aktörerna som genom sin tillämpning ger begreppet sin konkreta innebörd.¹⁶ Följden blir således att innebörden i barnets bästa kommer att stå i samklang med de professionella aktörernas kulturella och moraliska värderingar. Konsekvensen blir att barnets bästa också kommer att variera beroende på vilket samhälle barnet lever i.¹⁷

2.2 Begreppets komplexitet

2.2.1 Rättslig och utomrättslig standard

Principen om barnets bästa används i många olika sammanhang och innebörden kan variera beroende på om det används som en juridisk princip eller i något annat sammanhang. När begreppet används som rättslig standard är det ett viktigt rekvisit i ett växande antal lagregler. Det används

¹⁰ Schiratzki, Johanna, *Barnrättens grunder*, tredje upplagan, 2006, s. 27.

¹¹ Schiratzki, Johanna, *Barnets bästa - i portalparagraf och praxis*, JT 1998-99, s. 976 f.

¹² Schiratzki, Johanna, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige*, andra upplagan, 2005, s. 52.

¹³ SOU 2005:43, s. 105.

¹⁴ Schiratzki, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige*, s. 52.

¹⁵ Prop. 2005/06:99, s. 39 f samt prop. 1997/98:7, s. 104 f.

¹⁶ Rejmer, Annika, *Barnperspektiv och barnets bästa i tingsrätts handläggning av vårdnadstvister*, SvJT 2002, s. 143.

¹⁷ Schiratzki, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige*, s. 52 f.

också i dessa sammanhang för att motivera och förklara rättsliga beslut och domar. När barnets bästa används som utomrättslig standard åsyftas vanligen all den kärlek, omsorg, omvårdnad och omtanke som ett barn behöver. Skillnaden mellan rättslig och utomrättslig standard är att den rättsliga standarden endast åsyftar en miniminivå. Lagstiftningsarbetet har när det gäller den svenska barnrätten inte bara syftat till att påverka barnets bästa som rättslig standard utan även den utomrättsliga. Exempel på detta hittar vi bl.a. i 6 kap. 1 § FB där lagstiftaren uppmanar föräldrar att ge sina barn en god uppfostran. Denna typ av lagstiftning kännetecknas av att den saknar eller endast har en svag koppling till domstolarnas rättstillämpning. Syftet med en sådan lagstiftning blir då endast att vara normerande och då ha en pedagogisk verkan.¹⁸

2.2.2 Normativa och empiriska spörsmål

Det finns skäl att skilja på normativa och empiriska spörsmål när det gäller barnets bästa. Normativa spörsmål rör dels frågan om vilka värden och hänsyn som har rättsligt relevans och dels vilken inbördes vikt dessa skall tillmätas vid bedömningen av vad som är barnets bästa.¹⁹ Utgångspunkten när det gäller normativa spörsmål är att finna vad gällande rätt är och detta görs som brukligt genom att man söker svaret i aktuellt rättskällematerial. Det empiriska spörsmålet kan däremot inte besvaras med hjälp av de traditionella rättskällorna, utan för detta krävs kunskap både om barn i allmänhet men framförallt om det enskilda barnet.²⁰ Det empiriska spörsmålet handlar om att bestämma vilken konkret lösning som är bäst för det enskilda barnet.²¹ Titti Mattsson använder två begrepp för att systematisera faktorer som kan ingå i en sådan prövning av barnets bästa och dessa är *barnets behov* och *barnets intresse*.²²

Med begreppet *barnets behov* menar Mattsson vad vuxna anser att barnet behöver. Det kan även betraktas som ett objektivt betraktelsesätt där man vid bestämning av barnets behov anlägger ett utifrånperspektiv. Tvärtemot utgår sedan *barnets intresse* från ett inifrånperspektiv, vilket innebär att man ser vad barnet behöver ur barnets egen synvinkel. Barnets behov delar Mattsson sedan upp i typiska och specifika behov. Typiska behov är sådana behov som vuxna anser att barn i allmänhet har, medan de specifika behoven hänför sig till det aktuella barnet och vilka behov de vuxna anser att just det har. Mattsson delar även in barnets intresse i typiska och specifika intressen. De typiska intressena handlar om barnets uppfattning om vad barn i allmänhet behöver, medan det specifika intresset härrör från barnets uppfattning om vad som är viktigt för just honom eller henne. Eftersom det sistnämnda har ett direkt samband med barnet känslor,

¹⁸ Schiratzki, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige*, s. 58-60 samt Schiratzki, *Barnrättens grunder*, s. 34-35.

¹⁹ Haugli, Trude, *Samværsrett i barnevernssaker*, andra upplagan, 2000, s. 237 f.

²⁰ Mattsson, Titti, *Barnet och rättsprocessen*, 2002, s. 36.

²¹ Haugli, 238.

²² Mattsson, *Barnet och rättsprocessen*, s. 37 f.

önsknings och tankar kan detta endast bestämmas efter att barnet har fått komma till tals eller uttrycka sin mening på något sätt.²³

2.2.3 Öppna och låsta bedömningar

Vid bestämmandet av vad som är barnets bästa skall en helhetsbedömning av barnets situation göras. Bedömningen skall i varje fall göras utifrån det enskilda barnets individuella förhållanden.²⁴ Utgångspunkten är att hitta den bästa lösningen för barnet ifråga. Johanna Schiratzki har framfört att barnets bästa därmed skiljer sig från traditionella rättsregler. Hon anför att genom att barnets bästa ses som ett öppet koncept, utan bestämt innehåll kan det inte inordnas under den kodning av rätt och fel som rättsordningen normalt utgår ifrån. Rättstillämparen kan därmed göra en friare bedömning än vad som är fallet med traditionella rättsregler. I rättspraxis används emellertid barnets bästa inte alltid som ett öppet koncept utan rätten arbetar då med antaganden eller presumtioner om vad som är bra för barn. Nackdelen med att arbeta med låsta bedömningar i form av presumtioner blir att vissa aspekter av barnets bästa prioriteras framför andra. Fördelen med ett sådant förfaringsätt är att det gör det lättare för rätten att hålla på traditionella rättssäkerhetskriterier som likhet inför lagen och förutsägbarhet. Schiratzki anser vidare att det hela kompliceras ytterligare av att barnets bästa inte bara är en norm utan en tolkningsprincip, vilket inte är helt okontroversiellt. Ännu har denna mest används vid tolkning av rättsregler, men genom en ökad användning av avtal inom barnrätten kommer den rimligtvis även att användas vid tolkning av dessa avtal. Enligt Schiratzki skulle barnets bästa när begreppet används som tolkningsprincip kunna legitimera undantag från en given rättsregel.²⁵

2.3 Barnkonventionen

2.3.1 Inledning

Konventionen trädde i kraft den 2 september 1990 och Sverige har reservationslöst ratificerat den. Det innebär att Sverige har en internationell folkrättslig förpliktelse att följa konventionen och därför skall numera konventionsbestämmelserna användas vid tolkning av svensk lag.²⁶ Barnkonventionen omfattar en lång rad rättigheter för barn som delvis kompletterar och delvis motsäger varandra.²⁷ Konventionen innehåller fyra grundläggande principer som finns i artiklarna 2 (förbud mot diskriminering), 3 (barnets bästa), 6 (rätten till liv och utveckling) och 12

²³ Mattsson, *Barnet och rättsprocessen*, s. 36-39 samt Mattsson, *Barnet som subjekt och aktör*, 2006, s. 84-86.

²⁴ Prop. 2005/06:99 s. 40 samt prop 1997/98:7 s. 104 f.

²⁵ Schiratzki, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige*, s. 60-63 samt Schiratzki, *Barnrättens grunder*, s. 36-37.

²⁶ SOU 2005:43, s. 641 samt Prop. 1997/98:182 s. 8.

²⁷ Schiratzki, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige*, s. 45.

(rätten att uttrycka sina åsikter).²⁸ Det grundläggande budskapet i konventionen är barnets rätt att betraktas som en självständig medborgare med egna rättigheter.²⁹ I detta ligger ett delvis nytt sätt att tänka där barnet sätts i fokus på ett helt nytt sätt. Genom konventionen görs barnet för första gången till ett subjekt med rättigheter. Eftersom konventionen är en folkrättslig traktat så är det endast stater och inte enskilda som är bundna av det. Trots detta behandlar barnkonventionen även den rättsliga relationen mellan föräldrar och barn.³⁰ Tydligast syns detta i artikel 5 och 18. I några av barnkonventionens artiklar integreras barnets rättigheter med föräldrarnas. Rättigheterna syftar då till att skydda den fungerande familjen.³¹

2.3.2 Artikel 3 – barnets bästa

”Vid alla åtgärder som rör barn, vare sig de vidtas av offentliga eller privata sociala välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter eller lagstiftande organ, skall barnets bästa komma i främsta rummet.”³²

Artikeln tar främst sikte på åtgärder det offentliga vidtar inom den rättsliga sfären, vilket är logiskt eftersom konventionen endast är bindande för stater.³³ Principen om barnets bästa är inte bara en av de fyra grundpelarna i konventionen utan artikeln har karaktären av portalparagraf, vilket framgår av konventionens förarbeten. Principen kan härledas från två grundläggande tankar, att barn har fullt och lika människovärde vilket innebär att de således inte är mindre värda än vuxna samtidigt som de är sårbara och behöver särskilt skydd och stöd.³⁴ I artikeln anges att barnets bästa skall komma i första rummet vid alla åtgärder som rör barn. Det innebär inte att barnets intresse skall väga tyngre än alla andra intressen, bara att det ska väga tungt.³⁵ Varken barnets bästa i förhållande till barnets rättigheter eller den närmare innebörden av barnets bästa diskuterades vid utarbetandet av barnkonventionen. Två motstridiga förklaringar har framförts till att detta aldrig fördes upp på dagordningen. Den första skulle vara att man tog för givet vad barnets bästa var och den andra är att det finns ett egenvärde i att inte närmare definiera begreppet. Barnets bästa skulle därmed kunna fastställas med hänsyn till kultur och lokala sedvänjor.³⁶ För det sistnämnda alternativet talar även ett stycke i konventionens preambel som lyder att konventionsstaterna:

²⁸ Prop. 1997/98:182, s. 9 samt Ewerlöf, G., Sverne, T., Singer, A., *Barnets bästa – Om föräldrars och samhällets ansvar*, femte upplagan, 2004, s. 189.

²⁹ Ewerlöf et al, s. 117.

³⁰ Schiratzki, *Barnrättens grunder*, s. 27 f.

³¹ Två exempel är artikel 9 om barns rätt att inte bli skilda från sina föräldrar och artikel 10 om rätten till familjeåterförening.

³² Artikel 3.1 barnkonventionen.

³³ Schiratzki, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige*, s. 54.

³⁴ SOU 1997:116, s. 125 ff.

³⁵ Ewerlöf et al, s. 35.

³⁶ Schiratzki, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige*, s. 55 med vidare hänvisning till Alston, P, *The best interests of the Child*, 1994.

”[T]ar vederbörlig hänsyn till vikten av varje folks traditioner och kulturella värden när det gäller barnets skydd och harmoniska utveckling”³⁷

Barnkonventionen ger således utrymme för olika tolkningar av barnets bästa beroende på kulturella och sociala värderingar i det aktuella samhället. Till detta kommer även det faktum att många stater reserverat sig mot delar av konventionen, vilket har betydelse för tolkningen av barnets bästa i den staten.³⁸

2.3.3 Artikel 12 – rätten att uttrycka sin åsikter

”Konventionsstaterna skall tillförsäkra det barn som är i stånd att bilda egna åsikter rätten att fritt uttrycka dessa i alla frågor som berör barnet, varvid barnets åsikter skall tillmätas betydelse i förhållande till barnets ålder och mognad.”³⁹

Artikeln ger barn en rätt att göra sig hörda så att de själva kan påverka sin situation. Barnets åsikter skall enligt artikeln beaktas med hänsyn till barnets ålder och mognad.⁴⁰ Artikeln syftar inte till att ge barn självbestämmande men väl medbestämmande. Ett förverkligande av artikeln kommer enligt barnkommittén innebära ett förändrat synsätt på barn i samhället och att ett barnperspektiv läggs på alla administrativa beslut som rör barn.⁴¹ Enligt artikel 5 är det föräldrarna som skall i överensstämmelse med barnets utveckling och förmåga ge barnet lämplig ledning och råd för att kunna hävda sin rätt enligt artikeln. Barnet ges på detta vis en möjlighet till aktivt deltagande istället för att vara en passiv spegling av föräldrarnas åsikter. Familjen är också den sociala miljö som påverkar barnet djupast, därför är det lämpligt att denna i demokratisk anda ger barnet möjlighet att stärka sin förmåga till deltagande i beslutsprocesser.⁴²

2.3.4 Artikel 5 och 18 – föräldrarnas ansvar

I artikel 5 stadgas det att konventionsstaterna ska respektera det ansvar, rättigheter och skyldigheter, som tillkommer föräldrar, vårdnadshavare eller andra personer som har ett lagligt ansvar för att barnet ges ledning vid utövandet av de rättigheter som erkänns i barnkonventionen. Ansvaret skall utövas i överensstämmelse med barnets fortsatta utveckling av sin förmåga.⁴³ Omvänt innebär detta att konventionsstaterna skall acceptera att föräldrarnas rättigheter minskar i takt med att barnets ökar. Av artikel 18 i konventionen framgår att barnets bästa ska komma i första rummet även för föräldrarna.⁴⁴ Genom artikeln åläggs således inte bara stater att följa principen om barnets bästa, utan även föräldrar. Folkrättsliga traktat som

³⁷ 12 stycket barnkonventionens preambel.

³⁸ Schiratzki, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige*, s. 56 ff.

³⁹ Artikel 12.1 barnkonventionen.

⁴⁰ Ewerlöf et al, s. 36.

⁴¹ SOU 1997:116, s. 195.

⁴² SOU 1997:116, s. 228 f.

⁴³ Ewerlöf et al, s. 35.

⁴⁴ Schiratzki, *Barnrättens grunder*, s. 28.

barnkonventionen är dock inte bindande för enskilda individer.⁴⁵ Åläggandet är däremot ämnat att vara vägledande för föräldrarna gällande föräldraansvaret vidare kan det vara till försvar för statens inblandning då familjen inte fungerar.⁴⁶ Genom artikeln slår barnkonventionen även fast att huvudregeln bör vara att båda föräldrarna har ett gemensamt ansvar för barnets uppfostran och utveckling.⁴⁷

2.4 Svensk lagstiftning och praxis

2.4.1 Inledning

Principen om barnets bästa har funnits i Sverige sedan länge och går ut på att beslut som rör barn skall fattas i enlighet med vad som är till barnets bästa.⁴⁸ Genom Sveriges ratificering av Barnkonventionen har det skett ett mer systematiskt införande av principen i svensk lagstiftning.⁴⁹ Barnkommittén konstaterade i sitt arbete att principen om barnets bästa skall ses som en etisk grundregel för samhället som helhet.

”Det betyder att barnets bästa ska vara vägledande på alla områden. Inte bara i verksamheter som är särskilt avsedda för barn; t ex barnomsorgen, fritidsverksamheter eller skolan, utan också för beslutsfattare och administratörer inom andra samhällssektorer. I *alla* beslut som fattas på *alla* nivåer ska barnets bästa beaktas. Barnperspektivet måste komma med i beslutsfattandet.”⁵⁰

2.4.2 Barnets bästa i ett barnperspektiv

Genom 2006 års lagändring kom betydelsen av barnets bästa till klarare uttryck i lagen. Enligt tidigare lydelse skulle barnets bästa komma i *främsta rummet* medan det enligt nuvarande lydelse skall vara *avgörande* för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge. I förarbetena till lagändringen 2006 framförs att utgångspunkten i barnperspektivet skall vara respekten för barnets fulla människovärde och integritet. Barnperspektivet vid beslutsfattande skall vidare innebära:

”[A]tt man försöker förstå barnet och ta reda på hur barnet uppfattar sin situation och eventuella förändringar – att se med barnets ögon. Det handlar också om att analysera vilka följder olika beslutsalternativ kan få för barnet. I detta ingår att lyssna på barnet och respektera det som en individ med egna uppfattningar. Därmed inte sagt att barnets åsikter alltid måste följas. Det är i sista hand den vuxne som utifrån sina kunskaper och erfarenheter måste fatta beslutet och ta ansvar för det.”⁵¹

Motivuttalandet är i linje med vad som anfördes i förarbetena till 1998 års ändringar i FB, i vilket det anfördes att barnets vilja ibland skulle kunna

⁴⁵ Schiratzki, *Barnrättens grunder*, s. 35.

⁴⁶ SOU 1997:116, s. 228.

⁴⁷ Ewerlöf et al, s. 35.

⁴⁸ SOU 1997:116, s. 140 f.

⁴⁹ Dahlstrand, Lotta, *Barnets deltagande i familjerättsliga processer*, 2004, s. 37.

⁵⁰ SOU 1997:116 del 7, s. 7.

⁵¹ Prop. 2005/06:99, s. 39 jämför även samma syn i SOU 1997:116, s. 138.

beaktas fristående från bedömningen av barnets bästa.⁵² Titti Mattsson har anfört att barnets vilja är en av flera viktiga delar i beslutsunderlaget för att bestämma barnets bästa⁵³, vilket också helt är i linje med det nya motivuttalandet. Det torde dock inte vara helt klarlagt vilken roll barnets vilja skall spela i barnets bästa. Det har vidare anförts att det numera skulle råda en samsyn av innebörden i barnperspektivet mellan 6 kap. FB och den socialrättsliga barnrätten.⁵⁴ De inblandade intressena och deras representation skiljer sig åt i dessa processer, vilket gör att det inte alls är säkert att det råder en samsyn angående den verkliga innebörden av barnperspektivet.⁵⁵

2.4.3 FB 6:2a - portalparagrafen

Lagtexten i föräldrabalken har ändrats under de senaste åren för att bättre stämma överens med barnkonventionen. Förändringen har inneburit en förstärkning och förtydligande av vilken vikt barnets bästa skall ha vid fattande av beslut rörande barnet.⁵⁶ I detta ligger också att myndigheterna skall ha ett barnperspektiv vid beslutsfattandet, vilket innebär att de skall försöka förstå barnet och ta reda på hur barnet uppfattar sin situation. I portalparagrafen till FB står det att barnets bästa skall vara avgörande vid alla beslut rörande vårdnad, boende och umgänge.⁵⁷ Denna formulering infördes 2006 med bland annat motiveringen att det är barnets intressen som skall stå i fokus och att det inte handlar om rättvisa mellan föräldrar.⁵⁸ I denna allmänna regel skall sedan alla andra mer preciserade regler i 6 kap. FB ta sitt avstamp.⁵⁹ När det gäller vad som är barnets bästa finns det i portalparagrafen två strecksatser om vad man vid bedömningen särskilt skall fästa avseende vid. Det är dels om barnet eller någon annan i familjen utsätts för övergrepp eller om barnet riskerar att föras bort, hållas kvar eller annars fara illa och dels barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna (6 kap. 2a § andra stycket FB). Vidare skall man ta hänsyn till barnets vilja med beaktande av dennes ålder och mognad (6 kap. 2a § tredje stycket). Lagstiftarna har inte velat ge barnets bästa en tydligare innebörd än så utan hänvisar till att tillämpningen måste vara dynamisk för att kunna anpassas efter den enskilda individen.⁶⁰

2.4.4 FB 6:1 och barnkonventionen

I 6 kap. 1 § FB hittar vi den allmänna familjerättsliga normen för barns välbefinnande.⁶¹ Enligt bestämmelsen har:

⁵² Prop. 1997/98:7, s. 48 och 105-106 jämför prop. 2005/06:99 s. 45.

⁵³ Mattsson, *Barnet som subjekt och aktör*, s. 87.

⁵⁴ Schiratzki, Johanna, *Nya regler om vårdnad m.m.*, Ny Juridik 3:06, s. 54.

⁵⁵ Jämför Ryrstedt & Mattsson, SvJT 2007, s. 296 f.

⁵⁶ Prop. 1997/98:7 s. 47 f. och Prop. 2005/06:99 s. 39 f.

⁵⁷ 6 kap. 2a § första stycket FB och motivuttalandena i prop 2005/06:99 s. 38 f.

⁵⁸ Prop. 2005/06:99 s. 39 f.

⁵⁹ SOU 2005:43 s. 477 f.

⁶⁰ Prop. 2005/06:99 s. 40.

⁶¹ Mattsson, *Barnet och rättsprocessen*, s. 37 samt prop. 1989/90:107 s. 33.

”Barn har rätt till omvårdnad, trygghet och en god fostran. Barn ska behandlas med aktning för sin person och egenart och får inte utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling.”

Enligt förarbetet till godkännandet av barnkonventionen utgör uppräkningsen svensk lagstiftnings förteckning över barnets grundläggande rättigheter.⁶² Vidare har det framförts att uppräkningsen av rättigheterna kan tjäna som vägledning för domstolen i tvister om vårdnad, boende och umgänge så att de därmed väljer den lösning som bäst kan antas främja att de angivna rättigheterna blir tillgodosedda. Uppräkningsen av rättigheter har även ansetts vara en vägledning för vårdnadshavarna i vad de skall iaktta vid uppfostran av barnet. Eftersom de angivna rättigheterna också bör uppfattas som en allmängiltig norm kan de även tjäna som vägledning för andra som har hand om barn, eller bestämmer i frågor som rör barn när det gäller att fastslå vad som är barnets bästa.⁶³ Johanna Schiratzki menar att vi genom anslutningen till barnkonventionen kan tala om universella mänskliga rättigheter för barn. Begreppet barnets bästa är däremot ett värde öppet ”koncept”, vilket bland annat innebär att det är beroende av enskilda samhällen och samhällsgruppers värderingar för att få sin konkreta innebörd. Tolkningen av barnets bästa kan även innebära att barnets rättigheter inskränks. FN:s barnkommitté har dock framhållit att barnets bästa inte får innebära att barnets grundläggande rättigheter som skydd mot misshandel äventyras.⁶⁴

⁶² Prop. 1989/90:107 s. 32.

⁶³ Prop. 1981/82:168 s. 22 samt prop. 1989/90:107 s. 32 f.

⁶⁴ Schiratzki, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige*, s. 64.

3 Föräldraskapets innebörd

3.1 Inledning

”Att prioritera barnets behov före sina egna är en av de grundläggande ting vi begär av goda föräldrar. Det innebär naturligtvis inte att ständigt göra barnet till viljes eller att ständigt ställa sig själv eller de vuxnas behov åt sidan. Barn behöver trygga, nöjda, tillfredsställda vuxna, barn behöver vuxna som gör mogna, ömsinta, framsynta och kloka bedömningar. Barn behöver inte bara fest och godis utan både spenat och god nattsömn.”⁶⁵

Barnet är en produkt av sina föräldrar. Beroende på arv och miljö utvecklas barnet utifrån dessa förutsättningar till en egen individ. I denna process är föräldrarna och familjen av central betydelse.⁶⁶ Den svenska rätten bygger på att synen att det bästa för barnet är att båda föräldrarna är delaktiga i barnets förhållande och tar ansvar för barnet.⁶⁷ Denna syn överensstämmer även med barnkonventionen som i art. 18 bland annat betonar vikten av båda föräldrarnas ansvar för barnets uppfostran och utveckling. I 6 kap. 1 § FB stadgas att barn har rätt till omsorg, trygghet och en god fostran. Den svenska lagstiftaren utgår från att barnets föräldrar skall tillgodose detta.⁶⁸

3.2 Grundläggande förädrabegrepp

3.2.1 Olika juridiska begrepp

De flesta har förmodligen inga problem att definiera vad en förälder är. Begreppet blir betydligt mer komplicerat när det ska förklaras eller graderas. Vid lagstiftning och i den juridiska litteraturen använder man olika begrepp för att definiera och klargöra innebörden av ett visst föräldraskap.

3.2.2 Rättslig förälder

Rättslig förälder finns inte som begrepp i FB, men används ofta som ett samlingsbegrepp för den rättsliga konstruktionen av föräldraskap. Den innefattar både fastställande av vem som skall anses vara förälder och de rättsverkningar som är knutna till föräldraskapet.⁶⁹ Fastställandet av moderskap och faderskap regleras i 1-3 kap. FB, medan föräldraskap genom adoption regleras i 4 kap. FB. Det finns däremot inga direkta regler som styr fastställandet av moderskap utan detta anses alltid säkert framgå (*mater semper certa est*). Den kvinna som föder barnet anses vara dess moder. Efter att moderskapet är registrerat får därför modern automatiskt status som

⁶⁵ Ds 1999:57, s. 128.

⁶⁶ a a, s. 121 ff.

⁶⁷ Prop. 1997/98:7, s. 50.

⁶⁸ Ewerlöf et al, s. 37.

⁶⁹ Singer, s. 42.

rättslig förälder.⁷⁰ Fastställandet av faderskapet däremot är mer komplicerat och proceduren för detta är beroende av om modern är gift eller ej. Är modern gift antas den äkta mannen vara far till barnet och rättsverkningarna för honom blir detsamma som för modern. Regeln gällande faderskapspresumtionen finns i 1 kap. 1 § FB. Om modern är ogift måste däremot faderskapet istället fastställas genom faderskapsbekräftelse eller dom (1 kap. 3 § FB).⁷¹ Naturligtvis uppkommer det situationer då det råder osäkerhet både angående moderskapet och faderskapet, men detta behandlas inte inom ramen för arbetet.⁷² Den rättsliga statusen som förälder är knuten till en mängd rättsverkningar av vilka några är ömsesidig arvsrätt mellan förälder och barn, underhållsskyldighet, förmyndarskap och vårdnadsansvar.⁷³ Erhållandet av rättslig status som förälder innebär en skyldighet att också fullfölja de rättsliga funktioner som följer därav.⁷⁴

3.2.3 Biologisk förälder

Det biologiska släktskapet har hittills legat till grund för det rättsliga föräldraskapet inom svensk rätt.⁷⁵ Barnets rätt till kännedom om sitt biologiska ursprung slås även fast i barnkonventionens artikel 7. Genteknikens möjligheter att kartlägga biologiskt släktskap har också gjort att det allt oftare åberopas som grund för rättsligt föräldraskap i det enskilda fallet.⁷⁶ Fastställandet av vilka som är barnets biologiska föräldrar kan av flera skäl vara av betydelse. För barnet kan det vara viktigt av såväl psykologiska som medicinska skäl att känna till sitt ursprung.⁷⁷ Det biologiska föräldraskapets betydelse för barnet betonas både vid umgänge⁷⁸ och adoption (4 kap. 5a § första stycket FB). Genom utvecklingen av metoderna för äggdonation har begreppet biologisk förälder visat sig otillräckligt. Termen genetisk förälder används numera ofta för att beteckna den som donerat sperma eller ägg och därmed bidragit till ett barns tillkomst. Den kvinna som fött barnet räknas dock i dessa sammanhang fortfarande som biologisk förälder.⁷⁹ Den genetiska modern har i dessa fall små möjligheter att få något rättsligt föräldraskap.⁸⁰ Termen genetiskt föräldraskap likställs inte med biologiskt föräldraskap och är inte kopplat till samma rättsverkningar. Utgångspunkten vid fastställande av rättsligt

⁷⁰ Saldeen, Åke, *Barn- och föräldrarätt*, femte upplagan, 2005, s. 40 ff.

⁷¹ Schiratzki, *Barnrättens grunder*, s. 50 ff.

⁷² För utförlig redogörelse angående detta hänvisas till Saldeen och Schiratzki (not 68 och 69).

⁷³ Singer, s. 42.

⁷⁴ Singer, s. 534.

⁷⁵ Singer, s. 42 och 381.

⁷⁶ Singer, s. 536.

⁷⁷ Saldeen, 39 f.

⁷⁸ Sjösten, Mats, *Vårdnad, boende och umgänge*, andra upplagan, 2003, s. 97 ff och Schiratzki, *Barnrättens grunder*, s. 92.

⁷⁹ Singer, s. 42 f.

⁸⁰ Se NJA 2006 s. 505 i vilket den genetiska moder ansökt om att adoptera barnet men fick avslag efter att hennes ex man, barnets biologiske fader, dragit tillbaka sitt godkännande.

föräldraskap är att barnet har rätt till två föräldrar och om möjligt ska de biologiska föräldrarna också vara rättsliga föräldrar.⁸¹

3.2.4 Social förälder

Med begreppet social förälder menar man den förälder som de facto tar hand om barnet till vardags. I det sociala föräldraskapet innefattas till stor del de rättsverkningar som knutits till det rättsliga föräldraskapet, såsom vårdnadsansvar, underhållsskyldighet och förmyndaransvar. Ofta är barnets sociala förälder även rättslig förälder men numera är det också vanligt med sociala föräldrar som inte är rättsliga föräldrar t.ex. styvföräldrar. Till skillnad från biologiskt föräldraskap kan sällan socialt föräldraskap ligga till grund för rättsligt föräldraskap.⁸² Det finns dock situationer där det sociala föräldraskapet kan spela en avgörande roll. Om ett barn under en avsevärd tid har vårdats och fostrats i ett familjehem så kan vårdnaden överföras till familjehemsföräldrarna enligt 6 kap. 8 § FB om det är bäst för barnet att det rådande förhållandet består. Vid adoptioner så spelar ett framtida åtagande som social förälder en viktig roll. Adoptioner medges ej om de inte kan anses vara till barnets fördel, och vid den prövningen beaktas adoptantens förmåga att fullgöra ett socialt föräldraskap.⁸³

3.2.5 Vårdnadshavare

Den legala vårdnaden har samma grundläggande utgångspunkt som det rättsliga föräldraskapet nämligen biologiskt släktskap, vilket också framkommer i FB:s bestämmelser om att gifta föräldrar automatiskt får gemensam vårdnad om barnet.⁸⁴ FB:s regler om vårdnad, boende och umgänge bygger på uppfattningen att barnet behöver en nära och god relation med båda sina föräldrar.⁸⁵ Det finns två vårdnadsformer i svensk rätt: gemensam respektive ensam vårdnad. Barnet står således under vårdnad av båda föräldrarna eller en av dem om inte rätten har anförtrott vårdnaden åt en eller två särskilt förordnade vårdnadshavare (6 kap. 2 § första stycket FB). Vårdnaden skall som regel fortsätta tills barnet är 18 år om det inte ingått äktenskap eller registrerat partnerskap dessförinnan. Om barnet däremot inleder ett samboförhållande påverkar det inte vårdnaden.⁸⁶ Gemensam vårdnad är huvudregeln i svensk rätt och skall vara målet i samtliga fall då detta kan anses bäst för barnet. Ett gemensamt rättsligt ansvar anses kunna främja ett gott förhållande mellan barnet och båda föräldrarna.⁸⁷ I de fall föräldrarna inte är gifta kan de få gemensam vårdnad genom registrering hos skatteverket.

⁸¹ Singer, s. 381 samt 534.

⁸² Singer, s. 43.

⁸³ Singer, s. 537.

⁸⁴ Rejmer, s.149 jämför även 3.1.1 ovan.

⁸⁵ Sjösten, s. 49 samt prop. 1997/98:7, s. 50.

⁸⁶ Walin, Gösta & Vångby, Staffan, *Föräldraskapet En kommentar. Del I*, Supplement 8, september 2008, s. 6:9.

⁸⁷ Prop. 1997/98:7, s. 50 f.

Anmälan kan göras i samband med att faderskapet bekräftas hos socialnämnden eller senare direkt till skatteverket (6 kap. 4 § andra stycket FB). Någon prövning av om detta är till barnets bästa görs ej.⁸⁸ Statistiken visar att gemensam vårdnad är den överlägset vanligaste vårdnadsformen. Under 2007 var det 94 procent av föräldrarna som anmälde gemensam vårdnad om barnet i de fall där faderskapet fastställdes genom faderskapsbekräftelse.⁸⁹ Bland de barn som var med om en separation under 2005 så hade föräldrarna i 94 procent av fallen fortsatt gemensam vårdnad.⁹⁰ Att det är gemensam vårdnad som är huvudregeln manifesteras av att rätten kan döma till gemensam vårdnad även om en av föräldrarna motsätter sig detta. En uppstramning av reglerna gjordes dock 2006 och vid bedömningen av vilken vårdnadsform som skall anses vara bäst för barnet skall rätten nu särskilt beakta föräldrarnas förmåga att samarbeta i frågor som rör barnet (6 kap. 5 § andra stycket FB).⁹¹ Det har också betonats att det inte råder någon presumtion för eller emot gemensam vårdnad, utan en bedömning utifrån de individuella förhållanden måste göras i varje enskilt fall för att bestämma vad som är till det barnets bästa.⁹²

3.2.6 Boförälder

Det är boendeföräldern som kommer att utöva mycket av det sociala föräldraskapet. Barnets boende brukar räknas som typisk fråga som inryms i vårdnaden.⁹³ Det är däremot inte ovanligt att de rättsliga föräldrarna har gemensam vårdnad om barnet även efter en separation. En förälder brukar lättare kunna acceptera att den andre föräldern blir boendeförälder än att denne får ensam vårdnad. Med boförälder avses där barnet har sitt faktiska boende, omständigheter som att barnet är borta under ferier ändrar således inte boendet.⁹⁴ Problem uppkommer vid växelvis boende⁹⁵ eftersom barnet endast kan vara folkbokförd på en adress och huvudregeln är att barnets folkbokföringsadress inte flyttas om en förälder bor kvar på den ursprungliga adressen. Detta medför att även om barnet har två adresser så är det den kvarboende föräldern som räknas som boförälder, vilket för med sig vissa ekonomiska konsekvenser.⁹⁶ Om föräldrarna har gemensam vårdnad är utgångspunkten att de gemensamt skall bestämma var barnet skall bo (6 kap. 13 § första stycket FB).

I linje med detta kan föräldrar som är överens träffa ett skriftligt avtal om barnets boende. Avtalet måste dock godkännas av socialnämnden om det ska bli verkställbart som en domstols dom. De kan också tillsammans eller var för sig vända sig till domstol för att få boende frågan prövad (6 kap. 14a

⁸⁸ Schiratzki, *Barnrättens grunder*, s. 91.

⁸⁹ Statistik Socialtjänst 2008:3, s. 5.

⁹⁰ Barnombudsmannen, *Upp till 18*, 2007, s. 56.

⁹¹ Prop. 2005/06:99, s. 48 ff jämför även NJA 1999 s. 451, NJA 2000 s. 345 samt NJA 2006 s. 26.

⁹² Prop. 2005/06:99, s. 51 samt NJA 2007 s. 382.

⁹³ SOU 2005:43, s. 157.

⁹⁴ Prop. 1997/98:7, s. 58.

⁹⁵ Växelvis boende innebär i praktiken att barnets faktiska vistelsetid hos föräldern minst uppgår till 43,5 % enligt RFV analyserar 2003:1 jämför även NJA 1998 s 267.

⁹⁶ Prop. 1997/98:7, s. 58 f.

§ FB). Domstolen kan inte vid en sådan prövning besluta att barnet skall bo hos någon annan än de rättsliga föräldrarna. Ett sådant förfarande måste föregås av beslut eller medgivande från socialnämnden.⁹⁷

Det kan vara av stor ekonomisk betydelse för föräldrarna vem som får status som boförälder oavsett om de har fortsatt gemensam vårdnad. Olika sociala förmåner är nämligen kopplade till barnets boende.⁹⁸ Barnet är objektet för stödet och därmed också indirekt förmedlare av det. Följden blir att den som har den huvudsakliga vården om barnet också erhåller stödet. Det blir således avgörande var barnet bor eller anses bosatt enligt folkbokföringssystemet.⁹⁹ Normalt folkbokförs barnet vid födelsen på moderns adress om hon är folkbokförd i Sverige, om hon inte är folkbokförd skall barnet folkbokföras hos fadern.¹⁰⁰ Folkbokföringsbestämmelserna utgår annars ifrån barnets faktiska boende, vilket medför att ett barn bokförs hos den förälder som det de facto bor med oavsett om den andra föräldern har ensam vårdnad. Det medför således att ett beslut eller ett av socialnämnden godkänt avtal inte har någon avgörande betydelse vid beslut angående barnets folkbokföring, men naturligtvis är detta omständigheter som vägs in i bedömningen.¹⁰¹ När det gäller barn som bor varannan vecka hos föräldrarna och därmed har dubbel bosättning får frågan om barnets egentliga hemvist bedömas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Varken föräldrarna eller barnets önskemål tillmäts dock någon avgörande betydelse för beslutet.¹⁰² Ett beslut om barnets folkbokföring kan endast överklagas av vårdnadshavarna gemensamt. I fall när domstolen beslutar om gemensam vårdnad emot en förälders vilja kan det innebära att den föräldern varken kan få till stånd en prövning av folkbokföringen eller en ändring av vårdnaden.¹⁰³ Lagstiftaren har anfört att gemensam vårdnad förutsätter att föräldrarna kan enas i angelägenheter som rör barnet och frågan om barnets folkbokföring är inte av sådan särpräglad natur att det därav skulle finnas skäl att göra undantag från huvudregeln i 6 kap. 13 § FB.¹⁰⁴

3.2.7 Umgängesförälder

Enligt 6 kap. 15 § första stycket FB har barnet rätt till umgänge med den förälder som barnet inte bor tillsammans med vidare anges i andra stycket att föräldrarna har ett gemensamt ansvar för att barnets behov av umgänge så långt som möjligt tillgodoses. Som umgängesförälder räknas således den förälder som barnet inte stadigvarande bor tillsammans med och med vilken barnet därmed har en rätt till umgänge med. Umgängesrätten beskrivs idag som ett skydd för att barnet skall kunna få en känslomässig relation till båda

⁹⁷ 6 kap. 6 § SOL.

⁹⁸ Prop. 1997/98:9, s. 100.

⁹⁹ Ryrstedt, Eva, *Bidrag och särboende föräldrar*, JT 2004-05, s. 816.

¹⁰⁰ 6 § tredje stycket Folkbokföringslag (1991:481).

¹⁰¹ Prop. 1997/98:7, s. 59.

¹⁰² RÅ 1997 ref. 8.

¹⁰³ Prop. 1997/98:7, s. 60 samt Prop. 1997/98:9, s. 100 f.

¹⁰⁴ Prop. 1997/98:9, s. 100 f.

sina föräldrar.¹⁰⁵ Umgänget är en rätt för barnet och föräldrar har inte någon grundläggande rätt till umgänge med sina barn. Detta innebär att det i första hand är barnets intresse och behov av umgänge som skall tillgodoses.¹⁰⁶

3.3 Det rättsliga föräldraskapets syfte

3.3.1 Inledning

Barnets intressen har ansetts tillgodosedda genom att de biologiska föräldrarna har fått status som rättsliga föräldrar. Tre intressen har ansetts vara speciellt viktiga för barnet och dessa är rätten till familjetillhörighet, kännedom om sitt biologiska ursprung samt någon som svarar för fullgörandet av föräldrafunktionen.¹⁰⁷ Den rättsliga konstruktionen av föräldraskapet vilar på det biologiska släktskapet. Barnets samtliga intressen anses tillgodosedda genom att man slagit fast vem som har det rättsliga ansvaret för det. När någon väl fått status som rättslig förälder så följer rättsverkningarna utan prövning. Föräldraskap kan ur detta perspektiv ses som en paketlösning. Regelsystemet runt föräldraskapet har karaktären av allt eller inget.¹⁰⁸ Den rättsliga konstruktionen för dock med sig att alla barnets olika intressen inte alltid kan tillgodoses.¹⁰⁹ Anna Singer har uppmärksammat detta och påpekat att:

”I sämsta fall så är det endast barnets intresse av att få familjerättslig status som tillgodoses.”¹¹⁰

Det är primärt barnets intresse som skall tillgodoses genom det rättsliga föräldraskapet. Den valda lösningen att rättsligt föräldraskap främst grundas på biologiskt släktskap och att rättsverkningarna följer direkt av denna status skulle emellertid kunna motiveras av hänsyn till både föräldrarnas och samhällets intresse.¹¹¹

3.3.2 Barnets intressen

3.3.2.1 Rätten till familjerättslig status

I svensk rätt har barnets intresse av att erhålla familjerättslig status länge ansetts vara mycket viktig. I 2 kap. 1 § FB bekräftas detta intresse genom socialtjänstens skyldighet att utreda och fastställa faderskapet i de fall där barnets rättsliga far inte fastställts genom faderskapspresumtion. Motsvarande skyldighet torde socialtjänsten även ha för fastställande av moderskap, dock utan explicit stöd i lagtext.¹¹² Familjens betydelse för barnets utveckling och välfärd betonas även i barnkonventionens preambel,

¹⁰⁵ Singer, s. 452.

¹⁰⁶ Prop. 1997/98:7, s. 61.

¹⁰⁷ Singer, s. 381 f.

¹⁰⁸ Singer, s. 388 ff.

¹⁰⁹ Singer, s. 398.

¹¹⁰ Singer, s. 389.

¹¹¹ Singer, s. 391 ff.

¹¹² JO 1989/90, s. 223 ff.

och i flera artiklar integreras barnets rättigheter med föräldrarnas. Rättigheterna syftar då till att skydda familjen.¹¹³ I Europakonventionen skyddas rätten att inte förnekas sin familjerättsliga status av artikel 8. Europakonventionens bestämmelser utgår dock från att barnets familjerättsliga status redan är fastställd.¹¹⁴ Europadomstolen har dock i sin praxis slagit fast att skyddet för familjelivet också måste innefatta en rätt att få sina familjeband rättsligt bekräftade.¹¹⁵ Det torde råda consensus inom svensk rätt att varje barn har rätt till en familjerättslig status. Det gör att något motiv till detta syfte med fastställande av föräldraskap inte behövs.¹¹⁶

3.3.2.2 Kännedom om sitt genetiska ursprung

Intresset av att känna till sitt ursprung kan tänkas vara dikterat av flera skäl, både psykologiska och medicinska sådana.¹¹⁷ I barnkonventionens artikel 7 stadgas det att barnet så långt som det är möjligt har rätt att få vetskap om sina föräldrar. Artikeln avser således inte alltid ett rättsligt förhållande mellan barnet och föräldrarna utan kan även innebära endast vetskap om det biologiska och genetiska ursprunget.¹¹⁸ Att få kännedom om sitt ursprung kan ha psykologisk betydelse för barnets uppfattning om sin identitet. Det har även hävdats att en individs osäkerhet om sitt ursprung kan framkalla ett stresstillstånd (genealogisk förvirring). Den genetiska forskningens framsteg gör att det också är av medicinsk betydelse för en individ att denne får kännedom om sitt genetiska ursprung. Många ärftliga sjukdomars utbrott kan idag förhindras eller botas genom att behandling sätts in i rätt tid.¹¹⁹ Idag torde det genetiska ursprungets betydelse stå klart och barn som tillkommit genom en donation av sperma eller ägg har en teoretisk rätt att få kännedom om sitt genetiska ursprung. Barnets möjlighet till praktiskt kunna söka vetskap är dock avhängig föräldrarnas vilja att berätta om dess tillkomstsätt. Det finns inte någon legal skyldighet för dem att upplysa barnet om detta och något anteckning i ett för barnet synbart register finns inte. Lagstiftningen är en konsekvens av den svåra avvägningen mellan donatorns rätt till privat- och familjeliv och barnets rätt till vetskap, men samtidigt är det en funktion av samhällets inställning att den rättsliga föräldern är den primära och viktigaste aktören i situationer då valet ställs mellan rättslig och genetisk förälder.¹²⁰

3.3.2.3 Föräldrafunktionens fullgörande

Barnet har även ett intresse av att någon åläggs ansvaret för fullgörandet av de rättsliga förpliktelser som är knutna till föräldraskapet. Dessa rättsliga förpliktelser handlar framförallt om att tillgodose barnets behov i personligt och ekonomiskt hänseende.¹²¹ Några centrala begrepp för

¹¹³ Schiratzki, *Barnrättens grunder*, s. 41 f.

¹¹⁴ Singer, s. 384.

¹¹⁵ Se *Marckx mot Belgium*.

¹¹⁶ Singer, s. 385.

¹¹⁷ Saldeen, *Barn- och föräldrarätt*, s. 39.

¹¹⁸ Singer, s. 386.

¹¹⁹ Saldeen, Åke, *Barnets rätt till sitt ursprung*, 1996, s. 250 f.

¹²⁰ Ryrstedt, Eva, *Den genetiska utvecklingens familjerättsliga implikationer*, SvJT 2003, s. 561 f.

¹²¹ SOU 2005:43, s. 103 f.

föräldrafunktionen är vårdnadsansvar, underhållsskyldighet och förmyndarskap. I detta arbete behandlas endast vårdnadsansvaret.¹²²

3.3.3 Föräldrarnas intresse

Vid det rättsliga föräldraskapets fastställande är det primärt barnets intresse som ska tillgodoses, men den paketlösning som idag används kan också vara motiverad av andra skäl. Föräldrarna kan av olika anledningar ha ett eget intresse av att det rättsliga föräldraskapet fastställs, det kan vara av psykologiska skäl¹²³, arvsrättsliga hänsyn eller för att de vill del ta del av det rättsliga ansvaret för barnet. Föräldrarnas vilja att fullgöra sin föräldrafunktion är dock inte något som verkar ha anförts som motiv till reglernas utformning. Eftersom det rättsliga föräldraskapet framförallt grundar sig på det biologiska släktskapet tillgodoser den nuvarande konstruktionen de föräldrar som vill ha rättslig status med allt vad det innebär. En tänkbar intressekonflikt uppkommer om det finns föräldrar som skulle vilja få det biologiska föräldraskapet klarlagt utan att bli bundna av de rättsliga föräldrafunktionerna.¹²⁴

3.3.4 Samhället intresse

Även samhället har ett intresse av att det rättsliga föräldraskapet fastställs. Det viktigaste intresset samhället har måste anses vara klarläggandet av det rättsliga ansvaret för barnet.¹²⁵ Av detta följer också att rättsligt föräldraskap grundat på det biologiska bandet är direkt sammankopplat med underhållsskyldigheten gentemot barnet.¹²⁶

3.4 Föräldrafunktionen

3.4.1 Inledning

Med begreppet föräldrafunktion innefattas inte bara de till föräldraskapet knutna rättsverkningarna så som vårdnadsansvar, förmyndarskap eller underhållsskyldighet utan även det bredare ansvar föräldrarna har för att tillgodose barnets behov och intressen.¹²⁷ I detta sammanhang kan vi konstatera att samhället, barnet och i de allra flesta fall även föräldrarna har ett intresse av att föräldrafunktionen fullgörs på ett tillfredsställande sätt. I 6 kap. FB finns reglerna om vårdnad om barn, vilket fokus i detta arbete ligger på. Förmyndarskapsreglerna återfinns framförallt i 10, 12 och 13 kap. FB och underhållsskyldigheten regleras i 7 kap. FB. En familjerättslig grundprincip som återfinns både i svensk rätt och i barnkonventionen är att

¹²² Se 3.3.

¹²³ Se RH 1995:85 i vilket en man ville fastställa sitt faderskapet till ett avlidet barn.

¹²⁴ Singer, s. 391 ff.

¹²⁵ Singer, s. 395.

¹²⁶ Saldeen, *Barn- och föräldrarätt*, s. 210.

¹²⁷ SOU 2005:43, s. 103 f.

det för barnets skull är viktigt att båda föräldrarna är delaktiga i barnets förhållande och tar ansvar för barnet.¹²⁸

3.4.2 Innebörden av vårdnadsansvaret

3.4.2.1 Allmänt om regleringen

Vårdnadsansvaret regleras framförallt i 6 kap. 2 § andra stycket FB, men har en stark koppling till uppräkningsregleringen av barnets rättigheter i 6 kap. 1 § FB. Innebörden av att vara vårdnadshavare för ett barn är att man har det rättsliga ansvaret för barnets person.¹²⁹ Vårdnadshavaren har därmed ett ansvar att svara för att barnets personliga behov av omvårdnad, trygghet och en god fostran blir tillgodosedda, vidare skall barnet behandlas med aktning för sin person och egenart. Barnet får inte heller utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling. Vårdnadshavaren har också en skyldighet att tillse att barnet får den tillsyn som behövs med hänsyn till dess ålder, utveckling och övriga omständigheter samt bevaka att barnet får tillfredsställande försörjning och utbildning. I syftet med vårdnaden ingår också att ha uppsikt över barnet, eller att vidta lämpliga åtgärder så att barnet inte orsakar skada för någon annan.¹³⁰

Utgångspunkten för den rättsliga vårdnaden är barnets behov. I 1977 års kommitté Utredningen om barnets rättsliga andra betänkande definierar de barnets grundläggande behov som ett led i att stärka barnets rättigheter gentemot föräldrarna.¹³¹ Utredningens syn på barnets behov sammanfattades sedermera i 6 kap. 1 § FB. Denna uppräkningsreglering av barnets rättigheter gentemot sina vårdnadshavare ansågs vara bra av flera skäl. Dels skulle de kunna ge vårdnadshavarna vägledning om vad de skall iaktta vid sin uppfostran av barnet. Uppräkningsregleringen ansågs också kunna få betydelse i tvister om vårdnaden eller umgänge då domstolen skulle välja den lösningen som bäst antogs kunna främja tillvaratagandet av de angivna rättigheterna. Bestämmelser som slog fast dessa rättigheter ansågs vidare också kunna uppfattas som allmängiltiga normer och därmed även påverka alla som tar hand om och bestämmer i frågor som rör barn.¹³² Det rättsliga vårdnadsansvaret syftar framförallt till att skydda barnets rätt till goda uppväxtförhållanden¹³³, och för att uppnå detta har vårdnadshavarna en skyldighet att tillse att barnets grundläggande behov i 6 kap. 1 § FB blir tillgodosedda.

3.4.2.2 En rättighet eller en skyldighet?

Det rättsliga vårdnadsansvaret beskrivs ofta i termer av rättigheter eller skyldigheter.¹³⁴ Reformarbetet som startade med ”Utredningen om barnets rätt” ledde bland annat fram till införandet av bestämmelser som klart anger

¹²⁸ Prop. 1997/98:7, 50 samt senast i prop. 2005/06:99, s. 50.

¹²⁹ Prop. 1997/98:7, s. 55.

¹³⁰ Prop. 2005/06:99, s. 35

¹³¹ SOU 1979:63, s. 55 ff.

¹³² Prop. 1981/82:168, s. 22.

¹³³ Singer, s. 464.

¹³⁴ Se bland annat 6 kap. 11 § FB.

barnets behov, och vårdnadshavarnas skyldighet att tillgodose dessa. Genom detta flyttades utgångspunkten i vårdnadsansvaret från föräldrarätt till barnets behov.¹³⁵ Sambandet mellan vårdnadsansvaret och rättsligt föräldraskap är starkt och innebär att vårdnadsansvaret kan ses lika mycket som en rätt för föräldern som en skyldighet gentemot barnet. Detta leder till att vårdnadsansvar uppfattas som en rättighet för barnets föräldrar.¹³⁶ Mot denna uppfattning talar t ex. barnkonventionens artikel 18 vilken rör vårdnaden och betonar att båda föräldrarna har ett gemensamt ansvar för barnets uppfostran och utveckling, vilket inte är synonymt med rättigheter.¹³⁷ Vårdnadsreformen 1976 innebar att det blev möjligt att vara rättslig vårdnadshavare för ett barn utan att bo tillsammans med det. Utvecklingen har sedan dess gått mot att man i vårdnadstvister alltmer betonar beslutanderätten i vårdnadsansvaret istället för den del som har störst betydelse för barnet, nämligen den faktiska vårdens fullgörande. Detta har inneburit en förskjutning från fokus på skyldigheterna gentemot barnet till förmån för likabehandling av föräldrarna ur beslutssynpunkt.¹³⁸ Eftersom vårdnadsansvaret torde vara den viktigaste delen i föräldrafunktionen, vilken i sin tur är det centrala i föräldraskapet, kan det uppfattas som att man genom att erhålla rättsligt vårdnadsansvar identifieras som förälder.¹³⁹

3.4.2.3 Bestämmanderätten

Vårdnadshavaren har enligt 6 kap. 11 § FB en rätt och en skyldighet att bestämma i frågor som rör barnets personliga angelägenheter. I förarbetet anfördes att regeln var en klar markering av vårdnadshavares ansvar för barnet och den ansågs också ge vårdnadshavaren stöd för att hävda barnets intressen. Vidare konstaterades att det måste anses ligga i sakens natur att den som har vårdnaden om ett barn också måste ha en rätt att besluta i frågor som rör barnet. Avsikten var emellertid inte att vårdnadshavaren generellt och utan diskussion med barnet ska kunna bestämma vad barnet skall göra.¹⁴⁰ Vid gemensam vårdnad ska vårdnadshavarna enligt 6 kap. 13 § FB tillsammans fatta beslut i frågor som rör barnets angelägenheter. Detta oavsett om de var överens om fortsatt gemensam vårdnad vid separationen, vilket innebär att gemensam beslutsrätt kan föreligga även om föräldrarna är oeniga om att beslutsrätten skall vara gemensam. Någon möjlighet till formel tvistelösning finns inte när vårdnadshavarna är oense om vilket beslut som skall fattas och en upplösning av det gemensamma vårdnadsansvaret skall inte ske annat än undantagsvis.¹⁴¹ Genom lagändringen 2006 stadgas numera i 6 kap. 5 § andra stycket FB att rätten vid bedömning om vårdnaden skall vara gemensam eller anförtros åt en av föräldrarna särskilt skall fästa avseende vid föräldrarnas förmåga att

¹³⁵ Singer, s. 431 f.

¹³⁶ Kurki-Sounio, Kirsti, *Gemensam vårdnad – vad döljer man med barnets bästa?*, 1995, s. 176 ff.

¹³⁷ Kurki-Sounio, s. 179 not 35.

¹³⁸ Singer, s. 465.

¹³⁹ För liknande slutsatser, se Singer, s. 465 samt Schiratzki, *Vad betyder det att ha gemensam vårdnad*, JT 1998-99, s. 1055.

¹⁴⁰ Prop. 1981/82:168, s. 23 f samt SOU 1979:63, s. 66.

¹⁴¹ Singer, s. 442 ff.

samarbeta i frågor som rör barnet. Avsikten med ändringen var att få tillstånd en uppstramning i av den rättspraxis som kommit till uttryck i NJA 1999 s. 451 och NJA 2000 s. 345.¹⁴² Enligt regeringen:

”[B]ör gemensam vårdnad normalt förutsätta att föräldrarna har ett någorlunda konfliktfritt samarbete. Det innebär inte att de alltid måste ha samma uppfattning, men de måste kunna hantera sina delade meningar på ett sätt som inte drabbar barnet.”¹⁴³

Detta torde innebära att om gemensam vårdnad och med den även gemensam bestämmanderätt skall vara aktuellt efter en separation måste föräldrarna ha ett någorlunda konfliktfritt samarbete.¹⁴⁴

3.4.2.4 Tillsynsplikten och föräldrars skadeståndsansvar

Vårdnadshavaren har enligt 6 kap. 2 § andra stycket FB en skyldighet att tillse att barnet får den tillsyn som behövs med hänsyn till dess ålder, utveckling och övriga omständigheter. Vidare stadgas det i samma stycke att vårdnadshavare skall ha uppsikt över barnet eller vidta andra åtgärder så att barnet inte orsakar skada för annan. Bestämmelsen ger uttryck för det särskilda ansvar som tillkommer vårdnadshavare att tillse att barnet inte orsakar skada för någon annan. Om vårdnadshavaren uppsåtligen eller genom oaktsamhet försummar detta ansvar kan det medföra en skadeståndsskyldighet enligt 2 kap. 1 § skadeståndslagen.¹⁴⁵

Tillsynsskyldigheten innebär att vårdnadshavaren både skall skydda barnet från att komma till skada men även hindra barnet från att orsaka skada för någon annan. Vårdnadshavaren har också en skyldighet att ingripa om barnet inte visar sig vara moget nog att själv fatta beslut.¹⁴⁶ Tillsynsplikten innebär ett ansvar för vårdnadshavaren att vidta åtgärder för att uppnå detta. En förutsättning för att kunna uppfylla tillsynsplikten är att vårdnadshavaren känner till barnets aktiviteter. De åtgärder som vårdnadshavaren är skyldig att vidta skiftar beroende på barnets ålder och utveckling, men även på den aktivitet som barnet sysselsätter sig med.¹⁴⁷

Ett mycket litet barn fordrar ständig passning medan ett äldre barn endast behöver stå under en viss uppsikt, och därmed i större utsträckning kan tillåtas att företa sig saker på egen hand. Lämpliga åtgärder kan då vara råd, anvisningar eller förmaningar, vilka naturligtvis måste anpassas till vad

¹⁴² Prop. 2005/06:99, s. 49 ff. Jämför även NJA 2007 s. 382 där HD tillämpade 2006 års lydelse.

¹⁴³ Prop. 2005/06:99, s. 51.

¹⁴⁴ Jämför Schiratzki, *Nya regler om vårdnad m m*, Ny Juridik 3:06, s. 55.

¹⁴⁵ Prop. 1993/94:57, s. 24 f.

¹⁴⁶ Fahlberg, Gunnar, *Samhället och barnen*, trettonde upplagan, 1984, s. 65.

¹⁴⁷ Sjösten, s. 135.

barnet kan förstå och ta intryck av.¹⁴⁸ Vid de tillfällen då vårdnadshavaren själv är närvarande skärps däremot även tillsynsansvaret.¹⁴⁹

Kravet att vårdnadshavaren skall ha barnet under uppsikt innebär inte att denna ständigt måste befinna sig i närheten av barnet. När det gäller barn som är så stora att de på egen hand tillåts lämna hemmet kan det inte rimligen krävas att vårdnadshavaren i detalj skall känna till vad barnet företar sig. Tillsynsplikten kan däremot inte anses uppfylld om vårdnadshavaren vet eller har anledning att misstänka att barnet företar sig någonting som kan medföra skada, samt har haft möjlighet att kontrollera hur barnet betar sig och därmed förebygga skada men underlåtit att göra detta.¹⁵⁰ Om vårdnadshavaren vet eller har anledning att misstänka att barnet använder ett farligt föremål krävs det i allmänhet att denne har kontinuerlig uppsikt över barnet, eller i alla fall försöker skaffa sig det.¹⁵¹ Detsamma torde gälla för ungdomar i tonåren för vilka vårdnadshavaren normalt inte kan krävas ha en omedelbar tillsyn över. I de situationer då direkt uppsikt inte är ett krav kan andra lämpliga åtgärder vara nödvändiga för att tillsynsplikten skall anses vara uppfylld. I vårdnadsansvaret ligger att vårdnadshavaren skall ge barnet vägledning och aktivt sätta gränser för barnets fritid. Det innebär att det i vissa situationer kan krävas att vårdnadshavaren gett barnet förhållningsorder, förmaningar och instruktioner för att kravet på lämpliga åtgärder skall vara uppfyllt. I vissa fall kan det vara påkallat att vårdnadshavaren meddelat restriktioner om vad barnet får syssla med. Om vårdnadshavaren känner till eller har anledningen att misstänka att tonåringen sysselsätter sig med någonting som kan orsaka skada bör vårdnadshavaren aktivt ingripa för att förhindra skada. Under vissa omständigheter kan det inte krävas att vårdnadshavaren själv ingriper mot tonåringens förehavanden utan denne måste då vidta andra lämpiga åtgärder för att förebygga skada så som att kontakta de sociala myndigheterna. Detta kan också bli nödvändigt om tonåringen inte rättar sig efter de gränser som vårdnadshavaren har satt.¹⁵²

Tillsynsskyldigheten är inte bara till för barnet utan även för att skydda tredje mans intresse. Om vårdnadshavaren försummar sitt tillsynsansvar över barnet och denna försummelse leder till skada blir vårdnadshavaren skadeståndsskyldig gentemot skadelidande tredje man.¹⁵³ Reglerna om tillsynsplikten är utformade så att vårdnadshavaren inte alltid själv behöver ha den omedelbara tillsynen över barnet eller vidtaga andra lämpliga åtgärder, utan detta kan anförtros åt någon annan lämplig person. Vårdnadshavaren svarar dock då för att den som fått uppgiften fullgör denna på ett betryggande sätt, vilket innebär att vårdnadshavaren inte genom att ge uppdraget till någon annan kan befria sig från ansvar.¹⁵⁴ Något allmänt

¹⁴⁸ Prop. 1993/94:57, s. 25 samt NJA 1954 s. 450, NJA 1970 s. 463 och NJA 1976 s. 458.

¹⁴⁹ Hellner, Jan & Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätten*, tredje upplagan, 2007, s. 55 samt NJA 1945 s. 471.

¹⁵⁰ Prop. 1993/94:57, s. 25 f.

¹⁵¹ Se NJA 1954 s. 450 (femåring med nagelsax), NJA 1949 s. 617 (femåring med pilbåge) samt NJA 1956 s. 55 (sexåring med pilbåge).

¹⁵² Prop. 1993/94:57, s. 25 f.

¹⁵³ Walin & Vängby, s. 6:12.

¹⁵⁴ Prop. 1993/94:57, s. 26.

ansvar för bristande uppfostran för en vårdnadshavare finns däremot inte.¹⁵⁵ Vårdnadshavaren kan inte bli skadeståndsskyldig för en skada som barnet orsakat om denne uppfyllt sin tillsynsplikt. För att vårdnadshavaren skall kunna bli skadeståndsskyldig krävs däremot inte att barnet är skadeståndsskyldigt. Enligt skadeståndslagen krävs att skadan orsakats uppsåtligen eller av oaktsamhet för att skadeståndsskyldighet skall föreligga. Vårdnadshavaren kan bli skadeståndsskyldig oavsett om barnet orsakat skadan genom en olyckshändelse, under förutsättning att denne uppsåtligen eller av oaktsamhet brutit i sin plikt tillse att barnet fått vägledning eller stått under uppsikt.¹⁵⁶

3.4.3 Vårdnadens utövande

3.4.3.1 Allmänt om regleringen

Vårdnadshavaren har en rätt och en skyldighet att bestämma i frågor som rör barnets personliga angelägenheter (6 kap. 11 § FB). Vid utövandet av bestämmanderätten måste vårdnadshavaren i takt med barnets stigande ålder och utveckling ta allt mer hänsyn till barnets egna synpunkter och önskningsar. Vid gemensam vårdnad skall normalt båda vårdnadshavarna tillsammans bestämma i frågor angående barnet (6 kap. 13 § första stycket FB). Bestämmanderätten kan utövas av den ena vårdnadshavaren om den andre är förhindrad att delta till följd av frånvaro, sjukdom eller annan orsak och beslutet inte utan olägenhet kan skjutas upp. Vårdnadshavaren får dock inte fatta beslut av ingripande betydelse för barnets framtid om inte barnets bästa uppenbarligen kräver det (6 kap. 13 § andra stycket FB). Detta innebär naturligtvis inte att båda vårdnadshavarna måste delta i alla vardagliga beslut angående barnet. Gäller det en fråga av vardaglig karaktär så kan den avgöras av den vårdnadshavare som är närmast till hands. Samråd skall bara krävas när mer ingripande beslut skall fattas.¹⁵⁷ En utomstående tredje man som berörs av beslutet måste i allmänhet kunna förlita sig på att föräldern handlar i samförstånd med den andra föräldern, om det inte finns några särskilda skäl som talar däremot.¹⁵⁸

En konsekvens av vårdnaden är också att vårdnadshavaren har rätt att bestämma barnets vistelseort. Vissa inskränkningar i bestämmanderätten följer förvisso av reglerna angående boende och umgänge, socialtjänstlagen och LVU.¹⁵⁹ Europadomstolen har slagit fast att vårdnadshavare har en långtgående rättighet att bestämma var barnet skall vistas¹⁶⁰, vilket också bekräftas av den svenska offentlighetsrättsliga praxisen.¹⁶¹ Bor inte vårdnadshavarna tillsammans måste de vara överens angående var barnet skall anses bosatt. Kan de inte komma överens anses barnet bo kvar där det

¹⁵⁵ Hellner & Radetzki, s. 56.

¹⁵⁶ *ibid.*

¹⁵⁷ Prop. 1975/76:170, s. 144.

¹⁵⁸ Sjösten, s. 129 samt prop. 1975/76:170, s. 178.

¹⁵⁹ Walin & Vängby, s. 6:12.

¹⁶⁰ Se *Nielsen mot Danmark*.

¹⁶¹ RÅ 1983 2:18, RÅ 1983 2:14.

senast ansågs bosatt.¹⁶² Numera kan dock den av vårdnadshavarna som vill få till stånd en förändring av barnets rättsliga boende i en sådan situation vända sig till domstol (6 kap. 14a § FB). Domstolens dom kan innebära att barnet skall bo hos en av föräldrarna eller växelvis hos var och en av dem.¹⁶³

Gemensam vårdnad efter en separation är ur barnets synvinkel i de allra flesta fall en bra lösning.¹⁶⁴ Det är däremot en utbredd uppfattning att gemensam vårdnad innebär att föräldrarna efter separationen delar på den faktiska omsorgen om barnet. Denna uppfattning kan få till följd att barnet får två hem och därmed vistas en vecka hos respektive förälder. En sådan lösning kan verka både praktisk och rättvis sett från föräldrarnas perspektiv, men är det den bästa lösningen för barnet? Lagstiftaren har inte med gemensamt vårdnadsansvar menat delat vårdansvar. Utgångspunkten har istället varit att föräldrarna efter separationen skall ha en gemensam bestämmanderätt i övergripande frågor rörande barnet.¹⁶⁵

3.4.3.2 Boförälderns vårdnadsansvar

Vid gemensam vårdnad är det nödvändigt att den förälder som barnet bor hos ensam kan besluta i frågor som gäller den dagliga omsorgen om barnet. Den faktiska vården av barnet grundar i formell mening inte någon beslutanderätt.¹⁶⁶ Lagstiftaren har inte ansett att någon uttrycklig reglering av dessa vardagssituationer är nödvändigt.¹⁶⁷ Med dagliga omsorgen avses beslut gällande barnets mat, sovtider, kläder och hur barnet skall tillbringa sin fritid osv.¹⁶⁸ Till den dagliga omsorgen hör även beslut om kortvariga utlandsresor samt hur barnet skall tillbringa sina ferier dock endast i en sådan omfattning att det inte kränker barnets umgänge med den andra föräldern. När det gäller längre utlandsresor måste alltså vårdnadshavarna vara överens, vilket också gäller frågan om barnets boende.¹⁶⁹ Vid barnets umgänge med den andra föräldern har boföräldern en skyldighet att lämna sådana upplysningar om barnet som kan främja umgänget, om inte särskilda skäl talar emot det (6 kap. 15 § fjärde stycket FB).

Båda föräldrarna är ansvariga för att barnet står under erforderlig uppsikt när de har gemensam vårdnad.¹⁷⁰ Det torde dock falla sig naturligt att tillsynen över barnet framförallt måste utövas av den som har hand om den dagliga omsorgen. Bedömningen angående vilken av föräldrarna som kan bli skadeståndsskyldig om barnet orsakat en skada får göras med hänsyn till vem som hade barnet hos sig när skadan inträffade och därmed kan anses försummat sin tillsynsplikt. När det gäller andra åtgärder såsom förmaningar eller tillrättavisningar så är ansvaret inte i lika stor utsträckning beroende av var barnet vistas. En vårdnadshavare som på överenskommet sätt

¹⁶² Sjösten, s. 131.

¹⁶³ Prop. 1997/98:7, s. 57.

¹⁶⁴ SOU 2005:43, s. 109 f.

¹⁶⁵ Ewerlöf et al, s. 52 f.

¹⁶⁶ Singer, s. 440.

¹⁶⁷ Prop. 1997/98:7, s. 56.

¹⁶⁸ Prop. 1975/76:170, s. 178.

¹⁶⁹ Saldeen, *Barn- och föräldrarätt*, s. 149 samt Sjösten, s. 130 f.

¹⁷⁰ Prop. 1993/94:57, s. 26.

överlämnar barnet till den andra vårdnadshavaren får normalt anses ha gjort vad som ankommer på denne för att tillse att barnet får erforderlig tillsyn. Om vårdnadshavaren därefter får kännedom om eller anledning att misstänka att barnet kan orsaka skada när det befinner sig hos den andra vårdnadshavaren är denne dock skyldig att agera för att förhindra skadan.¹⁷¹

3.4.3.3 Umgängesföräldrarnas vårdnadsansvar

Vid gemensam vårdnad innebär det rättsliga vårdnadsansvaret för den förälder som inte bor tillsammans med barnet i praktiken en rätt att tillsammans med boföräldern besluta i angelägenheter som rör barnet, samt en skyldighet att se till att barnets behov tillgodoses genom den faktiska vården.¹⁷² När det gäller barnets tillsyn så ansvarar båda vårdnadshavarna för att detta tillgodoses, men det skärpta tillsynsansvaret aktualiseras framförallt när vårdnadshavaren har barnet hos sig.¹⁷³ En umgängesförälder som inte är vårdnadshavare har inget vårdnadsansvar och omfattas därmed inte heller av någon lagstadgad tillsynsplikt. Om barnet skulle orsaka en skada under sin vistelse hos denne får den föräldrarnas skadeståndsskyldighet bedömas utifrån allmänna skadeståndsrättsliga regler.¹⁷⁴

3.4.4 Den faktiska vårdens betydelse

Till grund för den nuvarande regleringen om vårdnadshavarens ansvar ligger barnets rätt att få sina grundläggande behov tillgodosedda. Med tanke på detta är det anmärkningsvärt att den faktiska vården inte berörs i regleringen. Barnets behov kan ju inte tillgodoses på annat sätt än genom faktisk vård. Det faktum att denna inte finns med som ett uttryckligt led i den rättsliga regleringen gör att sambandet mellan barnets grundläggande behov i 6 kap. 1 § FB och vårdnadsansvaret blir något otydligt. Den nuvarande regleringen gör att rättslig respektive faktisk vårdnad i vissa avseenden verkar vara fristående från varandra.¹⁷⁵ Detta leder till oklarheter angående ansvaret för barnet i de fall där den faktiska vården utförs av en person som inte är vårdnadshavare.¹⁷⁶ Vid vårdnadstvister utgör emellertid den faktiska vården ett betydelsefullt kriterium. Eftersom sådana tvister skall avgöras efter vad som är bäst för barnet, så måste bedömningen ske med utgångspunkt i hur den faktiska vården kommer att fullgöras hos respektive förälder.¹⁷⁷

¹⁷¹ a a, s. 26 samt Sjösten, s. 137 f.

¹⁷² Singer, s. 464.

¹⁷³ Se vidare angående tillsynsplikten ovan under 3.3.2.1.

¹⁷⁴ Prop. 1993/94:57, s. 22.

¹⁷⁵ Singer, s. 448 f.

¹⁷⁶ Schiratzki, *Vårdnad och vårdnadstvister*, s. 207 f.

¹⁷⁷ Singer, s. 448.

3.5 Den beteendevetenskapliga synen på föräldraskapet

Den klassiska synen inom utvecklingspsykologin är att barnets psykologiska tillblivelse sker genom ett samspel mellan arv och miljö. Detta innebär att individen med sin unika genetiska uppsättning och förutsättningar skapas genom ett ständigt samspel mellan trygghet och utforskande samt närhet och separation. Barnet utvecklar genom detta sin grundläggande personlighet och erfarenheter med modeller för både manligt och kvinnligt och relationer mellan både generationer och könen.¹⁷⁸

Amerikanska forskare har visat att ett föräldraskap bestående av klara regler som konsekvent följs och där barnens foglighet belönas med värme och tillgivenhet tillsammans med höga förväntningar, omsorg och stöd statistiskt sett är den mest framgångsrika uppfostringsstilen. Barnen som levt i denna typ av föräldraskap utvecklas generellt sett till mer omtänksamma individer med bra självkänsla, goda prestationer i skolan och med färre beteendeproblem.¹⁷⁹ Det anförda korresponderar med den svenska synen inom barnpsykologin där den grundläggande betydelsen för barnets utveckling är den faktiska vården såsom omsorgen, förmågan att ge kärlek, trygghet och stimulans.¹⁸⁰ Oavsett om föräldrarna har separerat eller lever tillsammans så är den barnpsykologiska ståndpunkten att:

”Det centrala är föräldrarnas ömsesidiga relation och deras relation till barnet. Goda respektfulla och stödjande relationer, samarbete präglad av omsorg om barnet och medvetandet av att bägge behövs och tillför barnet viktig psykologisk näring, är vad som utvecklar barnet och förebygger psykisk ohälsa.”¹⁸¹

Inom beteendevetenskapen har man sedan länge förstått det orealistiska med att begära att föräldrar skall kunna uppfostra sina barn perfekt, istället talar man om föräldraskap i termer av *good enough* (tillräckligt bra). Genom att använda begreppet *good enough* erkänner man samtidigt att det finns föräldrar som inte är *good enough* och för barnen till dessa föräldrar måste samhället kunna erbjuda alternativ.¹⁸²

3.6 Föräldraskap vid vårdnadstvister

Även under vårdnadstvist har föräldrarna en skyldighet att ta hand om barnet på bästa sätt det innebär framförallt att ge det omvårdnad och skydd. Men det innebär även att tillgodose barnets behov av kärlek och trygghet.¹⁸³ Föräldrar som hamnar i en vårdnadstvist har ofta en mycket infekterad

¹⁷⁸ Ds 1999:57, s. 121.

¹⁷⁹ Passer, W., Michael & Smith, E., Ronald, *Psychologi Frontiers and Applications*, 2001, s. 479.

¹⁸⁰ Rejmer, s. 149.

¹⁸¹ Ds 1999:57, s. 133.

¹⁸² Hoghugh, M & Speight, A N P, *Good enough parenting for all children – a strategy for a healthier society*, Arch Dis Child 1998;78, s. 293.

¹⁸³ SOU 2005:43 s. 103 f.

konflikt sinsemellan.¹⁸⁴ Det finns en undersökning som indikerar att de befinner sig i minst två parallella kriser och att det därmed finns flera skäl till att vårdnadstvisten utvecklats.¹⁸⁵ Det kan innebära att tvisten inte handlar om det den ser ut att handla om.¹⁸⁶ Vilket gör att föräldrarna kan ha väldigt starka intressen i den som de vill ha tillgodosedda, vilka kanske inte är till barnets bästa. Det går inte att komma ifrån att någon av föräldrarna i den rådande konfliktsituationen kan ha en önskan att skada eller utöva makt över den tidigare partnern.¹⁸⁷ Under sådana omständigheter kan barnet snarare komma att användas som medel för att uppnå detta. Trots den svåra situation som föräldrarna befinner sig i presumerar samhället att de ändå skall prioritera det som är bäst för barnet, framför sina egna behov och intressen.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Rejmer, s. 130.

¹⁸⁵ Rejmer, s. 79.

¹⁸⁶ Ryrstedt, Eva, *Tvistlösning mellan separerade föräldrar - för barnets bästa* i SvJT 2007 s. 399.

¹⁸⁷ Ryrstedt, Eva, *Kravet på konsensus – till barnets bästa?*, SvJT 2003, s. 340.

¹⁸⁸ Ryrstedt & Mattsson, SvJT 2007 s. 389.

4 Samhällets ansvar och redskap

4.1 Inledning

Samhället har ett stort ansvar för barn eftersom de många gånger inte själva kan tillvarata sin rätt. Det är därför viktigt att det finns en myndighet som hjälper barnen när de är i behov av hjälp och vårdnadshavarna inte tillgodoser denna. Myndigheten i fråga är i de allra flesta fall socialnämnden, men kommunfullmäktige kan numera uppdra åt en annan nämnd att fullgöra de åligganden som ligger på socialnämnden.¹⁸⁹ Det är framför allt i samband med frågor rörande vårdnad, boende och umgänge som vuxnas ansvar för barn blir som tydligast.¹⁹⁰ Mål av denna typ behandlas som indispositiva tvistemål, vilket innebär att rätten har en utredningsskyldighet och att parterna inte med rättslig verkan kan förlikas. Vissa frågor är dock dispositiva. Ett exempel är fördelningen av resekostnader där rätten är bunden av en parts medgivande.¹⁹¹ I en separationskonflikt är det ytterst viktigt att föräldrarna, eventuellt med hjälp av myndigheterna, lyckas lösa den uppkomna situationen utan att dra in, utnyttja eller skuldbelägga barnet.¹⁹² Reglerna för detta hittar vi i 6 kap. FB som förutom regleringen av tvistelösning mellan föräldrar även innehåller allmänna lagregler om föräldrars inbördes samarbete samt deras rättigheter och skyldigheter gentemot barnet.¹⁹³ Både socialnämnden och domstolarna har en skyldighet att låta barnets bästa vara avgörande för alla beslut rörande vårdnad, boende och umgänge.¹⁹⁴ Vid beslut och andra åtgärder som rör barnet skall det finnas ett tydligt barnperspektiv.¹⁹⁵ Detta förtydligande tillkom 2006 bland annat för att det riktats kritik mot domstolar och socialnämnder för att de snarare tillgodosåg föräldrarnas intresse istället för barnets.¹⁹⁶ Därför konstaterade kommittén i sin utredning följande:

”Enbart och uteslutande barnets bästa ur ett barnperspektiv skall vara avgörande vid alla beslut som rör vårdnad, boende, umgänge...”¹⁹⁷

Föräldrarna däremot har inte någon legal skyldighet att se till barnets bästa¹⁹⁸, även om lagstiftaren fortfarande presumerar att de alltid prioriterar barnets bästa. Detta trots att föräldrarna är varandras motparter i dessa tvister,¹⁹⁹ vilket är en konsekvens av att principen om barnets bästa endast

¹⁸⁹ Ewerlöf et al, s. 88.

¹⁹⁰ Schiratzki, *Barnrättens grunder*, s. 90.

¹⁹¹ Sjösten, s. 184.

¹⁹² SOU 2005:43, s.104.

¹⁹³ Schiratzki, *Barnrättens grunder*, s. 90.

¹⁹⁴ 1 st 2a § 6 kap. FB samt Prop 1997/98:7, s. 47 f och s. 104.

¹⁹⁵ Prop. 2005/06:99, s. 38 f samt SOU 2005:43, s. 105 f.

¹⁹⁶ SOU 2005:43, 105.

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ Ryrstedt & Mattsson, SvJT 2007, s. 392.

¹⁹⁹ a.a., s. 389.

riktar sig till samhällets representanter.²⁰⁰ Lagstiftaren har dock skapat en rad regler vilka utgör de redskap som samhället har för att med minsta möjliga inblandning försöka förmå föräldrarna att prioritera barnets bästa i frågor som rör vårdnad, boende och umgänge. Reglerna som utgör dessa redskap är dels utformade som information till föräldrarna om vad som gäller²⁰¹ och dels som förmaningar om vad som kan hända om föräldern brister i sitt vårdnadsansvar²⁰².

4.2 Samhällets ansvar för barn

Vårdnadshavarna har det övergripande ansvaret för att barnet får sina grundläggande behov tillgodosedda, men ett stort ansvar för att barnet får en god uppväxt vilar också på samhället.²⁰³ Svensk rätt rörande barn och ungdomar utgår ifrån principen om barnets bästa, vilken är förankrad i grundlagen genom bestämmelserna i 1 kap. 2 § RF om att det grundläggande målet med den offentliga verksamheten skall vara den enskildes välfärd i olika avseenden. Det åligger därmed också särskilt det allmänna att verka för social omsorg och trygghet, samt en god levnadsmiljö.²⁰⁴ Socialnämnden är den myndighet som har störst ansvar för detta. Enligt 5 kap. 1 § SoL skall de bl.a. verka för att barn och ungdomar växer upp under trygga förhållanden, samt i nära samverkan med hemmen främja att de får en allsidig personlighetsutveckling och en gynnsam fysisk och social utveckling. Den åsyftade kvalitetsbedömningen sker principiellt efter en genomsnittsnorm, en allmänt vedertagen standard.²⁰⁵ Socialnämnden skall vidare med särskild uppmärksamhet följa utvecklingen hos de barn och ungdomar som visat tecken på ogynnsam utveckling. De skall sörja för att dessa barn får det skydd och stöd som de behöver och om barnets bästa motiverar det skall socialnämnden se till att den unge får vård och fostran utanför det egna hemmet (6 kap 1 § SoL).

Lagstiftaren är medveten om att barndomen i sig innebär utsatthet och beroende. Barnets intressen i samhället får ofta stå tillbaka för de vuxnas intressen och det var också ett av skälen till att man införde en särskild myndighet med uppgift att bevaka frågor som angår barnets rättigheter och intressen.²⁰⁶ Myndigheten som inrättades är barnombudsmannen och har som främsta uppgift att företräda barns och ungas rättigheter och intressen mot bakgrund av Sveriges åtaganden enligt barnkonventionen.²⁰⁷ I den svenska översynen av hur svensk lagstiftning och praxis förhöll sig till barnkonventionen anförde barnkommittén att principen om barnets bästa skall ses som en etisk grundregel för samhället som helhet. Detta synsätt

²⁰⁰ SOU 1997:116, Bilaga: *Barnets bästa - en antologi*, s. 7.

²⁰¹ Se exempelvis domstolens skyldighet att erinra om att vårdnaden allttjämt är gemensam i 6 kap. 3 § andra stycket FB.

²⁰² Se bl.a. 6 kap. 7 § FB.

²⁰³ Prop. 1981/82:168, s. 61.

²⁰⁴ Prop. 1989/90:107, s. 32.

²⁰⁵ Bramstång, Gunnar, Sociallagstiftningen: en kommentar till socialtjänstlagen, 1985, s. 98.

²⁰⁶ Prop.1992/93:173, s. 5 f.

²⁰⁷ 1 § lag (1993:335) om barnombudsman.

innebär att barnperspektivet skall beaktas vid beslutsfattandet på alla nivåer inom alla samhällssektorer.²⁰⁸ Ett växande antal svensk förordningar erinrar också om att barnets bästa skall beaktas vid tillämpningen av dem. Numera finns det en erinran om barnets bästa i FB, UtIL, SoL och LVU.²⁰⁹ Utvecklingen i dessa lagar är i linje med barnkonventionen, som i artikel 3 stadgar att vid alla åtgärder som samhället vidtar rörande barn skall barnets bästa komma i främsta rummet.

4.3 Domstolens officialprövning

4.3.1 Innebörden

Det är framförallt genom domstolens officialprövning som barnets intresse anses bli tillgodosedda vid skilsmässor och andra ärenden som berör frågorna om vårdnad, boende och umgänge.²¹⁰ Eftersom alla mål eller ärenden rörande vårdnad, boende och umgänge är indispositiva har domstolen en skyldighet att tillse att frågorna blir tillbörligt utredda och att det i varje enskilt fall görs en prövning om vad som är bäst för barnet.²¹¹

4.3.2 Utredningsskyldigheten

Regeln om domstolens utredningsskyldighet finner vi i 6 kap. 19 § första stycket FB och denna gäller i alla frågor oavsett om föräldrarna är överens eller inte.²¹² Utredningsskyldigheten innebär att domstolen har en skyldighet tillse att frågor angående vårdnad, boende och umgänge blir tillbörligt utredda. Detta gäller också oavsett i vilken ordning saken kommer under domstolsprövning.²¹³ Enligt andra stycket skall domstolen innan den avgör ett ärende eller mål om vårdnad, boende och umgänge ge socialnämnden tillfälle att lämna upplysningar. Om socialnämnden har tillgång till information som kan vara av betydelse för frågans bedömning är de i sin tur skyldiga att lämna dessa upplysningar till rätten. Sekretess är inget hinder för att uppgifter lämnas till domstolen enligt 14 kap 1 § SekrL. Socialnämndens möjlighet att lämna upplysningar fungerar som ett viktigt skydd för barnet.²¹⁴ Enligt 6 kap 19 § tredje stycket kan domstolen begära in ytterligare utredning om detta befinner sig erforderligt. Rätten kan även fastställa riktlinjer för utredningen och när denna ska vara slutförd. I samma stycke anges även att domstolen har en skyldighet tillse att utredningen bedrivs skyndsamt.

Normalt bör utredningen verkställas av någon som utses av socialnämnden, men i undantagsfall kan rätten även vända sig till ett annat organ för att få

²⁰⁸ SOU 1997:116, *Barnets bästa - en antologi*, s. 7 jämför även med prop. 1989/90:107, s. 32 f - där det anges att barnets rättigheter bör ses som en allmängiltig norm.

²⁰⁹ Schiratzki, *Barnrättens grunder*, s. 30.

²¹⁰ Ekelöf, Per Olof, *Rättegång II*, åttonde upplagan, 1996, s. 80 f.

²¹¹ Prop. 2005/06:99, s. 36 samt SOU 2005:43, s. 241.

²¹² Sjösten, s. 185.

²¹³ Walin & Vängby, s. 6:91.

²¹⁴ Sjösten, s. 186.

någon utsedd. Detta kan bli aktuellt när domstolen har ett aktuellt utredningsmaterial som endast behöver kompletteras med exempelvis ett barnpsykiatriskt utlåtande. När vårdnads- och umgängesutredningar skall utföras av socialnämnden har de ett huvudmannaskap för utredningens verkställande. Nämnden får däremot inte ha någon annan befattning med utredningen än som arbetsgivare för den tjänsteman som nämnden utsett för att göra denna. Konsekvensen av detta blir att det är utredaren själv som redovisar utredningsmaterialet till domstolen.²¹⁵ Utredaren ska vidare om det inte anses olämpligt klarlägga och redovisa barnets inställning för rätten, samt ge förslag till beslut (6 kap. 19 § fjärde stycket FB). Eftersom en preferens för en förälder kan uppfattas som en nedvärdering av den andra föräldern och därmed öka motsättningarna mellan dem är det upp till utredaren att bedöma om det istället är lämpligare att redovisa vilka konsekvenser olika beslutsalternativ får för barnet.²¹⁶ Samtidigt går det inte att bortse från att det kan finnas ett värde i att rätten får veta utredarens uppfattning, då denne är väl insatt i ärendet.²¹⁷ Det är viktigt att utredningsförfarandet bedrivs effektivt och problemorienterat, men någon närmare rättslig reglering av hur utredningen bör bedrivas finns inte.²¹⁸ I socialstyrelsens allmänna råd finns det däremot rekommendationer angående utredningar om vårdnad, boende och umgänge.²¹⁹ När en vårdnadsutredning är färdig bör den alltid kommuniceras med föräldrarna innan den inges till domstolen.²²⁰ Det är en rättssäkerhetsfråga att båda parterna får tillgång och möjlighet till att kommentera uppgifter som har tillförts utredningen av någon annan än dem själva. Utredningens kvalitet blir också bättre om eventuella sakfel och missförstånd ges möjlighet att redas ut.²²¹ Värdet av utredningen bedöms slutgiltigt av domstolen. En part som anser att utredningen innehåller fel och brister kan påpeka detta, men det är domstolen som bestämmer om utredningen behöver kompletteras.

Den som gör en utredning om vårdnad, boende och umgänge skall om det inte är olämpligt klarlägga barnets inställning och redovisa denna för domstolen. Syftet med denna utredningsskyldighet är att säkerställa att rätten får det underlag som är nödvändigt för att de skall kunna ta hänsyn till barnets vilja. Utredningsskyldigheten i detta avseende innebär att utredaren med hänsyn till barnets ålder och mognad (6 kap. 2a § tredje stycket FB) i varje enskilt fall måste göra en bedömning om det är lämpligt att tala med barnet samt vilken betydelse som skall tillmätas barnets inställning.²²² För att utredaren skall kunna få information om barnets inställning måste denne träffa barnet och ställa frågor. Under dessa möten måste utredaren uppträda med stor varsamhet och med respekt för den lojalitetskonflikt barnet kan befinna sig i och absolut inte pressa barnet på dess synpunkter eller

²¹⁵ Prop. 1990/91:8, s. 66.

²¹⁶ Sjösten, s. 189.

²¹⁷ Prop. 1997/98:7, s. 90 f.

²¹⁸ Sjösten, s. 189.

²¹⁹ SOSFS 2003:14.

²²⁰ 1994/95:JO1, s. 363.

²²¹ Walin & Vängby, s. 6:95.

²²² Prop. 2005/06:99, s. 46 samt prop. 1994/95:224, s. 32 f.

inställning.²²³ Av yttrandet till domstolen bör det framgå sådana observationer som utredaren kunnat göra för att klargöra barnets inställning. Eventuella uttalade ståndpunkter från barnets sida skall noteras tillsammans med utredarens bedömning av vilken vikt som bör tillmätas uttalandet.²²⁴ Barnet kan även höras direkt inför rätten (6 kap. 19 § sjätte stycket FB). Förutsättningarna för detta är dock att särskilda skäl talar för det och att det är uppenbart att barnet inte tar skada av att höras. Det ankommer på rätten att ta ställning i varje enskilt fall om det är lämpligt att barnet hörs. En förutsättning som under alla förhållanden måste vara uppfylld är att barnet själv går med på att framträda. Barn under tolv år torde dock sällan vara mogna nog att medverka i en rättegång.²²⁵ Bestämmelsen bör tillämpas med stor återhållsamhet även om det står klart att ett förhör inte är ägnat att bli direkt skadligt för barnet.²²⁶

Innan domstolen fattar interimistiska beslut i ärenden om vårdnad, boende och umgänge kan de inhämta upplysningar från socialnämnden (6 kap. 20 § andra stycket FB). Rätten har emellertid ingen skyldighet att inhämta någon utredning, men är föräldrarna inte överens bör domstolen inhämta upplysningar från socialnämnden.²²⁷ Eftersom interimistiska beslut skall fattas på samma bedömningsgrunder som den slutgiltiga prövningen utgör snabbutredningen från socialnämnden ett viktigt beslutsunderlag. Socialnämnden skall om det är lämpligt höra föräldrarna och barnet innan de lämnar upplysningar till rätten. Ett interimistiskt beslut måste dock ibland fattas utan att en fullständig utredning gjorts, men socialnämnden bör så långt det är praktiskt möjligt försöka klarlägga barnets vilja även i snabbutredningen.²²⁸

4.3.3 Prövningen om vad som är bäst för barnet

Utgångspunkten för den bedömning domstolen och även socialnämnden skall göra ex officio finns i 6 kap. 2a § första stycket FB. Där stadgas att barnets bästa skall vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge. Detta innebär att även om andra hänsyn naturligtvis kan finnas med i övervägandet så är det vid avgörandet barnets bästa som skall vara bestämmande.²²⁹ Barnets bästa är ett flytande begrepp och dess innebörd varierar. Vad som är barnets bästa går därför inte schablonmässigt att fastställa utan är beroende av omständigheterna i det enskilda fallet.²³⁰ Bedömningen skall emellertid göras utifrån ett barnperspektiv, vilket innebär att man försöker förstå barnet och ta reda på hur det uppfattar sin situation och eventuella förändringar. Det handlar också om att analysera följderna av olika beslutsalternativ för att kunna utröna vad som är bäst för

²²³ Prop. 1981/82:168, s. 78.

²²⁴ Sjösten, s. 191 f samt Walin & Vängby, s. 6:94.

²²⁵ Prop. 1994/95:224, s. 17 samt 1981/82:168, s. 78 jämför även med NJA 1995 s. 398 i vilket en 13-årig flicka hördes.

²²⁶ Prop. 1981/82:168, s. 89.

²²⁷ Sjösten, s. 192.

²²⁸ Prop. 2005/06:99, s. 46 f samt prop. 1994/95:224, s. 53.

²²⁹ Prop. 2005/06:99, s. 85.

²³⁰ Walin & Vängby, s. 6:15 samt se kapitel 2 ovan för utförlig redogörelse.

barnet i det individuella fallet. Vidare skall bedömningen bygga på kunskap och beprövad erfarenhet i kombination med att barnet själv får komma till tals, men det skall till sist vara den vuxne som utifrån sina kunskaper och erfarenheter fattar beslutet och tar ansvar för det.²³¹

I andra och tredje stycket i 6 kap. 2a § FB anges omständigheter som skall beaktas vid bedömningen, men det är ingen uttömmande uppräkningslista.²³² Det som anges är att man särskilt skall fästa avseende vid risken av att barnet eller någon annan i familjen utsätts för övergrepp eller att barnet olovligt förs bort eller hålls kvar eller på något annat sätt far illa samt barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Hänsyn skall också tas till barnets vilja med hänsyn till barnets ålder och mognad. Barnets grundläggande rättigheter enligt 6 kap. 1 § FB kan också vara till hjälp vid bedömningen. Uppräkningen av rättigheterna kan tjäna som vägledning så att man därmed väljer den lösning som bäst kan antas främja att de angivna rättigheterna blir tillgodosedda.²³³ Utöver dessa omständigheter finns det i praxis även exempel på en rad presumtioner som domstolarna använder sig av för att bestämma vad som är bäst för barnet. En är den s.k. status-quo principen vilken grundar sig på barnets behov av att så långt som möjligt få stabilitet och kontinuitet i sina levnadsförhållanden. Det anses vidare vara till barnets bästa att syskon inte splittras. Föräldrars överenskommelse anses också i allmänhet vara till barnets bästa.²³⁴

Våld, trakasserier eller andra övergrepp i hemmet innebär alltid en risk för barnets fysiska och psykiska hälsa. Detta gäller även om övergreppen inte riktar sig mot barnet utan mot syskon eller den andra föräldern. Lagstiftaren anser att det är angeläget att en nyanserad bedömning görs av de påstådda övergreppen och att det görs en riskbedömning.²³⁵ Utredarna i vårdnadskommittén är skarpare i sina formuleringar och anser att det som princip bör vara uteslutet med gemensam vårdnad när en förälder har utsatt någon familjemedlem för övergrepp. De anser vidare att avsteg från denna princip endast bör göras när utredningen efter en bedömning av samtliga omständigheter visar att t.ex. gemensam vårdnad ändå är till barnets bästa.²³⁶

4.4 Regler angående vårdnaden

4.4.1 Inledning

Barn kan stå under sina föräldrars gemensamma vårdnad eller endast ha en av dem som vårdnadshavare.²³⁷ Vid en separation är det av betydelse för handläggningen av vårdnadsfrågan om föräldrarna är gifta eller sambor. Ett äktenskap upplöses genom att en dom om äktenskapsskillnad vinner laga

²³¹ Prop. 2005/06:99, s. 38 ff samt SOU 2005:43, s. 365 f.

²³² Walin & Vängby, s. 6:15.

²³³ Prop. 1981/82:168, s. 22 samt prop. 1989/90:107, s. 33.

²³⁴ Ewelöf et al, s. 79 samt Dahlstrand, s. 40.

²³⁵ Prop. 2005/06:99, s. 42 ff samt SOU 2005:43, s. 373 f.

²³⁶ SOU 2005:43, s. 374.

²³⁷ Sjösten, s. 53.

kraft.²³⁸ I äktenskapslagstiftningen finns även en regel om betänketid som är till för att skydda barnets intresse mot att föräldrarna tar ett förhastat beslut om äktenskapsskillnad.²³⁹ Regeln har motiverats med hänsyn till barnets bästa.²⁴⁰ Denna regel är tillämplig om en make varaktigt bor tillsammans med och har vårdnaden om eget barn som är under 16 år.²⁴¹ Enligt 1 st 5 § ÄktB får domstolen i mål om äktenskapsskillnad även pröva frågor om vårdnad, boende och umgänge.²⁴² Några liknade regler finns inte när ogifta sammanboende föräldrar separerar. Skillnaden i hanteringen med tanke på barnets bästa består däri att vårdnaden underkastas domstolens officialprövning²⁴³ i alla mål om äktenskapsskillnad, medan ingen dylik prövning automatiskt görs när sammanboende föräldrar separerar. Vill en eller båda föräldrarna få till stånd en förändring av vårdnaden kan de var för sig eller gemensamt ansöka om detta.²⁴⁴

4.4.2 Vårdnad genom dom

4.4.2.1 Allmänt om regleringen

Om föräldrarna innan en dom om äktenskapsskillnad hade gemensam vårdnad så fortsätter denna automatiskt om inte den upplösts enligt 6 kap. 5 eller 7 §§ FB.²⁴⁵ Lagstiftaren anser det vara en naturlig utgångspunkt att den gemensamma vårdnaden består även efter skilsmässan, detta innebär således att föräldrarna inte särskilt behöver framställa ett yrkande härom. Syftet med den gemensamma vårdnaden är att främja en god kontakt mellan barnet och båda föräldrarna. Lagstiftaren har vidare framfört att en gemensam rättslig vårdnad ofta kan bidra till detta.²⁴⁶ Det kan inte bortses från att den gemensamma vårdnaden kan ha en väsentlig psykologisk betydelse för föräldrarna.²⁴⁷ Många gånger är det lättare för en förälder att acceptera den andra föräldern som barnets boende förälder och att denne därmed får ta hand om den dagliga vården om han eller hon får ha kvar den rättsliga vårdnaden. Mycket talar också för att gemensam vårdnad är en bra lösning för många separerade föräldrar och deras barn.²⁴⁸

Domstolen har dock en skyldighet att ex officio pröva om den gemensamma vårdnaden skall bestå.²⁴⁹ För att få underlag till denna prövning är det lämpligt att domstolen ger socialnämnden möjlighet att få lämna upplysningar enligt 6 kap. 19 § andra stycket FB. Socialnämnden kan

²³⁸ 5 kap. 6 § ÄktB.

²³⁹ Prop. 1973:32, s. 111.

²⁴⁰ Agell, Anders & Brattström, Margareta, *Äktenskap, Samboende, Partnerskap*, fjärde upplagan, 2008, s. 43 f.

²⁴¹ 5 kap. 1 § ÄktB.

²⁴² Prop. 1997/98:7, s. 129 f samt prop. 1986/87:1, s. 207.

²⁴³ 6 kap. 5 § och 7 § FB.

²⁴⁴ 6 kap. 5 § tredje stycket FB.

²⁴⁵ Sjösten, s. 53.

²⁴⁶ Prop. 2005/06:99, s. 50.

²⁴⁷ Bet. LU 1982/83:17, s. 13 och RH 1995:85 i vilket en man ville fastställa sitt faderskapet till ett avlidet barn.

²⁴⁸ Ewerlöf et al, s. 51 f., SOU 2005:43, s. 109 f. samt Prop. 1997/98, s. 50.

²⁴⁹ 6 kap. 5 § och 7 § FB se även 5.1.

nämligen ha sådana uppgifter som gör att det skulle vara uppenbart olämpligt för barnet om den gemensamma vårdnaden bestod. Det är med hänsyn till barnets bästa därför av stor vikt att denna information ges möjlighet att nå domstolen.²⁵⁰

Om föräldrarna är ense bör ändå utgångspunkten för domstolens bedömning vara att deras överenskommelse också är bäst för barnet.²⁵¹ Det skall dock understrykas att föräldrarna inte på något sätt är bundna av att vårdnaden automatiskt fortsätter vara gemensam, utan det står dem helt fritt att välja den vårdnadsform som passar dem.²⁵² Gemensam vårdnad förutsätter dock som regel ett någorlunda konfliktfritt samarbete mellan föräldrarna, eller som det uttrycks i propositionen:

”Om föräldrarna saknar vilja och förmåga att sätta barnets bästa före den egna konflikten, färgar detta omvårdnaden om barnet. Gemensam vårdnad bör i sådana fall inte få användas som ett medel för att ”tvinga” föräldrarna att samarbeta.”²⁵³

Står barnet under vårdnad av båda föräldrarna eller endast en av dem och någon av dem vill få till stånd en ändring i vårdnaden skall rätten besluta att vårdnaden alltjämt skall vara gemensam eller anförtro den åt en av föräldrarna (6 kap. 5 § första stycket FB). Vid bedömningen skall rätten särskilt fästa avseende vid föräldrarnas förmåga att samarbeta i frågor som rör barnet vidare kan rätten inte döma till gemensam vårdnad om båda föräldrarna motsätter sig det. Bestämmelserna ger domstolen stor handlingsfrihet vid avgörande av frågor om vårdnad. Utgångspunkten är emellertid att rätten skall ta beslut som är nödvändiga med hänsyn till vad som är bäst för barnet.²⁵⁴

4.4.2.2 Erinran om att vårdnaden är gemensam

I de fall barnen alltjämt skall stå under gemensam vårdnad efter föräldrarnas äktenskapsskillnad har rätten en skyldighet att erinra föräldrarna om detta i domen (6 kap. 3 § andra stycket FB). Regelns syfte är att informera föräldrarna om att den gemensamma vårdnaden består även efter skilsmässan och att det därmed inte skall råda någon tvekan om detta förhållande.²⁵⁵ Regeringen anser att risken förmodligen är mycket liten att föräldrarna efter en skilsmässa inte har klart för sig att vårdnaden alltjämt är gemensam, men med tanke på vårdnadsfrågans betydelse finns det ändå skäl för att domstolen skall erinra om detta i domen.²⁵⁶

4.4.2.3 När gemensam vårdnad är uppenbart oförenligt med barnets bästa

Ett av de viktigaste verktyg domstolen har för att kunna tillgodose barnets bästa är möjligheten att ändra den rättsliga vårdnaden om barnet. I mål om

²⁵⁰ Walin & Vängby, s. 6:24, Prop. 1981/82:168, s. 62 f. samt Bet. LU 1982/83:17, s. 13.

²⁵¹ Sjösten, s. 54 f.

²⁵² Sjösten, s. 53 f. och Bet. LU 1982/83:17, s. 13.

²⁵³ Prop. 2005/06:99, s. 51.

²⁵⁴ Prop. 1997/98:7, s. 106.

²⁵⁵ Bet. LU 1982/83:17, s. 14 och Sjösten, s. 72.

²⁵⁶ Prop. 1997/98:7, s. 53 f.

äktenskapsskillnad kan rätten enligt 6 kap. 5 § tredje stycket FB utan yrkande anförtro vårdnaden om barnet till en av föräldrarna om det är *uppenbart* att gemensam vårdnad är oförenligt med barnets bästa. När en av föräldrarna har vårdnaden om barnet och båda föräldrarna tillsammans ansöker om att vårdnaden istället skall utövas gemensamt skall rätten enligt 6 kap. 4 § första stycket FB besluta i enlighet med föräldrarnas önskan om det inte är *uppenbart* att gemensam vårdnad är oförenligt med barnets bästa. Dessa regler hänger ihop med domstolens möjlighet att överflytta vårdnaden när en eller båda föräldrarna allvarligt brister i omsorgen om barnet.²⁵⁷

4.4.2.4 Vid allvarliga brister i omsorgen

Enligt 6 kap. 7 § första stycket FB kan rätten besluta om ändring i vårdnaden om en förälder vid utövandet av vårdnaden gör sig skyldig till missbruk, försummelse eller i övrigt brister i omsorgen av barnet på ett sådant sätt som medför bestående fara för barnets hälsa eller utveckling. För att en överföring av vårdnaden enligt stycket ska bli aktuellt krävs i allmänhet att det föregåtts av ett ingripande enligt LVU, men det är ingen nödvändighet.²⁵⁸ Det torde också krävas att omfattande åtgärder gjorts av socialtjänsten för att återförena barnet med föräldrarna.²⁵⁹ Barnets skydd enligt paragrafen är svagare än enligt 2 § LVU eftersom skyddet enligt 6 kap. 7 § FB bygger på farerekvisitet och 2 § LVU numera bygger på ett riskrekvisit. En överföring av vårdnaden enligt 6 kap. 7 § FB kräver att barnet utsätts för en konkret fara, medan ett ingripande enligt 2 § LVU kan motiveras med en påtaglig risk för en sådan fara.²⁶⁰ Motiveringen till riskrekvisitet i LVU var bl.a. att samhället skulle kunna ingripa i ett tidigare skede.²⁶¹

Talan angående överflyttning av vårdnaden enligt 6 kap. 7 § FB förs av socialnämnden eller utan särskilt yrkande i mål om äktenskapsskillnad mellan föräldrarna eller i andra mål enligt 6 kap. 5 § FB. Har föräldrarna gemensam vårdnad om barnet och en av dem anses olämplig enligt 6 kap. 7 § första stycket FB skall rätten enligt andra stycket anförtro vårdnaden till den andra föräldern om det inte också är olämpligt. Om båda föräldrarna inte anses lämpliga skall rätten flytta över vårdnaden till en eller två särskilt förordnade vårdnadshavare. Enligt tredje stycket skall rätten om en förälder som har ensam vårdnad om barnet anses som olämplig flytta över vårdnaden till den andra föräldern, eller om det anses lämpligare till en eller två särskilt förordnade vårdnadshavare. Med lämpligare avses här vad som är bäst för barnet i det enskilda fallet. Om ett barn endast haft sporadisk kontakt med den förälder som inte är vårdnadshavare men funnit trygghet och gemenskap med någon annan vuxen som är beredd att ta på sig ansvaret för barnet torde det vara lämpligare att denne blir särskild förordnad vårdnadshavare för barnet.²⁶²

²⁵⁷ Sjösten, s. 72 jämför prop. 1981/82:168, s. 62 ff.

²⁵⁸ Prop. 1981/82:168, s. 68 jämför RH 1990:127 och RH 1991:54.

²⁵⁹ Walin & Vängby, s. 6:39.

²⁶⁰ Schiratzki, *Vårdnad och vårdnadstvister*, s. 223.

²⁶¹ Prop. 1989/90:28, s. 60 ff.

²⁶² Walin & Vängby, s. 6:40.

4.4.2.5 Vid en förälders död

Reglerna angående en eller båda vårdnadshavarnas död finns i 6 kap. 9 § FB. Första stycket stadgar att om barnet står under vårdnad av båda föräldrarna och en av dem avlider blir den kvarlevande föräldern automatiskt ensam vårdnadshavare. Skulle båda föräldrarna avlida skall rätten utse en eller två särskilt förordnade vårdnadshavare för barnet. I andra stycket regleras förhållandet när barnet står under vårdnad av endast en förälder och denne avlider. Rätten skall då på ansökan av den andra föräldern eller på anmälan från socialnämnden anförtro vårdnaden åt den andra föräldern eller om det är lämpligare åt en eller två särskilt förordnade vårdnadshavare. Situationen som regleras i detta stycke är extra intressant ur ett barnperspektiv då barnet i praxis ansetts kunna föra talan som part genom behörig ställföreträdare.²⁶³ Det som skiljer dessa ärenden från övriga mål om vårdnad, boende och umgänge är att det inte finns två föräldrar som kan ha motstridiga intressen. En viktig omständighet är också att om inte barnet tillerkändes talerätt så skulle det inte finnas någon motpart som kunde överklaga domen.²⁶⁴

4.4.3 Socialnämndens godkännande av föräldrarnas överenskommelse

Om barnets står under vårdnad av båda föräldrarna eller en av dem, får de avtala att vårdnaden skall vara gemensam eller att endast en av dem skall ha vårdnaden om barnet. Avtalet är giltigt om det är skriftligt och socialnämnden godkänt det (6 kap. 6 § första stycket FB). Stadgandet grundar sig bl.a. på att det i svensk rätt finns en presumtion om att när föräldrarna är överens om hur vårdnadsfrågan skall lösas torde det i allmänhet också kunna antas vara bäst för barnet.²⁶⁵ Prövningen som socialnämnden skall göra torde också i allmänhet vara enkel, men det kan förekomma fall då det finns anledning till eftertanke. Ett exempel på detta kan vara när föräldrarnas avtal mer ser till deras egna intressen än barnets behov.²⁶⁶ För att barnets intresse skall tillgodoses kan ibland socialnämnden för att kunna godkänna avtalet kräva att även boendefrågan eller umgängesfrågan regleras i det.²⁶⁷

Socialnämnden har endast möjlighet att godkänna eller vägra godkänna avtalet, någon möjlighet att själva ändra i avtalet har de inte.²⁶⁸ Om föräldrarna har avtalat om gemensam vårdnad skall socialnämnden godkänna avtalet om det inte är uppenbart oförenligt med barnets bästa (6 kap. 6 § andra stycket FB). När föräldrarna däremot har gemensam vårdnad om barnet och endast en förälder skall ha vårdnaden om barnet eller om vårdnaden skall flyttas från den ena till den andra föräldern skall den

²⁶³ NJA 1968 s. 292 samt NJA 1983 s. 170.

²⁶⁴ Prop. 1994/95:224, s. 15.

²⁶⁵ Prop. 2005/06:99, s. 39 samt prop. 1997/98:7, s. 108 ff jämför även prop. 1994/95:224, s. 35 samt prop. 1990/91:8, s. 59.

²⁶⁶ Prop. 1997/98:7, s. 86.

²⁶⁷ Sjösten, s. 73

²⁶⁸ Jämför prop. 1997/98:7, s. 86 f.

prövning socialnämnden gör vara samma som den en domstol skall göra när föräldrarna är ense. Detta innebär socialnämnden skall tillämpa bestämmelsen i 6 kap. 2 a § FB och att barnets bästa därmed skall vara avgörande för beslutet. Socialnämnden är också skyldiga att vid sin prövning ta hänsyn till barnets vilja med beaktande av dess ålder och mognad. När föräldrarna är överens torde det dock sällan finnas anledning för socialnämnden att ta reda på barnets inställning. Skulle det komma fram att barnet bestämt motsätter sig föräldrarnas vilja torde det vara skäl att undersöka om föräldrarnas överenskommelse verkligen är till barnets bästa.²⁶⁹

4.4.4 Föräldrars rätt till stöd och hjälp

Regler om föräldrars rätt att få stöd och hjälp hos socialnämnden finns i SoL, men en erinran om denna rätt finns i 6 kap. 14 § FB. En av socialnämndens viktigaste uppgifter är att hjälpa konflikttrabbade familjer att lösa sina problem. I 6 kap 18 § första stycke FB finner vi en hänvisning till 5 kap. 3 § SoL, i vilken det framgår att kommunen skall se till att föräldrar kan erbjudas hjälp genom samarbetssamtal under sakkunnig ledning. I syfte att nå enighet i frågor rörande om vårdnad, boende och umgänge. Kommunen har vidare en skyldighet att tillse att föräldrar kan få hjälp att träffa avtal om vårdnad, boende och umgänge.²⁷⁰ Enligt samma paragraf skall kommunerna även sörja för att familjerådgivning kan erbjudas dem som begär det. I mål om vårdnad, boende kan rätten förordna om samarbetssamtal i syfte att nå enighet mellan föräldrarna (6 kap. 18 § andra stycket FB). Ett sådant förordnade är i barnets intresse och det krävs därför inte samtycke från föräldrarna utan utgångspunkten är istället att ett förordnade om samarbetssamtal bör meddelas så snart det kan antas tjäna något syfte.²⁷¹ Några sanktionsmöjligheter för att förmå en förälder till att delta i samarbetssamtal finns inte däremot kan en ovilja att delta tala emot den föräldern som vårdnadshavare men varje fall måste bedömas var för sig.²⁷² Slutligen har socialnämnden också en skyldigt att när det är lämpligt samverka med andra samhällsorgan, organisationer och föreningar (3 kap. 4 § SoL).

4.5 Regler angående barnets boende

4.5.1 Inledning

Med begreppet boende avses här den plats vilken barnet faktiskt bor. Barnet anses således bosatt där det normalt bor.²⁷³ Står barnet under vårdnad av endast en av föräldrarna har denne en långtgående rättighet att bestämma

²⁶⁹ Prop. 1994/95:224, s. 35 samt Walin & Vängby, s. 6:34 f.

²⁷⁰ Här åsyftas avtal enligt 6 kap. 6 §, 14 a § andra stycke samt 15 a § tredje stycket FB.

²⁷¹ Prop. 1990/91:8, s. 30.

²⁷² Sjösten, s. 153 ff.

²⁷³ Sjösten, s. 91.

var barnet skall vistas.²⁷⁴ Om föräldrarna har gemensam vårdnad om barnet är utgångspunkten att de gemensamt skall bestämma var barnet skall bo (6 kap. 13 § FB). Föräldrarna avgör själva hur de vill få frågan om barnets boende reglerad. Det kan antingen vara genom dom eller genom ett av socialnämnden godkänt avtal (6 kap. 14 a § FB). Kan inte föräldrarna enas om var barnet skall bo finns möjlighet till samarbetsamtal för att försöka nå enighet i frågan (6 kap. 18 § första stycket och 5 kap. 3 § SoL) eller kan de få saken prövad av domstol (6 kap. 14 a § FB).

4.5.2 Beslut genom dom

Bestämmelsen i 6 kap. 14 a § första stycket FB gör att det numera är möjligt för föräldrar som har gemensam vårdnad att få frågan om barnets boende reglerad genom ett domstols beslut. Frågan domstolen prövar är inte var barnet ska bo utan med vem.²⁷⁵ Domstolen kan besluta att barnet skall bo hos en av föräldrarna eller växelvis hos var och en av dem. Avgörande för domstolens bedömning är vad som är bäst för barnet, vilket även gäller när föräldrarna är eniga. Normalt torde domstolen inte ha anledning att ifrågasätta föräldrarnas överenskommelse.²⁷⁶ Officialprövningsplikten gäller dock även i fråga om barnets boende²⁷⁷ och framstår en överenskommelse som tvivelaktig kan det finnas skäl att kräva ytterligare underlag för att kunna bedöma vad som är bäst för barnet²⁷⁸.

I de fall domstolen mot en förälders vilja beslutar att vårdnaden skall vara gemensam torde det också bli aktuellt att besluta om barnets boende.²⁷⁹ Under nämnda omständigheter torde det vara lämpligt att domstolen tar upp frågan om barnets boende med parterna även om något yrkande om boendet inte framställts.²⁸⁰ Domstolen kan däremot inte besluta att barnet skall bo hos någon annan än föräldrarna vilket framgår av 6 kap. 6 § första stycket SoL, där det stadgas att en underårig inte utan socialnämndens medgivande får tas emot för stadigvarande vård och fostran i ett enskilt hem som inte tillhör någon av föräldrarna eller någon annan som har vårdnaden. Domstolen kan dock flytta över vårdnaden till en eller två särskilt förordnade vårdnadshavare enligt 6 kap. 7 § FB. Ett sådant beslut innebär i praktiken även att barnets boende ändras.

Ett beslut om växelvis boende ställer särskilda krav. Samtidigt som boendeformen ger barnet möjlighet till en naturlig kontakt med båda föräldrarna så är en förutsättning att deras samarbetsförmåga är särskilt god. Andra förutsättningar som bör finnas för att ett växelvis boende ska fungera är att föräldrarna bor förhållandevis nära varandra, att de är flexibla gällande

²⁷⁴ Se ovan kapitel 3.3.2.

²⁷⁵ Walin & Vängby, s. 6:58.

²⁷⁶ Prop. 1997/98:7, s. 57 f och 113.

²⁷⁷ Se ovan kapitel 4.2.

²⁷⁸ Walin & Vängby, s. 6:59 f.

²⁷⁹ Se exempelvis NJA 1999 s. 451, RH 1998:85 och RH 1999:13.

²⁸⁰ Prop. 1997/98:7, s. 113.

barnets boende och framförallt låter barnets behov komma i första rummet.²⁸¹

4.5.3 Socialnämndens godkännande av föräldrarnas överenskommels

Enligt 6 kap. 14 a § andra stycket FB kan föräldrarna avtala om barnets boende. Avtalet är giltigt om det är skriftligt och socialnämnden har godkänt det. För att ett avtal skall vara möjligt krävs det att föräldrarna har gemensam vårdnad.²⁸² De kan då använda avtalsmöjligheten när de vill ändra en tidigare dom eller ett tidigare avtal. Ett avtal behöver inte innebära att de faktiska förhållandena skall ändras, utan kan även vara en bekräftelse på rådande förhållande.²⁸³ Socialnämnden skall godkänna föräldrarnas överenskommelse om den är till barnets bästa och den prövning av föräldrarnas avtal de skall företa är samma som den domstolen skall göra enligt första stycket.²⁸⁴

4.6 Regler angående barnets umgänge

4.6.1 Inledning

Utövandet av umgänge med barn vållar ofta praktiska problem. I vissa fall vill kanske barnet inte träffa den umgängesberättigade föräldern. I ett annat fall vill barnet träffa föräldern, men denne är inte intresserad av något umgänge med barnet. Det är inte heller helt ovanligt att boföräldern försvårar umgänget mellan barnet och den andra föräldern.²⁸⁵ Reglerna i FB utgår från att det är viktigt för barn att ha kontakt med båda sina föräldrar om dessa bor isär, vilket givetvis inte innebär att det alltid är bäst för barnet att ett umgänge med den förälder barnet inte bor med kommer till stånd. Det är barnets bästa som skall vara avgörande inte föräldrarnas intresse.²⁸⁶ Umgänget är i första hand till för barnet vilket innebär att det således är barnets intresse och behov av umgänge som i första hand skall tillgodoses. Någon absolut rätt till umgänge med sitt barn har inte en förälder.²⁸⁷ Lagstiftaren har antagit en sträng hållning gällande umgängessabotage även om man inte ansett det vara påkallat att införa speciella sanktioner. Om en förälder utan godtagbart skäl motarbetar ett umgänge mellan barnet och den andra föräldern kan det vara ett tecken på att boendet eller vårdnaden behöver ändras.²⁸⁸

²⁸¹ Sjösten, s. 92.

²⁸² Prop. 1997/98:7, s. 113.

²⁸³ Walin & Vängby, s. 6:61.

²⁸⁴ Prop. 1997/98:7, s. 113 se även ovan 4.2 samt 4.3.2.

²⁸⁵ Prop. 1981/82:168, s. 43.

²⁸⁶ Prop. 1997/98:7, s. 49.

²⁸⁷ SOU 1979:63, s. 81 f, prop. 1981/82:168, s. 43 f och prop. 1997/98:7, s. 61.

²⁸⁸ Prop. 1997/98:7, s. 62.

4.6.2 Beslut genom dom

4.6.2.1 Allmänt om regleringen

När föräldrarna inte kan komma överens kan domstolen enligt 6 kap. 15 a § första stycket FB på talan av den förälder som vill umgås med sitt barn eller socialnämnden besluta om umgänge mellan föräldern och barnet. Av det sagda följer att ett barn inte kan tillerkännas umgänge med en förälder som motsätter sig umgänge med barnet.²⁸⁹ I 6 kap. 15 § första stycket FB stadgas att barnet har rätt till umgänge med den förälder som det inte bor tillsammans med, vilket innebär att vid ett växelvis boende kan inte umgänget regleras genom ett domstolsavgörande.²⁹⁰ Bestämmelsen stadgar vidare att umgänget kan ske antingen genom att barnet och föräldern träffar varandra eller genom att de har annan kontakt. Lagstiftarens avsikt med att införa möjlighet till umgänge genom annan kontakt som t.ex. brev eller telefon var inte att inskränka möjligheten till umgänge genom att barnet och föräldern träffas, utan att tillhandahålla ett sätt att åstadkomma kontakt när ett vanligt umgänge inte kan komma i fråga.²⁹¹

Det avgörande vid domstolens bedömning skall vara det enskilda barnets bästa.²⁹² Utgångspunkten för bedömningen bör vara att det är till fördel för barnet med umgänge med båda föräldrarna. Barn behöver normalt ett stabilt förhållande till båda sina föräldrar och hänsyn måste tas till barnets ålder och mognadsgrad vid bestämmandet av umgänget. Andra faktorer som bör vägas in är barnets anknytning till den förälder som barnet inte bor tillsammans med, föräldrarnas förhållande till varandra samt barnets egen inställning vilken har stor betydelse.²⁹³

4.6.2.2 Villkor för umgängets utövande

Det kan av olika anledningar förekomma att själva utövandet av umgänget vållar problem. Lagen innehåller ingen bestämmelse om hur domstolen skall förfara i dessa fall.²⁹⁴ Domstolen har dock en skyldighet att ta hänsyn till om barnet på något sätt riskerar att fara illa eller olovligen föras bort i samband med utövandet av umgänget (6 kap. 2 a § andra stycket FB). Förarbetena påtalar att domstolen om den finner att ett visst mått av försiktighet är påkallat kan föreskriva att umgänget skall utövas i Sverige eller i närvaro av en tredje person eller endast under kortare stunder. De konstaterar också att det naturligtvis kan förekomma fall där det med hänsyn till barnets bästa är lämpligare att inget umgänge alls kommer till stånd.²⁹⁵ Domstolen kan vara tvungen att göra en avvägning mellan barnets behov av umgänge med en förälder och de risker ett eventuellt umgänge skulle kunna innebära. I praxis har det ansetts att en viss risk kan motverkas av att umgänget sker i närvaro

²⁸⁹ Schiratzki, *Vårdnad och vårdnadstvister*, s. 211 f.

²⁹⁰ Sjösten, s. 93.

²⁹¹ Prop. 2005/06:99, s. 55.

²⁹² SOU 2005:43, s. 166 samt ovan kapitel 4.2.

²⁹³ Walin & Vängby, s. 6:67 f och Sjösten, s. 102.

²⁹⁴ Ewerlöf et al., s. 63 f.

²⁹⁵ Prop. 1992/93:139, s. 38 se exempel i NJA 1990 s. 219 och NJA 1981 s. 916.

av en kontaktperson.²⁹⁶ Frågan om kontaktperson är inte något parterna själva disponerar över, utan det ankommer på domstolen att pröva behovet och nödvändigheten av detta villkor. En föreskrift om umgänge i närvaro av kontaktperson skall endast meddelas när det verkligen föreligger behov därav.²⁹⁷

4.6.2.3 Socialnämndens möjlighet att väcka talan om umgänge

Socialnämnden kan numera väcka talan om barnets umgänge med en förälder (6 kap. 15 a § första stycket FB). Vid införandet av regeln anfördes att det är viktigt att socialnämnden inte tar sin hand ifrån ett vårdnads- eller umgängesärende bara för att det är avgjorts. Det kan förekomma situationer då förhållandena av någon anledning förändras så att ett umgänge mellan barnet och föräldern inte längre kan anses vara till barnets bästa. Om inte någon av föräldrarna då försöker åstadkomma en nödvändig förändring befinner sig barnet i ett väldigt utsatt läge. Genom att ge socialnämnden talerätt fick de ytterliggare ett verktyg för att på bästa sätt kunna värna om barnets behov och intressen.²⁹⁸

4.6.3 Socialnämndens godkännande av föräldrarnas överenskommelse

Enligt 6 kap. 15 a § tredje stycket FB kan föräldrarna avtala om umgänget mellan barnet och den förälder som barnet inte bor tillsammans med. En förutsättning för detta är dock att barnet står under vårdnad av båda eller en av föräldrarna. Avtalet gäller om det är skriftligt och godkänt av socialnämnden. Ett avtal mellan föräldrarna gällande umgänge kan innehålla olika villkor för umgängets utövande.²⁹⁹ Även om umgänget är en rätt för barnet så måste umgänget knytas till en förälder, vilket innebär att föräldrarna inte kan avtala om umgänge med någon annan närstående person.³⁰⁰ Föräldrarna kan inte heller avtala om umgänge när barnet bor växelvis hos dem.³⁰¹ Socialnämnden skall godkänna föräldrarnas överenskommelse om den är till barnets bästa. Den prövning socialnämnden skall göra motsvarar den domstolen skall göra i de fall föräldrarna är ense.³⁰²

4.7 Det rättspolitiska läget

Flera frågor rörande hur barnets bästa bättre skall kunna tillgodoses vid mål om vårdnad, boende och umgänge bereds för närvarande inom

²⁹⁶ NJA 2003 s. 372. Domen ifrågasätts av Johanna Schiratzki i *Högsta domstolen meddelar dom om umgänge med barn – kränks Europakonventionen*, JT 2003-04 s. 642.

²⁹⁷ Sjösten, s. 114.

²⁹⁸ Prop. 2005/06:99, s. 55 f.

²⁹⁹ Sjösten, s. 123.

³⁰⁰ Walin & Vängby, s. 6:72.

³⁰¹ Sjösten, s. 93.

³⁰² Prop. 1997/98:7, s. 117 se även ovan 4.2 samt 4.3.2.

regeringskansliet. Två av de områden som är föremål för granskning är beslutande rätten vid gemensam vårdnad³⁰³ samt barnets rätt till ett eget biträde vid processer om vårdnad, boende och umgänge.³⁰⁴

Beslutande rätten vid gemensam vårdnad har varit föremål för utredning alldeles nyligen i SOU 2007:52. I utredningen påpekas att kravet på enighet mellan vårdnadshavarna ibland kan leda till betydande problem³⁰⁵ samtidigt föreslås att domstolen skall få möjlighet att vid gemensam vårdnad besluta att en vårdnadshavare ensam skall få bestämma i vissa frågor³⁰⁶. Frågor som skulle kunna bli föremål för ensam beslutanderätt är bl.a. var barnet skall bo, dess skolgång och barnomsorg men även barnets tillgång till insatser enligt socialtjänstlagen.³⁰⁷ Utredningens förslag syftar till att bättre kunna tillgodose barnets intressen och därmed underlätta ett gemensamt vårdnadsansvar.³⁰⁸ Utredningen är enligt Justitiedepartementet föremål för en kompletterande hearing under våren 2009.

Barnets rätt till biträde vid processer om vårdnad, boende och umgänge behandlades i en utredning 2002 när man undersökte vilka åtgärder Sverige skulle behöva vidta för att kunna ratificera utövandekonventionen.³⁰⁹ Sverige skrev på denna konvention redan 1996 och den är ett komplement till barnkonventionen.³¹⁰ Dess övergripande syfte är bl.a. att med hjälp av processuella rättigheter säkerställa barns deltagande i familjerättsliga processer.³¹¹ Utredningen kom fram till att domstolen skulle få förordna ett särskilt biträde för barnet när konflikten mellan föräldrarna är så svår och djup att de inte längre alls förmår se till barnets bästa. Genom detta skulle barnet få en utomstående och opartisk person som sin företrädare, vilken endast skulle arbeta med utgångspunkt i barnets bästa. Denna ordning skulle enligt utredaren stärka barnets rätt väsentligt.³¹²

Det svenska arbetet för att kunna ratificera den pågår dock ännu.³¹³ Riksdagen tog dock ett kliv mot att stärka barns processuella ställning när man den 30 maj 2006 tog ett beslut som innebar att man som sin mening tillkännagav att:

”Vi anser att barn bör ha rätt till ett eget juridiskt biträde i alla mål om vårdnad, boende och umgänge. Vi menar att detta juridiska biträde på ett bättre sätt än respektive förälders juridiska biträde kan bevaka barnets rätt i förhållande till båda sina föräldrar. Det får ankomma på regeringen att utarbeta erforderliga lagförslag och återkomma till riksdagen.”³¹⁴

³⁰³ Bet. 2008/09:CU10.

³⁰⁴ Bet. 2007/08:CU14.

³⁰⁵ SOU 2007:52, s. 11 ff.

³⁰⁶ a.a., s. 241.

³⁰⁷ a.a., s. 245 ff.

³⁰⁸ a.a., s. 59.

³⁰⁹ Ds 2002:13

³¹⁰ Dahlstrand, s. 29.

³¹¹ Dahlstrand, s. 117.

³¹² Ds 2002:13, s. 105 f.

³¹³ Bet. 2007/08:CU14.

³¹⁴ Reservation 4 till lagutskottets betänkande 2005/06:LU27.

Riksdagens ställningstagande har än så länge inte inneburit någon förändring gällande barns rättsliga ställning i mål om vårdnad, boende och umgänge, frågan bereds fortfarande inom regeringskansliet.³¹⁵

³¹⁵ Enligt bet. 2007/08:CU14, beslut daterat 17 april 2008.

5 Analys

5.1 Inledning

Barnets bästa och föräldraskapets innebörd kan sägas vara två sidor av samma mynt. Föräldraskapet går ut på att uppfylla föräldrafunktionen som i sin tur skall generera det bästa för det specifika barnet. Ur rättslig synvinkel har det ansetts vanskligt att uppsätta allt för strama regler kring dessa frågor med risk för att man då vid tillämpningen av dem skulle förlora flexibiliteten och därmed möjligheten att anpassa efter det enskilda fallet. Den rättsliga standarden av barnets bästa åsyftar därför endast en miniminivå. En liknande standard av föräldraskapet används inom beteendevetenskapen. Inom denna vetenskap talar man om föräldraskap i termer av *good enough*, vilket också är en miniminivå.

De regler som utgör samhällets yttersta redskap för att säkerställa att barnets bästa tillgodoses av separerade föräldrar utgår från en miniminivå av barnets bästa och därmed även i kravet på föräldraskap.

5.2 Barnets bästa och föräldraskapet

Det finns ingen klar definition av barnets bästa utan dess innebörd måste ses som ett värdeöppet rättsfaktum. Bedömningen skall göras utifrån ett barnperspektiv och med grund i det enskilda barnets unika omständigheter. Utgångspunkten är att hitta den bästa lösningen för barnet ifråga, vilket gör att bedömningen av barnets bästa sker friare än vad som gäller för traditionella rättsregler. Eftersom utgångspunkten är att hitta den bästa lösningen för det individuella barnet innebär detta även att nivån på vad som anses som barnets bästa skiftar från fall till fall. Den rättsliga standarden för både barnets bästa och föräldraskapet åsyftar ju endast en miniminivå.

Enligt 6 kap 2 a § första stycket FB skall barnets bästa vara avgörande för alla beslut gällande vårdnad, boende och umgänge. Stadgandet riktar sig i första hand mot samhällets aktörer men även föräldrarna torde omfattas av bestämmelsen. Av barnkonventionens artikel 18 framgår att barnets bästa skall komma i främsta rummet även för föräldrarna och konventionsbestämmelserna skall numera användas vid tolkning av svensk lag. Den svenska formuleringen att barnets bästa skall vara *avgörande* för alla beslut är en förstärkning av barnkonventionens formulering av att barnets bästa skall komma i *främsta rummet*. Detta torde knappast göra någon skillnad vid tolkningen då barnkonventionens bestämmelser inte kan användas för att inskränka barnets rättigheter.

Fullgörandet av föräldrafunktionens vårdnadsansvar innebär enligt lagstiftaren bl.a. att ge barnet omsorg, trygghet och en god fostran (6 kap. 1 § FB). Detta kräver att föräldrarna kan prioritera barnets behov framför sina egna. Barnet behöver också trygga, nöjda och tillfredsställda föräldrar, vilket innebär att de inte alltid bara kan tillgodose barnets intressen utan

ibland också sina egna. Att uppfostra ett barn kräver tid det är därför viktigt att båda föräldrarna så långt det är möjligt är delaktiga i barnets fostran. Rent generellt kan en förälder omöjligt skapa sig lika mycket tid för barnet som två föräldrar kan göra. Däremot kan en förälder med förmåga att prioritera barnets behov framför sina egna vara betydligt bättre än två som inte klarar detta. En familjerättslig grundprincip i både barnkonventionen och svensk rätt är dock att det för barnets skull är viktigt att båda föräldrarna är delaktiga i barnets förhållanden och tar ansvar för barnet.

Sambandet mellan det rättsliga föräldraskapet och vårdnadsansvaret är starkt och har beskrivits som en rätt för föräldern och en skyldighet gentemot barnet. Vårdnadsansvaret bör inte i första hand uppfattas som en rättighet för föräldern utan skall ses för vad det verkligen är, ett ansvar för barnets uppfostran och utveckling.³¹⁶ Ett grundläggande element i barnperspektivet som också pekar mot denna ståndpunkt är respekten för barnets fulla människovärde och integritet, vilket också innebär att man skall lyssna på barnet och respektera det som en individ med egna uppfattningar. Den enda delen av vårdnadsansvaret som utgör en rättighet är bestämmanderätten, vilken inte är knuten till den faktiska vården av barnet utan är kopplat till vårdnadshavaren. Inom familjerätten utgör emellertid vårdnadsansvaret en mycket betydelsefull del av föräldraskapet medan man inom beteendevetenskapen istället betonar vikten av den faktiska vården. Denna utgör tveklöst också den viktigaste delen av föräldrafunktionen för barnet.

Synen på vårdnadsansvaret som en rättighet har inneburit att fokus i större utsträckning kommit att ligga på den gemensamma beslutanderätten än på det som verkligen har betydelse för barnet den faktiska vården. Syftet med det rättsliga vårdnadsansvaret är ändå framförallt att skydda barnets rätt till goda uppväxtförhållanden. Ur den synvinkeln ter det sig märkligt att bestämmanderätten inte är mer knuten till den faktiska vården. Så som reglerna är utformade idag kan de vara till men för barnet, när föräldrar som inte ens kan komma överens om den gemensamma vården tvingas in i en situation där de skall fatta gemensamma beslut gällande barnet. Någon formell möjlighet till tvistelösning när de är oense finns inte heller att tillgå. Lagstiftaren har också uppmärksammat problemet och det ställs numera krav på att föräldrarna har ett någorlunda konflikt fritt samarbete för att gemensam vårdnad skall bli aktuellt.³¹⁷

Vid vårdnadstvister presumerar samhället att föräldrar, trots den svåra situation de befinner sig i, klarar av att sätta barnets bästa framför sina egna behov och intressen. Föräldraskap vid en vårdnadstvist är oftast ingen lätt sak och ur ett barnperspektiv anser jag att samhällets inställning utgör ett problem.

³¹⁶ Jämför artikel 18 barnkonventionen samt Kurki-Sounio, s. 179 not 35.

³¹⁷ Se prop. 2005/06:99, s. 51.

5.3 Tillämpningen av samhällets redskap

5.3.1 Inledning

Syftet med samhällets inblandning i frågor rörande vårdnad, boende och umgänge är framförallt att säkerställa att barnets bästa tillgodoses. Det viktigaste redskapet samhället har för att tillse att föräldrarna ser till barnets bästa i frågor om vårdnad, boende och umgänge är domstolens officialprövning. Genom denna skall också barnets bästa tillgodoses. Många av de övriga reglerna syftar till att ge rätten möjlighet att utifrån det enskilda barnets bästa fatta det nödvändiga beslutet. Det finns däremot ingen regel som explicit stadgar att föräldrarna är skyldiga att se till barnets bästa även om 6 kap. 2 a § FB även torde gälla dem. Någon direkt sanktion mot föräldrar som inte ser till barnets bästa finns inte. Det yttersta redskapet i 6 kap. utgörs av reglerna om överflyttning av vårdnaden, vilket dock kräver så allvarliga brister i omsorgen om barnet att det medför bestående fara för barnets hälsa eller utveckling (6 kap. 7 § FB).

5.3.2 När blir redskapen tillämpliga

Det övergripande syftet med föreliggande arbete är att utreda vilka redskap samhället har för att säkerställa att barnens bästa tillgodoses av separerade föräldrar. Fokus har legat på reglerna i 6 kap. FB vilka endast blir tillämpliga under vissa förutsättningar. I normalfallen handlar det då om att föräldrarna varit gifta och därmed tar ut en äktenskapsskillnad i samband med separationen eller att föräldrarna är tvistiga rörande frågor om vårdnad, boende och umgänge. Reglerna kan också bli tillämpliga genom att en av föräldrarna dör eller genom att socialnämnden beslutar om att vidta åtgärder rörande barnen. Det anförda innebär också att när sammanboende föräldrar separerar och är överens i frågor om vårdnad, boende och umgänge finns det inga redskap i form av regler i FB för att tillse att föräldrarnas överenskommelse är till barnets bästa. Reglerna i 6 kap. FB blir under givna omständigheter endast tillämpliga om föräldrarna väljer att formalisera sin överenskommelse genom ett avtal vilket då måste godkännas av socialnämnden för att gälla (6 kap. 6 §, 14 a § och 15 a § FB). Vid en sådan prövning angående avtal om vårdnad, boende och umgänge blir reglerna för att tillse att beslutet blir till barnets bästa tillämpliga.

5.3.3 Effekten av presumtioner

Effektiviteten i samhällets redskap för att tillgodose barnets bästa i frågor rörande vårdnad, boende och umgänge är i hög grad beroende av föräldrarnas inställning. Genom den rådande presumtionen att föräldrarnas överenskommelse är till barnets bästa³¹⁸ finns det en risk att rätten i dessa fall inte utreder de faktiska omständigheterna i tillräckligt stor utsträckning, vilket kan medföra att beslutet rätten tar i praktiken inte är till barnets bästa.

³¹⁸ Jämför Ryrstedt & Mattsson, SvJT 2007, s. 389.

I praxis används ibland också generella presumtioner för vad som är barnets bästa, två exempel är att syskon inte bör skiljas åt och status-quo principen. Genom användandet av denna typ av presumtioner vid bestämmandet av barnets bästa riskerar man att missa viktiga faktorer i det enskilda fallet.

5.3.4 Barnets bästa, officialprövning och beslut

En viktig del av domstolens officialprövning i frågor om vårdnad, boende och umgänge är att tillse att dessa blir tillbörligt utredda (6 kap. 19 § FB). Det är sedermera på detta underlag som rätten skall fatta beslutet. En annan viktig del i officialprövningen är barnets bästa, vilket också skall vara avgörande för alla beslut rörande vårdnad, boende och umgänge (6 kap. 2 a § FB). Om underlaget för beslutet har brister kan detta innebära att viktiga omständigheter i det enskilda fallet inte kommer fram och att barnets bästa därmed inte heller tillgodoses. Genom det anförda vill jag poängtera att alla former av summariska utredningar i samband med ärenden om vårdnad, boende och umgänge medför en risk för barnet.

Lagstiftaren har konstaterat att vad som är barnets bästa måste bedömas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Vid bedömningen skall särskilt fästas avseende vid risken att barnet eller någon annan i familjen utsätts för övergrepp eller att barnet olovligen förs bort eller på något annat vis far illa samt barnets behov av en nära och god kontakt med föräldrarna. Hänsyn skall också tas till barnets vilja med beaktande av dess ålder och mognad (6 kap. 2 a § FB). I förarbetena anges att den nämnda uppräkningsen inte är uttömmande och att uppräkningsen av barnets grundläggande rättigheter i 6 kap. 1 § FB kan tjäna som vägledning när man skall välja den lösning som kan anses vara bäst för barnet. I praktiken torde det dock vara så att det är föräldrarnas kapacitet som vårdnadshavare som skapar innebörden av barnets bästa för domstolen i det enskilda fallet. I en vårdnadsvist har domstolen möjlighet att döma till antingen gemensam vårdnad, ensam vårdnad för någon av föräldrarna eller att flytta över vårdnaden till särskilt förordnade vårdnadshavare. Det sistnämnda kan domstolen bara tillämpa om barnet utsätts för en konkret fara, vilket innebär att den undre gränsen för att inneha den faktiska vården om ett barn finns i LVU, där det räcker med påtaglig risk för en sådan fara. Vad officialprövningen egentligen handlar om är alltså att hitta den bästa lösningen för barnet under rådande förhållanden, vilket inte behöver innebära att det beslut domstolen kommer framtill rent objektivt sett är särskilt bra för barnet. Det räcker med att det inte är någon påtaglig risk att barnets hälsa eller utveckling skadas (2 § LVU) och att beslutet är den bästa lösningen i det enskilda fallet.

5.3.5 Säkerställs barnets bästa genom redskapen?

Huvudfrågan i föreliggande arbete var att utreda vilka redskap samhället har för att säkerställa att barnens bästa tillgodoses av separerade föräldrar med fokus på reglerna i 6 kap. FB. Genomgången av regelverket visar att det

finns bestämmelser av pedagogisk karaktär som direkt riktar sig till föräldrarna. Andra bestämmelser riktar sig mot samhällets aktörer och många av dem syftar till att hitta den bästa lösningen för barnet. Av dessa utgör domstolens officialprövning det viktigaste redskapet samhället har för att säkerställa att föräldrarna tillgodoser barnets bästa. Frågan är då om reglerna säkerställer föräldrarnas tillvaratagande av barnets bästa? Ett problem är att barnets bästa på många sätt är ett individbundet begrepp, vilket också innebär att det omöjligt går att generellt definiera. Ytterligare ett problem uppkommer när domstolen skall tillämpa principen om barnets bästa. Rätten ställs i de flesta ärenden om vårdnad, boende och umgänge inför ett par föräldrar i konflikt. I de allra flesta fall är det dessa föräldrar som genom sin förmåga och personliga situation sätter gränserna för domstolens bedömning av vad som kan bli det enskilda barnets bästa. Vid alla beslut om vårdnad, boende och umgänge skall domstolen och socialnämnden fatta sitt beslut utifrån vad som är barnets bästa i det enskilda fallet. Detta innebär att den förälder som bäst anses kunna tillvarata barnets bästa också sannolikt kommer att få störst ansvar för barnet. Den reella möjlighet som samhället har att säkerställa att föräldrarna ser till barnets bästa blir alltså indirekt. Sammantaget innebär detta också att samhället egentligen inte har några direkta regler för att säkerställa att föräldrarna ser till barnets bästa.

5.4 Slutord

Alla människor är olika även om våra grundläggande behov är samma. Detta gäller både barn och vuxna. Föräldrar har olika förutsättningar och preferenser beroende på var man bor, kultur, religion och individuell bakgrund, vilket också medför att de har olika önskningar och behov. Dessa önskningar och behov skall vägas in vid bedömningen om föräldern klarar av att se till barnets bästa. I många fall bedöms båda föräldrarna vara lämpliga och om inte gemensam vårdnad bedöms som lämplig måste rätten gå efter andra kriterier i barnets bästa vid sitt avgörande. Det stora problemet uppkommer först när vi har två föräldrar som ligger på gränsen till vad samhället kan acceptera. I dessa fall vilar ett stort ansvar på de sociala myndigheterna att bevaka och följa barnets utveckling.

Barnets ställning i den svenska rätten är fortfarande svag vilket också visar sig genom att ingen större prövning av barnets bästa görs när föräldrarna är överens. Min uppfattning är att föräldrarnas ansvar för barnet bör komma till klarare uttryck i lagtexten. Det bereds en del förslag inom regeringskansliet för att stärka barnets rätt och ytterligare öka möjligheterna till flexibla lösningar i det enskilda fallet, vilket också är mycket viktigt. Ur ett barnperspektiv är det viktigaste förslaget för att stärka barnets rättigheter i Sverige barnets rätt till biträde vid processer om vårdnad, boende och umgänge. Först när barnet synliggjorts som en part i processen med tillhörande rättigheter kan dess intressen tillfullo anses tillvaratagna.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Betänkanden

Bet. 1982/83:LU17

Bet. 2005/06:LU27

Bet. 2007/08:CU14

Bet. 2008/09:CU10

Departementsserien

Ds 1999:57

Gemensam vårdnad för ogifta föräldrar

Ds 2002:13

Utövandet av barns rättigheter i familjerättsliga processer

Propositioner

Prop. 1973:32

Lag om ändring i giftermålsbalken, m.m.

Prop. 1975/76:170

Om ändring i föräldrabalken m m

Prop. 1981/82:168

Om vårdnad, boende och umgänge m m

Prop. 1986/87:1

Äktenskapsbalk

Prop. 1989/90:28

Om vård i vissa fall av barn och ungdomar

Prop. 1989/90:107

Om godkännandet av FN-konventionen om barnets rättigheter

Prop. 1990/91:8

Om vårdnad och umgänge

Prop. 1992/93:139

Om olovligt bortförande och andra övergrepp mot barn

Prop. 1993/94:57

Om vårdnadshavares skadeståndsansvar

Prop. 1994/95:224

Barns rätt att komma till tals

Prop. 1997/98:7

Vårdnad, boende och umgänge

Prop. 1997/98:9

Skydd för förföljda personer, samordningsnummer, m.m.

Prop. 1997/98:182 Strategi för att förverkliga FN:s konvention om barnets rättigheter i Sverige

Prop. 2005/06:99 Nya vårdnadsregler

Statens offentliga utredningar

SOU 1979:63 Barnets rätt 2. Om föräldraansvar m.m.

SOU 1997:116 Barnets bästa i främsta rummet. FN:s konvention om barnets rättigheter förverkligas i Sverige.

SOU 2005:43 Vårdnad - Boende - Umgänge, Barnets bästa, föräldrars ansvar

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

Socialstyrelsen

Allmänna råd (SOSFS 2003:14) *Socialnämndens handläggning av vissa frågor om vårdnad, boende och umgänge*

Statistik socialtjänst (2008:3) *Familjerätt 2007*

Barnombudsmannens publikationer

Barnombudsmannen, *Upp till 18 – fakta om barn och ungdom*, 2007

Justitieombudsmannen

Beslut: 1994/95:JO1 s. 363

Ämbetsberättelse: 1989/90 s. 223-229

Doktrin

Agell, Anders Äktenskap, samboende, partnerskap, *fjärde upplagan*, Uppsala 2008

Bramstång, Gunnar Sociallagstiftningen: En kommentar, Stockholm 1985

Dahlstrand, Lotta Barns deltagande i familjerättsliga processer, Uppsala 2004

Ekelöf, Per Olof Rättegång II, *åttonde upplagan*, Stockholm 1996

Ewerlöf, Göran, Sverne, Tor & Singer, Anna Barnets bästa – Om föräldrars och samhällets ansvar, *femte upplagan*, Stockholm 2004

Fahlberg, Gunnar Samhället och barnen, *trettonde upplagan*, Stockholm 1984

- Haugli, Trude Samværsrett i barnevernssaker, *andra upplagan*, Oslo 2000
- Hellner, Jan & Radetzki, Marcus Skadeståndsrätten En introduktion, *tredje upplagan*, Stockholm 2007
- Kurki-Suonio, Kirsti Gemensam vårdnad – vad döljer man med barnets bästa? i 13 kvinnoperspektiv på rätten, Uppsala 1995.
- Mattsson, Titti Barnet som subjekt och aktör, Uppsala 2006
- Mattsson, Titti Barnet och rättsprocessen, Lund 2002
- Passer, Michael W & Smith, Roland E Psychology: Frontiers and Applications, New York 2001
- Rejmer, Annika Vårdnadstvister, Lund 2003
- Saldeen, Åke Barn- och föräldrarätt, *femte upplagan*, Uppsala 2005
- Saldeen, Åke Barnets rätt till sitt ursprung, Rättsvetenskapliga studier tillägnade Carl Hemström av professorskolleger i Uppsala / [redaktör: Nils Jareborg], Uppsala 1996
- Schiratzki, Johanna Barnrättens grunder, *tredje upplagan*, Stockholm 2006
- Schiratzki, Johanna Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige, Stockholm 2005
- Schiratzki, Johanna Vårdnad och vårdnadstvister, Stockholm 1997
- Singer, Anna Uppsala Föräldraskap i rättslig belysning, Uppsala 2000
- Sjösten, Mats Vårdnad, boende och umgänge, *andra upplagan*, Stockholm 2003
- Walín, Gösta & Vängby, Staffan Föräldrabalken, En kommentar. Del I, *Supplement 8*, september 2008

Artiklar

Hoghughí, M & Speight, A N P, *Good enough parenting for all children – a strategy for a healthier society*, Arch Dis Child 1998;78: 293-296.

Rejmer, Annika, *Barnperspektiv och barnets bästa i tingsrätts handläggning av vårdnadstvister*, SvJT 2002 s. 138.

Ryrstedt, Eva & Mattsson, Titti, *Barn och föräldrar – kan vi acceptera dem som motparter?*, SvJT 2007 s. 389.

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

Ryrstedt, Eva, *Bidrag och särboende föräldrar*, JT 2004-05 s. 814.

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

Ryrstedt, Eva, *Den genetiska utvecklingens familjerättsliga implikationer*, SvJT 2003 s. 554.

Schiratzki, Johanna, *Högsta domstolen meddelar dom om umgänge med barn – kränks europakonventionen?*, JT 2003-04 s. 652.

Schiratzki, Johanna, *Nya regler om vårdnad m.m.*, Ny Juridik 3:06 s. 53.

Schiratzki, Johanna, *Barnets bästa – i portalparagraf och praxis*, JT 1998-99 s. 973.

Schiratzki, Johanna, *Vad betyder det att ha gemensam vårdnad?*, JT 1998-99 s. 1049.

Internet

www.scb.se

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1945 s. 471

NJA 1949 s. 617

NJA 1954 s. 450

NJA 1956 s. 55

NJA 1968 S. 292

NJA 1970 s. 463

NJA 1976 s. 458

NJA 1981 s. 916

NJA 1983 s. 170

NJA 1990 s. 219

NJA 1995 s. 398

NJA 1998 s. 267

NJA 1999 s. 451

NJA 2000 s. 345

NJA 2003 s. 372

NJA 2006 s. 26

NJA 2006 s. 505

NJA 2007 s. 382

Rättsfall från hovrätterna

RH 1990:127

RH 1991:54

RH 1995:85

RH 1998:85

RH 1999:13

Regeringsrättens årsbok

RÅ 1983 2:14

RÅ 1983 2:18

RÅ 1997 ref. 8

Europadomstolen

Marckx mot Belgien 6833/74 13.06.1979

Nielsen mot Danmark 10929/84 28.11.1988