JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sofia Wållander

Olovliga bortföranden av barn i internationella förhållanden

Examensarbete i internationell privaträtt
20 poäng

Handledare: Michael Bogdan

VT 2001

Innehåll

SAMMANFATTNING **1**

FÖRKORTNINGAR **3**

1 INLEDNING **4**
1.1 Syfte 4
1.2 Definitioner 5
1.3 Disposition och avgränsning 6
1.4 Material 6

2 SVENSK RÄTT **8**
2.1 Det svenska hemvistbegreppet 8
2.1.1 Allmänt 8
2.1.2 Underåriga barn 9
2.2 Domsrätt 10
2.3 Lagval 12
2.4 Verkställighet av svenska vårdnadsdomar 13
2.5 Erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsdomar 15
2.5.1 Allmänt 15
2.5.2 Norden 17
2.5.3Familjerättsliga statusdomar 17
2.5.4 Ordre public 18
2.6 Rådets förordning 1347/2000 18

3 HAAGKONVENTIONEN DEN 25 OKTOBER 1980 OM DE CIVILA ASPEKTERNA PÅ INTERNATIONELLA BORTFÖRANDEN AV BARN **20**
3.1 Haagkonferensen för internationell privaträtt 20
3.2 Syfte 20
3.3 Skyldighet att överflytta barn 21
3.4 Hemvistbegreppet 22
3.4.1 Definition 22
3.4.2 Föräldrarnas hemvist 23
3.4.3 Hemvist mot barnets vilja 25
3.4.4 Växelvis hemvist 25
3.4.5 Hemvistbegreppet enligt Haagkonventionen i svensk praxis 26
3.5 Tillämpningsområde 28
3.5.1 Barn 28
3.5.2 Olovligt bortförande 28
3.5.2.1 Vårdnad 29
3.5.2.2 Personkrets 31
3.5.2.3 Hur vårdnad uppkommer 31
3.5.2.4 Vårdnaden utövades i praktiken 32

3.5.2.5 Lagen i det land där barnet hade hemvist före bortförandet 33
3.6 Undantag från överflyttningsskyldigheten 34
3.6.1 Barnet har funnit sig tillrätta i sin nya miljö 34
3.6.2 Vårdnaden utövades inte i praktiken 35
3.6.3 Risk för psykisk eller fysisk skada 35
3.6.4 Barnets vilja 41
3.6.5 En överflyttning strider mot grundläggande principer 42
3.6.6 Krav på process i det land dit barn återlämnas 43
3.7 Rätt till umgänge 43
3.8 Centralmyndighetens uppgifter 45
3.9 Förhållande till andra konventioner 46
3.10 Pågående arbete 46

4 1996 ÅRS HAAGKONVENTION **47**

5 KRITIK MOT SVERIGES TILLÄMPNING AV HAAGKONVENTIONEN **49**
5.1 Inledning 49
5.2 Kritik från USA 49
5.2.1 Rapport 1 49
5.2.2 Rapport 2 51
5.2.2 Resolution 293 53

6 EUROPARÅDSKONVENTIONEN **55**
6.1 Syfte 55
6.2 Konventionens innehåll 55
6.3 Undantagsmöjligheter 56
6.4 Umgängesrätten 58
6.5 Reservationsmöjligheter 58
6.6 Jämförelse med Haagkonventionen 58

7 VERKSTÄLLIGHETSLAGEN **60**
7.1 Bakgrund 60
7.2 Tillämpningsområde 61
7.2.1 Haagkonventionen 61
7.2.2 Europarådskonventionen 62

8 ICKE-KONVENTIONSANSLUTNA STATER **63**
8.1 Allmänt 63
8.2 Svenska möjligheter till agerande 63
8.3 Singapore-målet 64
8.4 Bilaterala avtal 65

9 STRAFFRÄTTSLIGA ASPEKTER **67**
9.1 Svensk straffrättslig jurisdiktion 67
9.2 Egenmäktighet med barn 67
9.2.1 När enskild vårdnad föreligger 69

9.2.2 När gemensam vårdnad föreligger 69
9.2.3 Beaktansvärt skäl för bortförandet 70
9.2.4 Egenmäktighet med barn, grovt brott 71
9.2.5 Underlåtenhet att återlämna barnet 73
9.3 Sammanfattning 75
9.4 Olaga frihetsberövande 76
9.5 Risk för bortförande 76
9.6 Skadestånd 79
9.7 Vite 79

10 EUROPADOMSTOLEN **81**

11 SLUTSATSER **83**
11.1 Inledning 83
11.2 Haagkonventionen 83
11.2.1 Problem med konventionen 84
11.2.2 Barnets bästa i Haagkonventionen 86
11.3 Amerikansk kritik mot svensk tillämpning av Haagkonventionen 87
11.4 Avtal om växelvis boende 88
11.5 Icke-konventionsanslutna länder 89
11.6 Straffrättsliga aspekter 90
11.7 Avslutning 91

LITTERATURFÖRTECKNING **92**
Böcker 92
Artiklar 92
Lagtext 94
Offentligt tryck 95
Opublicerat material 95

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING **97**
Länsrätten 97
Kammarrätten 97
Regeringsrätten 97
Hovrätten 97
Högsta Domstolen 97
Europadomstolen 98

Sammanfattning

När det gäller frågor som rör barn är det hemvistprincipen som gäller. Ett barns hemvist är beroende av dess föräldrars hemvist eftersom det är svårt för ett barn att uppnå ett hemvist skilt från föräldrarna. Hemvist anses föreligga när ”*bosättningen med hänsyn till vistelsens varaktighet och omständigheterna i övrigt måste anses stadigvarande*”, enligt 7 kap 2 § lag (1904:26 s. 1) om internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap (IÄL). Sammanfattningsvis kan sägas att barn oftast har hemvist där föräldrarna har det.

Principen om barnets hemvist innebär att domstolen i hemvistlandet är behörig att bl.a. ta upp mål om vårdnad och umgänge. Svensk domsrätt i mål om vårdnad av barn kan dessutom föreligga när mål om äktenskapsskillnad tas upp enligt 3 kap 6 § IÄL. Barnets hemvist styr även lagvalet.

Enligt huvudregeln i svensk rätt erkänns eller verkställs inte utländska vårdnadsdomar om det inte finns stöd i lag. Sådant stöd finns t.ex. när konventioner ingåtts såsom i förhållande till de nordiska länderna samt till de 24 länder som ratificerat Europarådskonventionen. Den sistnämnda föreskriver att domar skall erkännas och verkställas i medlemsstaterna. De regler som gäller mellan de nordiska länderna är något mer generösa än Europarådskonventionen och tar då över för de nordiska länderna.

Inom EU finns Rådets förordning 1347/2000 som träder ikraft den 1 mars år 2001, som i princip innebär att 1980 års Haagkonvention skall gälla mellan EU-länderna. Alla länder som är med i EU har tillträtt Haagkonventionen, så det får främst betydelse i förhållande till nya medlemsländer.

Haagkonventionen från 1980 gäller för Sveriges del i förhållande till 48 länder och är det mest effektiva instrumentet i kampen mot olovliga bortföranden av barn. Den tillämpas på barn under sexton år och föreskriver att när ett olovligt bortförande skett skall domstolen besluta att återsända barnet till den stat där barnet hade hemvist före bortförandet.

Ett bortförande är olovligt om det strider mot någons rätt till vårdnad. Ett viktigt kriterium är att vårdnaden måste ha utövats i praktiken eftersom Haagkonventionen syftar till att återställa de faktiska förhållanden som förelåg vid bortförandet. Det finns möjligheter i konventionen att neka en överflyttning t.ex. om det gått mer än ett år från bortförandet, barnet riskerar att utsättas för fysisk eller psykisk skada eller att en icke-godtagbar situation skulle uppstå. Undantagen skall dock tillämpas restriktivt.

Umgängesrätten har en svagare ställning i Haagkonventionen än rätten till vårdnad och är beroende av centralmyndigheternas samarbete och i slutändan av parternas goda vilja.

En kompletterande Haagkonvention från 1996, som ännu inte har trätt ikraft, reglerar myndigheters behörighet, tillämplig lag, erkännande, verkställighet och samarbete angående föräldraansvar. Den innebär bl.a. att när ett beslut fattats om att inte överflytta ett barn har domstolarna i barnets hemviststat exklusiv behörighet i ett år. Det beslut som fattas skall respekteras av den stat barnet nu är bosatt i.

Sveriges tillämpning av 1980 års Haagkonvention har fått kritik främst från USA, vilken bygger på rättsfall där amerikanska medborgare har förlorat. Framförallt kritiseras Sverige för att ha för långa handläggningstider i domstolarna, att det saknas effektiva mekanismer för att verkställa domar och att föräldrar som fört bort sina barn och inte respekterar domar inte straffas för det.

En annan viktig konvention är Europarådskonventionen som föreskriver att domar som rör vårdnad om barn skall erkännas och verkställas i de andra staterna. Även denna konvention innehåller möjligheter för staterna att under vissa förutsättningar vägra erkännande eller verkställighet. Konventionen innehåller även vissa regler om återförande av barn när ett olovligt bortförande har skett. Den tillämpas på barn under sexton år med undantag för barn som själva får bestämma var de skall bo.

När det gäller bortförande av barn till en stat som inte ratificerat någon av konventionerna är situationen svårare. HD slog fast i NJA 1997 s. 196, det s.k. Singapore-målet, att Haagkonventionens principer inte skall tillämpas i förhållande till stater som inte anslutit sig till konventionen. Det innebär att det också är svårt att få barn återlämnade från dessa länder.

Den förälder som fört bort sitt barn kan straffas för egenmäktighet med barn enligt 7 kap 4 § BrB, vilken också kan användas för att sätta press på den förälder som inte samarbetar för ett barns återförande. Underlåter en förälder att återlämna barnet eller samarbeta till att få det återlämnat kan den personen dömas upprepade gånger, eftersom brottet anses pågå så länge föräldern har kontroll över barnet. Har den bortförande föräldern tillgångar i Sverige kan man utdöma vite tills barnet återförs till den andra föräldern.

De länder som ratificerat Europeiska konventionen den 4 november 1950 angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna skall vidta åtgärder för att föräldrar och barn skall återförenas. Denna skyldighet skall ses i ljuset av Haagkonventionen, vilket slogs fast i fallet *Ignaccolo-Zenide v. Rumänien*.

Förkortningar

Barnkonventionen	FN:s konvention om barnets rättigheter
BrB	Brottsbalk (1962:700)
FB	Föräldrabalken (1949:381)
HD	Högsta domstolen
IÄL	Lag (1904:26 s. 1) om internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland 1982
Men.	Mening
NEVL	Lagen (1977:595) om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område
NJA	Nytt juridiskt arkiv avd I
NÄF	Förordning (1931:429) om internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmynderskap
Prop.	proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RH	Rättsfall från hovrätterna
RR	Regeringsrätten
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SvJT	Svensk Juristtidning
UD	Utrikesdepartementet
Verkställighetslag	Lag (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn

1 Inledning

1.1 Syfte

Problemet med olovliga bortföranden av barn ökar, vilket framförallt beror på att fler familjer har internationella anknytningar. Bortföranden förekommer främst i förhållanden där föräldrarna är från olika länder och i förhållanden där föräldrarna ofta flyttar och därför har anknytning till flera länder. I vissa familjer har föräldrarna olika medborgarskap och kanske bor och arbetar i ett tredje land eller t.o.m. i olika länder. Ofta har barnet mer än ett medborgarskap. När slitningar uppstår mellan föräldrarna kan de inte alltid komma överens om i vilket land de skall bosätta sig. Många vuxna vill flytta tillbaka till det land där de är medborgare, och oftast uppvuxna, i. De flesta föräldrar kan dessutom inte tänka sig att bo i ett annat land än sitt barn, vilket leder till att barn olovligt förs bort. Tyvärr inser inte den som för bort sitt barn att barnet har ett behov och en rätt att få träffa båda sina föräldrar. I vissa fall är det dessutom svårt att avgöra om det är kärleken till barnet eller hatet till den andre föräldern som är den drivande kraften.

Det är uppenbart att barn inte mår bra av att skiljas från en förälder och konsekvenserna blir särskilt svåra när det förs till ett annat land. Den som fört bort barnet är ofta inte speciellt välvilligt inställd till att låta barnet och den andra föräldern ha ett naturligt umgänge av rädsla för att barnet skall föras bort. Resultatet blir att barnet och föräldern förlorar kontakten med varandra.

Syftet med uppsatsen är att utreda vad som gäller och vad som görs när ett barn olovligt förts bort. Det anknyter till det viktigaste internationella instrument som finns för barns rättigheter, FN:s konvention om barnets rättigheter (Barnkonventionen). De flesta länder, dock inte USA, har ratificerat den och därmed åtagit sig att följa dess principer, även om ingen domstol kan fälla stater till ansvar för misslyckande. Artikel 11 i Barnkonventionen föreskriver att staterna skall arbeta för att motverka uppkomsten av olovliga bortföranden av barn, vilket gäller i förhållande till alla andra stater.

De konventioner som finns på området är 1980 års Haagkonvention, Europarådskonventionen och en kompletterande Haagkonvention från 1996, som i och för sig inte trätt ikraft ännu. 1980 års Haagkonvention har fått störst anslutning och fokuserar på återförande av bortförda barn. Den har blivit det viktigaste instrumentet på området och därför har jag valt att ta upp den mer ingående och gå igenom hur den är uppbyggd och fungerar i praktiken. I vissa fall har den förälder som fört bort sitt barn goda skäl för det och det är viktigt att ta hänsyn till det inom konventionerna. Därför går

jag även igenom de möjligheter domstolarna har att besluta att inte återsända ett bortfört barn.

Eftersom Sverige har fått kritik för tillämpningen av 1980 års Haagkonvention, skall jag gå igenom vad denna kritik består av och se om det finns något fog för den. Jag har valt att främst ta upp den amerikanska kritiken eftersom den är mest detaljerad och konkret.

Även om många länder har tillträtt Haagkonventionen och även Europarådskonventionen så står många länder utanför samarbetet. Flera av dessa länder är sådana som många barn olovligt förts till. Dessa barn kommer oftast aldrig tillbaka till Sverige, i alla fall inte innan de är vuxna och själva kan bestämma. Den här gruppen av barn får ofta mycket utrymme i media och många frågar varför inget görs. Svaret är tyvärr ofta att det inte finns så mycket att göra, men jag undersöker de möjligheter som trots allt finns till agerande. Sverige har en skyldighet att arbeta för att bortföranden inte uppkommer, vilket även omfattar bortföranden från Sverige till icke-konventionsanslutna länder och tvärtom. Ett problem som föreligger i dessa fall, och som också är en anledning till att dessa länder inte ratificerat konventionerna, är att dessa länder har en helt annan syn på barn, barnuppfostran och på vem som skall ha ansvaret för barnet än den syn vi har i Sverige. I vissa länder anser man att fadern skall ha ansvaret för barnen och modern accepteras inte som vårdnadshavare. Det försvårar utsikterna att få tillbaka barn som förts från Sverige till sådana länder.

I detta sammanhang är det även viktigt att ta upp de straffrättsliga åtgärder som finns. Vad händer med den förälder som fört bort sitt barn från Sverige? Kan man göra något om föräldern vägrar lämna tillbaka barnet? De straffrättliga aspekterna får störst betydelse i förhållande till länder som inte ratificerat konventionerna.

1.2 Definitioner

Med termen olovligt bortförande avser jag både ett bortförande och ett kvarhållande av barn men jag kommer endast att använda termen kvarhållande när det finns ett behov av det. Ett bortförande innebär att en förälder utan lov tar barnet till ett annat land, antingen utan att vara vårdnadshavare eller i strid med ett beslut av en domstol om att barnet inte får lämna landet. Även det fallet omfattas att ett barn står under gemensam vårdnad men en förälder bryter mot den andra föräldern rätt att utöva vårdnad genom att skilja barnet och föräldern åt. När det handlar om ett kvarhållande kan det finnas ett bortförande i botten, men en vanlig situation är att ena föräldern fått lov att ta barnet utomlands men sedan beslutar sig för att inte låta det återvända. Även det fallet att en förälder ger någon annan i uppdrag att ta barnet utomlands och uppfostra det där omfattas.

Med primär vårdnadshavare menas den som i praktiken haft det huvudsakliga och dagliga ansvaret för barnet. När det gäller begreppet hemvistland avses det land barnet hade hemvist i före det olovliga bortförandet.

1.3 Disposition och avgränsning

Jag börjar med att gå igenom vissa svenska regler om domsrätt, erkännande och verkställighet av domar och lagval. I detta avsnitt om svensk rätt tas även hemvistbegreppet upp eftersom det har så stor betydelse inom familjerätten. När det gäller vårdnad om barn har begreppet hemvist väldigt stor betydelse både i nationell rätt men även inom Haagkonventionen och därför behandlas det även i samband med Haagkonventionen.

Efter avsnittet om svensk rätt går jag över till Haagkonventionen och dess betydelse. I samband med det behandlas den kompletterande Haagkonventionen från 1996, som är en fortsättning på 1980 års Haagkonvention. Efter det går jag in på den kritik som riktats mot Sveriges tillämpning av Haagkonventionen av 1980. Jag tar också upp Europarådskonventionen och den svenska verkställighetslagen som implementerar både den och Haagkonventionen av 1980 i svensk rätt.

I nästa avsnitt utreds vad som gäller i förhållande till länder som inte ratificerat konventionerna. Vilken inställning har svensk rätt? Finns det något svenska myndigheter kan göra? Därefter kommer straffrättsliga aspekter på olovliga bortföranden att tas upp. Hur ser praxis ut och vilka åtgärder kan vidtas mot den som olovligt fört sitt barn från Sverige?

Som avslutande kapitel tas ett fall från Europadomstolen upp.

Jag går inte närmare in på EG-rätten utan behandlar kort Rådets förordning 1347/2000 som rör problemet med olovliga bortföranden av barn. Detta beror på att den i princip endast hänvisar vidare till Haagkonventionen.

1.4 Material

Det har skrivits en del om olovliga bortföranden, men då främst om Haagkonventionen. I avsnittet om Haagkonventionen har jag främst använt litteratur, artiklar och rättsfall. Jag har även tittat på den förklarande rapport till konventionen, Pérez Vera-rapporten, som tagits fram och vissa rättsfall, både svenska och utländska. Vissa utländska rättsfall har jag dock endast haft möjlighet att läsa som de refererats i litteratur, vilket då framgår. Även när det gäller Europarådskonventionen har jag använt mig av litteratur och artiklar, men det finns inte så mycket praxis angående den att tillgå.

När det gäller bortföranden av barn till länder som inte tillträtt någon konvention så finns det inte speciellt mycket information. Jag har använt mig av det jag hittat i litteratur och artiklar och även tittat på rättsfall, speciellt NJA 1997 s. 196 som handlar om ett hitförande av barn från Singapore.

Den kritik som riktats mot Sverige för tillämpningen av Haagkonventionen har jag hämtat från tidningsartiklar och dokument från den amerikanska kongressen och den resolution som där antagits.

Jag har använt mig av viss information från Internet och då speciellt från den internationella Haagkonferensen hemsida och den amerikanska senatens hemsida.

2 Svensk rätt

2.1 Det svenska hemvistbegreppet

2.1.1 Allmänt

Eftersom hemvistbegreppet har så stor betydelse inom familjerätten och då speciellt när det gäller frågor som rör barn skall jag börja med att gå igenom vad det innebär.

Den rättsordning som en person har en särskilt stark och varaktig anknytning till skall tillämpas på individens personliga förhållanden. Det är en gammal tvistefråga inom IP-rätten huruvida medborgarlandets eller hemvistlandets lands lag skall gälla. Inom familjerätten har hemvistlandets lag ofta fått styra och begreppet hemvist är därmed viktigt.[1]

Enligt 7 kap 2 § IÄL föreligger hemvist om ”*bosättningen med hänsyn till vistelsens varaktighet och omständigheterna i övrigt måste anses stadigvarande*”. Definitionen är vägledande för svensk rätt även inom andra områden och därmed även i fall som rör olovliga bortföranden av barn.[2] De objektiva förhållanden som beaktas i bedömningen av om hemvist föreligger eller ej är bl.a. vistelsens längd, sociala bindningar och andra personliga eller yrkesmässiga förhållanden som tyder på en stadigvarande anknytning till ett visst land. De subjektiva momenten, som den enskildes avsikt att stanna, skall i regel tillmätas mindre betydelse. När det gäller barn som inte uppnått en sådan ålder att man tar hänsyn till dess vilja får andra omständigheter, såsom vårdnadshavarens hemvist och övriga familje- och sociala förhållanden en avgörande betydelse.[3]

För att hemvistet skall ändras skall två krav uppfyllas. Det första är objektivt och innebär att personen skall ha ändrat sin vanliga bostadsort så att han numera normalt vistas i det nya landet. Det andra kravet är subjektivt och innebär att personen skall ha för avsikt att stanna i det nya landet för en mycket lång tid, men det behöver inte vara för alltid. Man kan dock inte enbart förlita sig på de uppgifter personen själv ger, men oftast kan man avgöra en persons avsikt när man ser på de faktiska omständigheterna i varje fall.[4]

---

[1] Bogdan, M, *Svensk internationell privat- och processrätt*, uppl. 5, 1999 s. 139.
[2] Se t.ex. RÅ 1995 ref. 99 och RÅ 1996 ref. 52. Även förarbetena till verkställighetslagen hänvisar till denna.
[3] RÅ 1995 ref. 99, RÅ 1996 ref. 52.
[4] RÅ 1996 ref. 52.

Bedömningen av vilket hemvist som föreligger sker utifrån de avsikter en ”genomsnittsmänniska” skulle ha haft i motsvarande situation med samma familjeförhållanden, bostad och anställning. Är kriterierna för förvärv av nytt hemvist uppfyllda kan ett nytt hemvist förvärvas redan på ankomstdagen. I de fall hemvist har skapats för skens skull skall det inte beaktas och samma sak gäller när man misstänker att en vistelses enda syfte är att det landets lag skall bli tillämplig.[5]

2.1.2 Underåriga barn

När det gäller underåriga barn anses de oftast ha samma hemvist som vårdnadshavaren och ofödda barn samma hemvist som modern. De subjektiva momenten i bedömningen skall i regel tillmätas mindre betydelse vilket speciellt gäller för små barns hemvist. Har barnet inte uppnått en sådan ålder att man kan ta hänsyn till dess avsikter får man se på andra omständigheter och då särskilt vårdnadshavarens hemvist och övriga familje- och sociala förhållanden.[6]

Ett problem uppstår i situationer där föräldrarna har gemensam vårdnad och den ena tar barnet till ett annat land utan den andres samtycke. Det har hävdats från olika håll att en sådan ändring av barnets bosättning inte föranleder en ändring av hemvistet.[7] Domstolarna resonerade i enlighet med det i NJA 1997 s. 196. I fallet hade föräldrarna gemensam vårdnad men modern förde barnen till Sverige från Singapore, som inte skrivit under Haagkonventionen. Fadern vidtog åtgärder enligt 21 kap 7 och 8 §§ FB för att få vårdnaden överflyttad till sig. Detta gjorde att man ansåg att barnen inte hade förvärvat hemvist i Sverige utan att de fortfarande hade hemvist i Singapore. HD uttalade även att barn generellt sett inte förvärvar nytt hemvist när gemensam vårdnad föreligger och barnet förs bort mot en av vårdnadshavarnas vilja.

Har barnet fått en sådan anknytning till det nya landet som avses för att ett nytt hemvist skall anses uppstå kan så bli fallet även om det är ett resultat av ett olovligt bortförande. Det finns dessutom en möjlighet i 12 § verkställighetslagen att vägra ett återlämnande med hänvisning till att barnet vistats i det nya landet mer än ett år och att det funnit sig väl tillrätta där. I en sådan situation får man acceptera det nya hemvistet trots att det är ett resultat av ett olovligt bortförande.[8]

Verkställighetslagen[9] hade inte trätt ikraft vid tiden för hovrättens dom i RH 1989:40 men domstolen hänvisade ändå till dess förarbeten. Frågan om

---

[5] Bogdan, M, 1999 s. 143.
[6] Bogdan, M, 1999 s. 145, RÅ 1995 ref. 99, RÅ 1996 ref. 52.
[7] Bogdan, M, *Internationella barnarov ur svensk rätts synvinkel*, Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland 1982, s. 120.
[8] RÅ 1996 ref. 52.
[9] Lag (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn, här kallad verkställighetslagen.

svensk domstols behörighet skulle bedömas med utgångspunkt i om barnens anknytning till Sverige var tillräckligt stark, och då ansågs barnens hemvist vara av särskild betydelse. Hovrätten tog hänsyn till den tid barnen vistats i Sverige men även de omständigheter under vilka de förts hit och kommit att stanna. Rätten ansåg att ett olovligt bortförande i allmänhet inte kan anses grunda hemvist, i vart fall inte om ett förfarande har inletts för att få dem återlämnade. Därför skulle barnen inte anses ha hemvist i Sverige och därmed förelåg ingen svensk domsrätt.

2.2 Domsrätt

Det har länge varit barnets hemvist som utgjort den huvudsakliga grunden för domsrätt i mål om vårdnad av barn. I internationella förhållanden föreligger svensk domsrätt i frågor om vårdnad, vilket även omfattar umgänge, i samband med att en domstol tar upp ett äktenskapsmål. Det finns dock ingen skyldighet för domstolen att ta upp dessa frågor utan domstolen avgör om det finns ett praktiskt behov av att ta upp det. Det har ansetts att ett sådant behov föreligger när barnet vistas i Sverige, men det finns även andra situationer när ett sådant behov föreligger.[10]

Forumregeln i 6 kap 17 § FB innebär att vårdnadstvister skall tas upp på den ort där barnet har hemvist. Detta kan leda till analogislutsatsen att enbart det faktum att barnet har hemvist i Sverige innebär att svensk domsrätt föreligger. I en situation där ett barn egenmäktigt har förts till Sverige föreligger alltså svensk domsrätt så snart man anser att barnet fått hemvist här. I bedömningen tas visserligen hänsyn till att barnet fått hemvist genom en brottslig gärning, men den omständigheten förlorar i betydelse efter ett tag. Om den svenska domsrätten uppkommer på grund av omständigheter som inte har med själva bortförandet att göra så påverkar inte det egenmäktiga förfarandet domsrätten.[11]

När det gäller fall där den svenska domsrätten är beroende av om barnet vistas eller har hemvist i Sverige kan man beakta hur barnet förts hit. I Wilcox-målet[12] hade modern olovligt tagit barnet till Sverige i strid med ett avtal mellan föräldrarna om att inte ta barnet utomlands innan vårdnadsfrågan lösts i domstol. Efter bortförandet beslutade en amerikansk domstol att ge vårdnaden till fadern. Modern väckte talan i Sverige för att få vårdnad p.g.a. att nya omständigheter tillkommit. När målet kom till HD hade barnet bott i Sverige i tre år. Detta sett tillsammans med det faktum att modern hade svenskt medborgarskap och hemvist här gjorde att HD ansåg att det fanns en så stark anknytning till Sverige att tvisten skulle prövas här. De omständigheter under vilka barnet kommit till Sverige kunde inte längre tillmätas någon betydelse. Även i andra fall där barn egenmäktigt förts till

[10] Bogdan, M, 1999 s. 206-207, 6 kap 17 § FB.
[11] Bogdan, M, 1999 s. 206. 6 kap 17 § FB.
[12] NJA 1974 s. 390.

Sverige har HD ansett svensk domsrätt föreligga med hänvisning till att barnet förvärvat hemvist i Sverige.[13]

Stockholms tingsrätt nämns som reservforum både i 6 kap 17 § FB och 7 kap 12 § FB, vilket antyder att svensk domsrätt kan föreligga även i andra fall än när barnet har svenskt hemvist. Om svaranden är vårdnadshavare och har hemvist i Sverige räcker detta oftast för att svensk domsrätt skall föreligga.[14]

Den svenska domsrätten är alltså beroende av hur stark anknytning det aktuella fallet har till Sverige. HD har åberopat flera olika anknytningar till Sverige som medfört att man valt att ta upp vissa mål. Det är dock oklart vilken anledning som varit av avgörande betydelse. I NJA 1995 s. 770 ansågs svensk domsrätt föreligga i ett fall där föräldrarna ansökte om att vårdnaden skulle vara gemensam, men där endast fadern var svensk medborgare med hemvist i Sverige. Domstolen motiverade detta med att en vårdnadstalan mot fadern hade kunnat prövas här eftersom han hade hemvist här. Enbart parternas svenska medborgarskap torde inte leda till svensk domsrätt. Det kan ändå vara av betydelse i vårdnadsmål eftersom ett svenskt medborgarskap innebär svensk domsrätt i äktenskapsmål, där man även kan ta upp frågor om vårdnad.[15]

I NJA 1995 s. 241 ansåg HD däremot att barnet numera hade en så stark anknytning till Norge att hans ursprungliga hemvist i Sverige hade förlorat sin betydelse. De anförde bl.a. att modern gift om sig i Norge samt att sonen bott där i två år och anpassat sig väl. Följaktligen ansåg man inte att det fanns anledning för svensk domstol att ta upp målet.

I ett fall från Svea hovrätt som meddelades den 27 mars 1981 höll modern kvar sonen i Sverige efter ett tillfälligt besök och satte honom i svensk skola trots att fadern enligt en polsk dom hade vårdnaden om barnet. Modern yrkade efter kvarhållandet att svensk domstol skulle flytta över vårdnaden till henne. Hovrätten ansåg att svensk domsrätt inte förelåg eftersom sonen var född och uppvuxen i Polen och hade bott hos fadern sedan skilsmässan. Både fadern och sonen var polska medborgare och fadern hade dessutom hemvist i Polen. Den tillfälliga vistelsen i Sverige och det faktum att han olovligt hållits kvar efter sommarlovet medgav inte en sådan anknytning till Sverige att svensk domsrätt ansågs föreligga.[16]

När ett barn olovligen förts bort till Sverige kan den kvarvarande föräldern ofta ansöka om överflyttning av barnet enligt 21 kap 6 och 7 §§ FB, vilket även kan användas för överflyttning till utlandet. Det finns då ingen anledning att ta upp den bortförande förälderns talan. I de fall en överflyttning vägras bör svensk domsrätt alltid föreligga.[17]

---

[13] Bogdan, M, JFT 1982 s. 117-119.
[14] Bogdan, M, 1999 s. 207.
[15] Bogdan, M, 1999 s. 208.
[16] Målnummer Ö 2353/80 refererat av Bogdan, M i JFT 1982 s. 119-120.
[17] Bogdan, M, JFT 1982 s. 122-123.

Inom Norden kan mål om vårdnad av barn tas upp i samband med ett yrkande om äktenskapsskillnad eller hemskillnad. Ett yrkande som väcks senare tas upp i den stat där svaranden har hemvist även om talan avser ändring av ett tidigare meddelat beslut i en annan stat. Har parterna lämnat in en gemensam ansökan räcker det att en av dem har hemvist i Sverige för att svensk domsrätt skall föreligga.[18]

När det gäller jurisdiktion i internationella vårdnadsfrågor som uppkommer utan samband med ett äktenskapsmål får man gå till rättspraxis, doktrin och vissa analogier från forumregeln i 6 kap 17 § FB. Det är inte uteslutet att ett barns svenska medborgarskap kan ge domsrätt.[19]

2.3 Lagval

Huvudregeln när det gäller vårdnad och umgänge är att man tillämpar lagen i det land där barnet har hemvist oavsett barnets medborgarskap, vilket även gäller i nordiska förhållanden. Det betyder att när barn med svenskt medborgarskap har hemvist utomlands skall svenska domstolar tillämpa utländsk rätt.[20]

Enligt 3 kap 6 § IÄL skall mål angående vårdnad av barn alltid prövas enligt svensk lag om barnet vistas i Sverige, det finns alltså inget krav på att barnet skall ha hemvist här. Tillämpningen av 3 kap 6 § IÄL kan innebära att en tvist angående vårdnad om ett barn som varken är svensk medborgare eller har hemvist här ändå kan avgöras i Sverige efter svensk lag om föräldrarna är svenska medborgare och barnet vistas här. 3 kap 6 § IÄL torde dessutom kunna tillämpas analogiskt när frågor om underhåll och vårdnad tas upp utan samband med ett äktenskapsmål.[21]

När det gäller vårdnadsmål i nordiska förhållanden tillämpar man domstolslandets lag enligt 9 § förordning (1931:429) om internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmynderskap (NÄF).

NJA 1992 s. 93 handlar om en vårdnadstvist om två pojkar, varav den ena, Tarek, vid tre års ålder olovligt fördes till Tunisien av fadern och hållits kvar där i cirka tio år. Vid tiden för vårdnadstvisten hade Tareks yngre bror Robin Ramzi fortfarande hemvist i Sverige, vilket också båda föräldrarna hade sedan lång tid tillbaka. Tarek var både svensk och tunisisk medborgare och hade hemvist i Sverige innan han fördes bort. Detta gjorde att HD ansåg att anknytningen till Sverige var så stark att svensk lag skulle tillämpas.[22]

---

[18] 8 § NÄF.
[19] Bogdan, M, JFT 1982 s. 117.
[20] Bogdan, M, 1999 s. 204.
[21] Bogdan, M, 1999 s. 203-205.
[22] Underinstanserna har också tillämpat svensk rätt, men utan att motivera varför.

2.4 Verkställighet av svenska vårdnadsdomar

När en allmän domstol meddelat beslut eller dom i en fråga angående vårdnad, boende eller umgänge skall verkställighet av domen eller beslutet sökas hos länsrätten enligt 21 kap FB. Samma sak gäller när vårdnadshavarna ingått ett avtal om vårdnaden.

Vid verkställighet sätter man barnets bästa främst och eftersträvar ett frivilligt överlämnade av barnet. Har barnet fyllt tolv år, eller uppnått en sådan mognad att dess vilja bör beaktas på samma sätt, får länsrätten förordna om verkställighet mot barnets vilja endast om det är nödvändigt med hänsyn till barnets bästa.[23] I NJA 1992 s. 93 hade Tarek förts till Tunisien vid tre års ålder och tillbringat tio år där hos sina farföräldrar. Han kunde ingen svenska utan pratade arabiska och hade inte haft någon kontakt med modern på flera år. I målet uppgavs att Tarek motsatte sig en flytt till Sverige och domstolen anförde att man skall ta hänsyn till barns åsikt när det nått en sådan ålder och mognad som han gjort. HD uttalade att en svensk vårdnadsdom som gav modern vårdnad inte skulle kunna verkställas i Tunisien men ansåg även att en verkställighet mot Tareks vilja inte kunde ske i Sverige heller eftersom han motsatte sig det. Av 21 kap 5 § FB framgår att en verkställighet kan ske mot barnets vilja om det anses vara det bästa för barnet. Bl.a. med hänvisning till att Tarek bott så länge i en annan kultur med ett annat språk ansåg domstolen att det var bäst för Tarek att stanna i Tunisien och fadern fick enskild vårdnad.[24]

Ett beslut om verkställighet kan förenas med vite eller polishämtning av barnet. Vite skall användas i första hand och polishämtning endast då man anser att det är den enda möjligheten att genomföra en verkställighet.[25] Det har dock visat sig att vitesinstitutet är förenat med vissa problem. Dessa visar sig särskilt i förhållande till tillämpningen av verkställighetslagen eftersom den som vitet riktas mot kan förhala förfarandet på olika sätt. Bl.a. kan både föreläggandet och beslutet att döma ut vitet överklagas. Dessutom kan inte vitet dömas ut eller beslut om hämtning tas förrän vitesföreläggandet vunnit laga kraft[26]. Vitesinstitutet är således inte ägnat åt de snabba förfaranden som krävs i de förhållanden verkställighetslagen tar sikte på. Motsättningarna mellan parterna är i de flesta fall mycket stora och man kan inte alltid räkna med att den som fått ett vite utdömt mot sig kommer att följa det. Därför bör länsrätten endast förelägga vite om förhållandena är sådana att det bedöms vara ändamålsenligt för att få barnet överlämnat. I samband med att vite döms ut kan rätten även lämna ett

[23] 21 kap 1-2, 5-6 §§ FB.
[24] HD beslutade att modern skulle ha rätt till umgänge med Tarek i Sverige varannan helg och vissa sammanhängande veckor under lov. Modern fick vårdnaden om den andra sonen Robin Ramzi och faderns yrkande om umgänge lämnades utan bifall.
[25] 21 kap 3 § FB.
[26] Se RÅ 1980 2:53, prop. 92/93:139 om olovligt bortförande och andra internationella förhållanden s.18-19.

medlingsuppdrag, eftersom det är bäst för barnet om ett överlämnande sker frivilligt.[27]

I många fall är inte föreläggande av vite tillräckligt och om länsrätten förutser det kan beslut om polishämtning tas direkt. Polishämtning kan utgöra en psykisk påfrestning för ett barn samtidigt som det är önskvärt att ett barn återlämnas så snart som möjligt när så skall ske. Möjligheten att använda sig av polishämtning bör dock vara mer begränsad när det gäller verkställighet av beslut rörande umgänge än när det gäller vårdnad.[28] När ett beslut om polishämtning tas skall samtidigt beslut om medlingsuppdrag tas för att försöka få fram ett frivilligt överlämnande.[29]

Länsrätten kan vägra verkställighet om de anser att det är uppenbart att förhållandena ändrats sedan domen eller beslutet i frågan meddelats och att frågan bör prövas på nytt med hänsyn till barnets bästa. Detta sker då i allmän domstol.[30]

När det inte föreligger någon dom, beslut eller avtal men barnet vistas hos någon annan än vårdnadshavaren kan vårdnadshavaren ändå ansöka om överflyttning av barnet. Om det med hänsyn till barnets bästa är lämpligare att saken prövas av allmän domstol kan länsrätten vägra verkställighet. Samma sak gäller när gemensam vårdnad föreligger men en av vårdnadshavarna utan beaktansvärt skäl egenmäktigt fört bort eller kvarhållit barnet och den andra begär rättelse. I dessa fall sker en överflyttning av barnet utan att själva vårdnadstvisten avgörs. Ett beslut om överflyttning enligt 21 kap FB hindrar inte att vårdnadsfrågan prövas på nytt p.g.a. ändrade förhållanden eller om annat särskilt skäl finns för ny prövning enligt 21 kap 15 § FB.[31]

Handräckningsreglerna i 21 kap FB kan även användas när det är fråga om att flytta över ett barn till utlandet, men domstolarna har varit restriktiva med det.[32]

Även ett beslut om återlämnande enligt verkställighetslagen skall verkställas av länsrätten. Det finns en möjlighet i 21 kap 14 § FB för beslut att bli omedelbart gällande.[33]

---

[27] Ds 1992:39, *Olovligt bortförande och andra övergrepp mot barn*, s. 22-23.
[28] Prop. 1992/93:139, s. 21.
[29] 21 kap 4 § 1 st FB.
[30] 21 kap 1-6 §§ FB.
[31] 21 kap 7-8 §§ FB, Bogdan, M, 1999 s. 210.
[32] Bogdan, M, *Något om gränsöverskridande barnkidnappningar*, Festskrift till Ulla Jacobson 1991, s. 25.
[33] Prop. 1992/93:139 s. 18-20.

2.5 Erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsdomar

2.5.1 Allmänt

Speciella regler gäller för erkännande och verkställighet av utländska domar, vilket kan få stor betydelse för den förälder som fått vårdnaden om ett barn i en utländsk vårdnadstvist. Förs sedan barnet till Sverige spelar det stor roll om vårdnadshavaren kan åberopa den utländska domen eller om en ny rättegång skall inledas. Om den utländska domen gäller i Sverige innebär det att den får samma rättsverkningar som en motsvarande svensk dom. Det innebär att domen kan verkställas och hindra ett nytt avgörande i samma sak, res judicata, även om vissa typer av fall kan omprövas trots en gällande dom. Även om en utländsk dom inte erkänns kan den få ett visst bevisvärde, som avgörs från fall till fall.[34]

Erkännande sker oftast utan några formaliteter medan det för verkställighet oftast krävs ett verkställighetsbeslut (exekvatur) av Svea Hovrätt.[35]

Huvudregeln i svensk rätt är att utländska domar varken erkänns eller verkställs i Sverige. När det gäller utländska vårdnadsdomar har det slagits fast i praxis att de inte erkänns utan stöd i lag. I NJA 1974 s. 133 I rörde tvisten en pojke som var tysk medborgare. Han hade förts till Sverige av modern och sedan hälsat på fadern i Tyskland och olovligt kvarhållits där. Fadern inledde en vårdnadstvist i Tyskland men lät sonen hälsa på modern i Sverige. Modern gjorde sig sedan skyldig till ett olovligt kvarhållande av sonen och inledde en vårdnadstvist i Sverige. En tysk domstol gav fadern interimistisk vårdnad och beordrade modern att överlämna barnet till honom.

I den svenska processen uppkom frågan om den tyska rättegången utgjorde ett rättegångshinder. HD uttalade att en utländsk vårdnadsdom inte kan verkställas i Sverige utan att det finns stöd i lag. Domstolen hänvisade till (nuvarande) 21 kap 7 och 8 §§ FB som stadgar att barn skall överflyttas till den som har vårdnaden enligt lag. Bestämmelserna kan tillämpas även när det är en utländsk lag som pekar ut vårdnadshavaren men svensk rätt skall tillämpas på frågan om överflyttning skall ske.[36] HD uttalade vidare att utländska vårdnadsavgöranden endast skall ges bevisverkan när lagstöd saknas. Det innebär att en utländsk vårdnadsprocess inte heller utgör något rättegångshinder. Inget rättegångshinder förelåg och sonens hemvist gav svensk domsrätt.

---

[34] Bogdan, M, 1999 s. 287-291.
[35] Bogdan, M, 1999 s. 291.
[36] Ds Ju 1986:7, *Olovligt bortförande av barn i internationella förhållanden*, s. 16.

I NJA 1974 s. 629 II var familjen bosatt i Grekland då modern tog barnen till Sverige utan faderns vetskap. Hon väckte talan i Sverige angående vårdnad men fadern invände att en grekisk vårdnadsdom redan förelåg som gav honom ensam vårdnad. Barnen hade vistats i Sverige i flera år och hade förvärvat svenskt medborgarskap, vilket i sig var tillräckligt för svensk domsrätt. Frågan var om den grekiska domen utgjorde ett rättegångshinder.

HD påpekade att domen i sak inte får framstå som uppenbart oförenlig med barnets bästa. Eftersom barnen bott så länge (cirka 6 år) hos modern i Sverige ansågs inte kravet på barnens bästa vara uppfyllt om barnen överlämnades till fadern i Grekland. Enligt HD utgjorde inte den grekiska domen något hinder för en rättegång i Sverige i vårdnadsfrågan och barnens svenska hemvist gav svensk domsrätt.

Dessa två domar innebär att utländska vårdnadsdomar inte erkänns i Sverige utan lagstöd. Det gäller även i de fall omständigheterna är oförändrade, men den utländska domen kan förebringas som bevis för vad som är barnets bästa. Den omständigheten att en domstol i ett land som barnet har en nära anknytning till har bedömt vårdnadsfrågan på ett sätt bör tillmätas viss betydelse. Det är till barnets nackdel om frågan löses på olika sätt i olika länder.[37]

Lagstöd för erkännande och verkställighet återfinns bl.a. i verkställighetslagen i förhållande till de länder som är anslutna till 1980 års Europarådskonvention. Lagen omfattar domar och beslut som fattats av en domstol eller annan myndighet men även avtal som godkänts av en domstol. Denna lag riktar sig enbart till de länder som undertecknat konventionen, men regeringen kan förordna att den skall gälla även i förhållande till andra stater om kravet på ömsesidighet är uppfyllt.[38]

Om en svensk dom erkänns eller verkställs i utlandet beror på varje lands internationella processrätt. I de fall båda länderna har tillträtt en konvention om erkännande och verkställighet torde en svensk dom få ungefär samma rättsverkningar i utlandet som en utländsk får i Sverige. I förhållande till icke-konventionsanslutna länder kan det vara svårt med hänsyn till Sveriges negativa inställning.[39]

I NJA 1992 s. 93, Tarek-fallet, hade den tre-årige Tarek förts från Sverige till Tunisien, som inte tillträtt någon konvention på området. Pojken hade sedan lämnats kvar hos farföräldrarna i tio år medan fadern bosatte sig i Sverige. I den svenska vårdnadstvisten resonerade sig HD fram till att det var bäst för Tarek att fadern fick enskild vårdnad om honom. I bedömningen tog HD upp att en svensk dom som gav modern enskild vårdnad inte skulle vara verkställbar i Tunisien och att svenska myndigheter inte skulle kunna medverka till en verkställighet av domen.

---

[37] Bogdan, M, JFT 1982 s. 107-108.
[38] Bogdan, M, 1999 s. 209-210, 3 §§ verkställighetslagen, Walin, G, *Föräldrabalken och internationell föräldrarätt*, 5 uppl. 1996 s. 647 ff.
[39] Bogdan, M, 1999 s. 286-287.

2.5.2 Norden

Mellan de nordiska länderna finns ett omfattande samarbete på det rättsliga området. När det gäller erkännande av domar från andra länder inom Norden finns lagstöd i 22 § NÄF som föreskriver att vissa nordiska domar ska gälla i de övriga staterna utan något särskilt förfarande eller föregående prövning. Enligt 8 § omfattar dessa domar tillfällig vårdnad och underhåll av barn som tas upp i samband med yrkande om hemskillnad eller äktenskapsskillnad.

Mellan de nordiska länderna finns även en överenskommelse som återfinns i lag (1977:595) om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (NEVL). Lagen innebär att avgörande av en domstol eller administrativ myndighet i ett annat nordiskt land angående vårdnad, umgänge eller överlämnande av barn i annat fall skall verkställas i Sverige. Förutsättningen är att beslutet är verkställbart i den stat som meddelat domen och omfattar även beslut som inte har vunnit laga kraft. Andra stycket i 6 § NEVL föreskriver att om domen strider mot ett beslut som meddelats i Sverige får det bara verkställas här om så skall ske enligt NÄF.[40]

2.5.3Familjerättsliga statusdomar

En statusdom innebär en klassificering eller omklassificering av något slag t.ex. äktenskapsskillnad, faderskapsfastställelse eller vårdnad. I förhållande till sådana domar gäller speciella regler eftersom det skulle innebära ett ingrepp i befintliga utländska familjeförhållanden om man inte erkände dessa. När det gäller fastställande av faderskap, nullitet av ett äktenskap och liknande kan en svensk dom ersätta den utländska eftersom det handlar om att fastställa redan existerande förhållanden. Sådana förhållanden borde kunna prövas, i alla fall prejudiciellt, i Sverige även när svensk domsrätt inte föreligger.

Gränsen mellan statusskapande och statuskonstaterande domar är dock flytande och det är orimligt om personer skulle tvingas ansöka om äktenskapsskillnad eller adoption i varje land där frågan är av intresse. Detta har gett upphov till bestämmelser som innebär att även om ingen internationell överenskommelse har ingåtts skall utländska statusdomar erkännas i Sverige om vissa villkor är uppfyllda.

Traditionellt sett har det ansetts att en utländsk konstitutiv statusdom kan erkännas även utan stöd i lag om det inte strider mot svensk ordre public och parterna hade en stark anknytning till det land som meddelat statusdomen. Om anknytningen till det landet är så stark att det hade lett till

[40] Walin, 1996, s. 729-730, 6 § NEVL.

svensk domsrätt i motsvarande fall så anser man att kravet på anknytning är uppfyllt.[41]

2.5.4 Ordre public

Undantag med hänvisning till ordre public innebär att en utländsk regel eller avgörande som är uppenbart oförenlig med grunderna för vår rättsordning inte tillämpas. Detta undantag tillämpas ex officio, alltså utan att någon av parterna har åberopat det.[42]

Inom den IP-rättsliga lagstiftningen finns flera ordre public förbehåll, t.ex. 7 kap 4 § IÄL men användningen av ordre public behöver inget stöd i lag. Ordre public-förbehållet anses gälla inom i princip hela den svenska IP-rätten. Det råder viss tveksamhet när internationella konventioner inte innehåller något ordre public-undantag. Men även om en konvention inte uttryckligen tillåter användningen av ordre public så behöver det inte vara uteslutet. Även när en konvention tillåter undantag med hänvisning till ordre public skall det endast användas i undantagsfall.[43]

I svensk praxis har domstolarna varit mycket restriktiva med att öppet hänvisa till ordre public och istället hittat andra vägar för att undvika en tillämpning av en viss regel eller dom.

2.6 Rådets förordning 1347/2000

Den 1 mars kommer Rådets förordning 1347/2000 om domstols behörighet och om erkännande av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar för makars gemensamma barn att träda ikraft. Den ersätter då Bryssel II-konventionen som i princip har samma innehåll. Bryssel II-konventionen innehåller regler som innebär att den domstol som har domsrätt i frågor om äktenskapsskillnad, hemskillnad eller annullering av ett äktenskap även har domsrätt i frågor rörande föräldraansvar. Förutsättningen är att gemensamma barn har hemvist i den staten. Domsrätt föreligger även i fall där föräldrarna samtycker samt minst en av föräldrarna har föräldraansvar för barnet och barnet har hemvist inom EU. Det skall även vara i barnets intresse att frågan tas upp. Artikel 4 innebär att den myndighet som har domsrätt enligt artikel 3 skall utöva den i enlighet med Haagkonventionen. Det innebär att barnets hemvist före bortförandet tryggas som grund för domsrätt.[44]

---

[41] Bogdan, M, 1999 s. 298-301.
[42] Bogdan, M, 1999 s. 70-71.
[43] Bogdan, M, 1999 s. 72-73.
[44] Kommentar till Förslag till rådets förordning om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och om mål om föräldraansvar för makars gemensamma barn 04.05.1999 99/0110 (CNS) s. 14 artikel 4.

En skillnad mellan Bryssel II-konventionen och förordningen är att den sistnämnda kommer att tillämpas även på medborgare från länder som inte är medlemmar i EU om de har en tillräckligt stark anknytning till någon av medlemsländernas territorium.[45]

[45] Mikael Alenmark: EU-upplysningen. Förordningen är publicerad i EGT år 2000 nr L 160. Den kommer inte att gälla för Danmark, men de har ratificerat Haagkonventionen.

3 Haagkonventionen den 25 oktober 1980 om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn

3.1 Haagkonferensen för internationell privaträtt

Haagkonferensen för internationell privaträtt har utformat flera system för internationellt samarbete och skydd för barn. Deras arbete går ut på att förhandla och författa Haagkonventioner. Den permanenta byrån består av fyra jurister från olika medlemsländer. Traditionellt sett arbetar de med att utveckla och övervaka Haagkonventionerna och att bistå i kontakterna mellan länderna. De organiserar även särskilda kommittéer som övervakar konventionerna i praktiken och informerar om konventionerna.[46]

När det gäller internationella bortföranden av barn har Haagkonferensen arbetat fram två konventioner som jag kommer att behandla: Haagkonventionen från 1980 om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn[47], och Haagkonventionen från 1996 om behörighet, tillämplig lag, erkännande, verkställighet samt samarbete i fråga om föräldraansvar och åtgärder till skydd för barn[48].

3.2 Syfte

Haagkonventionen antogs 1980 av Haagkonferensen för internationell privaträtt, där Sverige varit medlem sedan 1894, och konventionen ratificerades av Sverige 1989. 60 stater är anslutna till konventionen men för Sveriges del gäller den endast i förhållande till 48 stater. Detta beror på att medlemsstaterna har rätt att inte godkänna stater som tillträtt konventionen i efterhand. Sverige har följaktligen inte godkänt alla staters anslutning.

Varje år avgörs mellan 1500 och 2000 ansökningar enligt Haagkonventionen i de 60 stater som konventionen gäller i. För Sveriges del

[46] http://www.hcch.net/e/conventions/project.html.
[47] Som här benämns Haagkonventionen. Den undertecknades av de första staterna den 25 oktober 1980 och Sverige anslöt sig 1989 (Makarowski, C, Lundwall, A, *Bortförda och kvarhållna barn i utlandet och Haagkonventionen om de civila aspekterna på internationella bortförande av barn*, 1999, s. 5).
[48] Som här benämns 1996 års Haagkonvention.

handlar det om ungefär 40 ärenden per år där ungefär hälften gäller bortföranden till Sverige och hälften från Sverige.[49]

Det huvudsakliga syftet med Haagkonventionen är att motverka uppkomsten av olovliga bortföranden av barn på internationell nivå och att säkerställa att barn så snabbt som möjligt förs tillbaka till sin ursprungliga hemmiljö efter ett bortförande. Konventionen syftar till att återställa de faktiska förhållanden som rådde före bortförandet och skiljer sig därmed från andra IP-rättsliga konventioner som traditionellt reglerat erkännande och verkställighet av domar. Ett annat syfte med konventionen är att få de fördragsslutande staterna att respektera rätten till utövande av vårdnad och umgänge i de andra staterna.[50]

Dessa syften återfinns i artikel 1 i konventionen men det finns även andra frågor som anses utgöra subsidiära syften. Några av dem är barns rätt till ett meningsfullt förhållande med båda sina föräldrar och barns rätt att komma till tals. Dessa rättigheter har utvecklats utanför konventionen och då speciellt i Barnkonventionen. Det är viktigt att dessa rättigheter tolkas i enlighet med Haagkonventionens syfte och inte ges en vidare tolkning.[51] Ett annat subsidiärt syfte är skapandet av centralmyndigheter, vilkas samarbete kan användas internationellt även angående andra problem rörande vårdnad och umgänge än just olovliga bortföranden.[52]

3.3 Skyldighet att överflytta barn

Huvudregeln i Haagkonventionen är att ett barn som olovligt förts bort från vårdnadshavaren, eller en av dem vid gemensam vårdnad, skall återsändas till det land där det senast hade hemvist. Detta gäller oavsett om det föreligger ett avgörande i vårdnadsfrågan eller inte. Domstolen i det land dit barnet förts har endast kompetens att fatta beslut om ett återlämnande av barnet, förutom vissa stadgade undantag. Enligt huvudregeln är det domstolen i det land där barnet hade hemvist före det olovliga bortförandet som skall avgöra vårdnadsfrågan och det är också det landets lag som har störst betydelse.

Konventionen behandlar endast civilrättsliga aspekter på bortförandet och inte straffrättsliga. Detta valde man eftersom det kan försvåra återförande av barn om föräldern riskerar straffrättsligt åtal. Straffrättsliga konsekvenser kan dessutom försvåra möjligheterna till umgänge mellan barnet och den förälder som en gång fört bort det.[53]

---

[49] Jänterä-Jareborg, M, *Olovliga bortföranden av barn: dags att ställa Sverige vid skampålen?* , SvJT 2000 s. 875.
[50] Artikel 1 Haagkonventionen, Pérez Vera-rapporten s. 445 p. 66.
[51] Beaumont & McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, 1999 s. 33.
[52] Anton, A.E, *The Hague Convention on International Child Abduction*, International and comparative law quartely Volume 30 July 1981 s. 543.
[53] Makarowski, C, Lundvall, A, 1999, s. 12-13.

Huvudregeln återfinns i artikel 12 som lyder:

”Om ett barn olovligen har förts bort eller hållits kvar enligt vad som sägs i artikel 3 och det…har förflutit mindre än ett år…, skall vederbörande myndighet besluta om barnets omedelbara återlämnande.”

De krav som ställs för att återlämna ett barn är att barnet är under 16 år och före bortförandet hade hemvist i det land dit det skall återlämnas. Dessutom skall ett olovligt bortförande ha skett och det får inte ha gått mer än ett år sedan bortförandet. Den tidpunkt som bör räknas när ett barn olovligt hålls kvar är den dag då barnet skulle ha överlämnats till sin vårdnadshavare. Har vårdnadshavaren gått med på en förlängning av en vistelse räknas tiden från den förlängda tidpunkten.[54] Domstolen har dock enligt artikel 18 alltid behörighet att besluta om ett återlämnande av barnet, vilket bl.a. innebär att de kan besluta att återsända barnet enligt andra bestämmelser som går längre än Haagkonventionen.[55]

Anledningen till tidsgränsen på ett år var att man ansåg att när ett barn funnit sig till rätta i en miljö skall ett återlämnande endast ske efter att man undersökt grunderna för vårdnaden, vilket ligger utanför konventionens tillämpningsområde. Att fastställa en tidsgräns ansågs vara det bästa alternativet. Artikeln innehåller inget om vem som har bevisbördan för att barnet anpassat sig väl till den nya omgivningen. Logiskt sett faller den uppgiften på den person som motsätter sig att barnet återlämnas.[56]

Skyldigheten att återlämna olovligt bortförda barn gäller bara i förhållande till de stater som ratificerat konventionen. I förhållande till andra länder finns ingen sådan skyldighet. I Finland har man dock valt att använda sig av återlämningsplikten även i förhållande till länder som ej undertecknat konventionen.[57]

3.4 Hemvistbegreppet

3.4.1 Definition

Barnets hemvist har stor betydelse både för att själva tillämpningen av konventionen är beroende av det och för att hemvistlandets lag skall avgöra om bortförandet var olovligt eller inte. Det är också oftast till detta land som barnet skall återlämnas. Principen om barnets hemvist får även den

[54] Prop. 1988/89:8 om olovligt bortförande av barn i internationella förhållanden s. 43.
[55] Pérez Vera-rapporten s. 460.
[56] Pérez Vera-rapporten s. 458-459.
[57] Kvisberg, T.E, *Internasjonal barnebortföring med hovedvekt på Haagkonvensjonen av. 25 oktober 1980*, 1994 s. 117.

konsekvensen att när ett barn inte har något hemvist är inte konventionen tillämplig.[58]

Hemvist som anknytande faktor har traditionellt använts av Haagkonferensen i de konventioner där det varit möjligt. Att man använder det inom familjerätten beror på att det ger en flexibilitet som är nödvändig i dagens samhälle. För att behålla detta har Haagkonferensen valt att inte definiera begreppet. Man har därmed valt att ge domstolarna uppgiften att tolka vad som skall anses vara ett barns hemvist i varje enskild situation.[59]

Det är den nationella rätten som definierar begreppet hemvist, vilket innebär att det är domstolslandets lag som avgör var barnet har sitt hemvist. Det blir alltså upp till den domstol som skall avgöra om ett barn skall återlämnas att bedöma var barnet har sitt hemvist. Hemvistfrågan avgörs då enligt domstolens nationella rätt, vilket omfattar både intern rätt och IP-rättsliga regler. Detta skulle kunna ge upphov till att domstolar i olika länder tolkar hemvistbegreppet på skilda sätt men det har inte skett i någon större utsträckning.[60]

För de flesta barn är det lätt att avgöra var det är bosatt och oftast har barnet bott i samma land hela livet. Olovliga bortföranden förekommer däremot oftast i förhållanden där familjen har anknytning till fler länder än ett. Domstolen får då göra en helhetsbedömning i varje fall. Även om ingen definition har getts från Haagkonferensen framgår det av Pérez Vera-rapporten att ett barns hemvist, enligt konventionen, utgörs av dess familj och den sociala miljö han växt upp i och som är det centrala i hans liv. Det innebär att man valt att prioritera den faktiska situation som barnet befinner sig i.[61] Domstolarna är överens om att ett olovligt bortförande, i princip, inte skall leda till att ett nytt hemvist skapas. Hade detta godtagits hade konventionen blivit meningslös.[62]

3.4.2 Föräldrarnas hemvist

I praktiken är det ofta svårt att skilja mellan barnets hemvist och föräldrarnas. Speciellt när det gäller små barn är det väldigt svårt för det att ha kapacitet eller avsikt att uppnå ett separat hemvist skilt från föräldrarna, i alla fall under normala förhållanden. Denna åsikt återspeglas även i praxis, t.ex. uttalades i *Re F. (A Minor) (Child Abduction)* att ett litet barn inte kan

---

[58] Kvisberg, T.E, 1994 s. 110-111, artikel 4 Haagkonventionen, Beaumont & McEleavy, 1999, s. 90.
[59] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 90, Pérez Vera-rapporten s. 451 p. 83, Kvisberg, T.E, 1994 s. 93-94, 111 Det finns endast ett par definitioner i konventionen vilket är tradition från Haagkonferensen.
[60] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 46 ff., 93-96 Detta ger upphov till renvoi.
[61] Kvisberg, T.E, 1994 s. 111, 133-114.
[62] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 93-96.

uppnå eget hemvist självständigt från föräldrarna. Så länge små barn bor hos sina föräldrar har de samma hemvist som föräldrarna.[63]

I fallet *Artso* från Australien hade den australiensiska fadern och den engelska modern bott i England i 11 år och bildat familj där. De åkte sedan till Australien men det är oklart vilket syfte vistelsen hade från början. Fadern ansåg att de beslutat sig för att flytta dit permanent medan modern ansåg att de endast begett sig dit för en prövoperiod. Efter några veckor reste modern tillbaka till England och fadern vägrade låta henne ta barnen med sig. Modern ansökte om överflyttning av barnen enligt Haagkonventionen och den australiensiska domstolen hade att ta ställning till var barnen skulle anses ha sitt hemvist. Av olika anledningar kom domstolen fram till att fadern skulle anses ha hemvist i Australien och modern i England. Frågan var då hur det påverkade barnens hemvist. Det påpekades att både fadern och modern hade lika rättigheter som vårdnadshavare i båda länderna och att den enes beslut att flytta till ett annat land och bosätta sig där inte påverkade barnens hemvist. Ett sådant beslut måste tas gemensamt av vårdnadshavarna för att få effekt på barnens hemvist. Att ett olovligt bortförande inte ändrar barnets hemvist är klart men detta innebär att inte heller en lovlig vistelse ändrar barns hemvist om inte båda föräldrarna har gett sitt samtycke. Domstolen slår också fast att det är föräldrarna som avgör var små barn har sitt hemvist.[64]

I RÅ 1995 ref. 99 kom dock Regeringsrätten till en annan slutsats, nämligen att barnet hade förvärvat hemvist trots att fadern inte givit samtycke till att modern flyttade till Sverige med dottern. Modern och dottern hade i och för sig bott i Sverige i två år vid tiden för rättegången.

När det gäller den tid som förflutit så finns det ett svenskt fall där hemvist ansågs ha förvärvats redan efter tolv dagar. Parterna var bosatta i Sverige och modern hade vårdnaden medan fadern hade regelbundet umgänge med barnen. Modern tog barnen till Holland utan faderns medgivande och efter tolv dagar tog fadern tillbaka barnen till Sverige. Modern krävde återlämnande enligt Haagkonventionen. Den avgörande frågan i fallet var om barnen skulle anses ha förvärvat hemvist i Holland under dessa tolv dagar. Länsrätten i Malmöhus län hänvisade till att både barnen och modern var skrivna i Holland och att de hade bostad och arbete där samt att sonens skolgång planerats och dottern hade fått plats på daghem. Dessa omständigheter tyder på att modern haft för avsikt att stanna i Holland med barnen och domstolen ansåg att bosättningen skulle anses vara stadigvarande. Kammarätten i Göteborg upprätthöll beslutet och barnen hade alltså hemvist i Holland efter bara 12 dagar.[65]

---

[63] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 91-92.
[64] In the Marriage of P.G and A.C *Artso*, Family Court of Australia at Dandenong, 19 March 1991 som refererat i Kvisberg, T.E, 1994 s. 113-114.
[65] Länsrätten i Malmöhus län den 16/10 1999 som refererat i Kvisberg, T.E, 1994 s. 115.

3.4.3 Hemvist mot barnets vilja

Det har framförts åsikter om att hemvist inte kan förvärvas mot en persons vilja, men samtidigt hävdas att när lång tid har förflutit kan hemvist ändock förvärvas. Barns hemvist är ju trots allt beroende av vårdnadshavarnas och efter att lång tid har förflutit, kanske flera år, är det svårt att argumentera för att hemvist inte skulle ha uppkommit. Denna åsikt får stöd i *Cameron v. Cameron* där domstolen, i strid med tidigare uppfattning, ansåg att en påtvingad vistelse kan leda till förvärvande av hemvist. I ett annat fall ansågs ett par och deras barn ha förvärvat hemvist i Kalifornien efter att ha vistats där i 26 månader trots att deras vistelse var illegal. Slutsatsen blir att ett bortfört barn kan förvärva hemvist i den stat dit det förts mot dess vilja om det har förflutit lång tid.[66]

3.4.4 Växelvis hemvist

Det uppstår en speciell situation när föräldrarna sluter ett avtal med innebörden att barnet skall bo växelvis hos dem i olika länder. Domstolar i olika länder har kommit fram till att hemvistet ändras varje gång barnet flyttar i enlighet med avtalet.

Det finns ingen bestämd tidsgräns som ett barn skall vistas i ett nytt land för att det skall leda till att det gamla hemvistet går förlorat. Ett uttalande, obiter dictum, av domaren i *Cameron v. Cameron* antyder att ett avtal om att ett barn skall vistas i ett land i sex månader är tillräckligt för att nytt hemvist skall anses ha uppkommit. Det innebär också att det hemvist barnet hade innan upphör att gälla. Detta är förenligt med konventionen eftersom det inte är rimligt att barnet återlämnas till ett land vars jurisdiktion det inte längre har några band till. Det finns två lösningar på problemet med växelvis hemvist. Den ena är att man anser att barnet förvärvar hemvist samtidigt som avtalet säger att barnet skall överlämnas till ett annat land. Den andra innebär att man anser barnet ha hemvist där det bor tills det överlämnas till den andra vårdnadshavaren (som i RÅ 1996 ref. 52).[67]

I ett fall vistades en familj i England under vintern och på Korfu under sommaren. Eftersom det förelåg sådan kontinuitet i flyttandet skulle barnen anses ha hemvist i England under vintern och på Korfu under sommaren. En annan domstol kom i *In the Marriage of Hanbury Brown* fram till att själva konventionstexten enbart talade om ett hemvist. Detta är dock förenligt med konventionen eftersom barn endast anses ha ett hemvist i taget även när hemvistet ändras kontinuerligt.[68]

---

[66] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 93-96.
[67] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 98-100.
[68] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 111, *Re V. (Abduction: Habitual Residence).*

3.4.5 Hemvistbegreppet enligt Haagkonventionen i svensk praxis

Ovan har redogjorts för det svenska hemvistbegreppet mera allmänt och nu skall redovisas för vissa aspekter av hemvistbegreppet som framkommit i praxis med hänsyn till Haagkonventionen.

Vid tillämpningen av verkställighetslagen skall man beakta syftet med Haagkonventionen och det är inte förenligt med konventionen att låta ett bortförande konstituera nytt hemvist för barnet. Det är å andra sidan inte heller förenligt att anse bortförandet som ett permanent hinder mot förvärvande av nytt hemvist. Har barnet fått en sådan anknytning till det nya landet som avses för att ett nytt hemvist skall anses uppstå kan så bli fallet även om det är ett resultat av ett olovligt bortförande. Det finns dessutom en möjlighet i 12 § verkställighetslagen att vägra ett återlämnande med hänvisning till att barnet vistats i det nya landet mer än ett år och att det funnit sig väl tillrätta där. I en sådan situation får man acceptera det nya hemvistet trots att det är ett resultat av ett olovligt bortförande.[69]

I RÅ 1996 ref. 52 hade föräldrarna avtalat om ett växelvis boende mellan föräldrarna i USA och Sverige. Flickan Amanda hade bott två år i Sverige hos sin mamma och hade endast tillbringat några veckor med sin far utanför Sverige under denna tid. Hon hade dubbelt medborgarskap och enligt avtalet hade föräldrarna gemensam vårdnad. Enligt avtalet, som fastslagits i amerikansk domstol, skulle flickan flytta till fadern i USA men modern vägrade överlämna henne. Amanda vistades således i Sverige utan faderns samtycke.

Kammarrätten hänvisade till definitionen av hemvist i 7 kap 2 § i IÄL, vilken de ansåg skulle vara vägledande även vid tillämpningen av verkställighetslagen. Vid en sammanvägning av omständigheterna ansåg de att Amandas hemvist vid den relevanta tidpunkten var Virginia, USA. De hänvisade till det som föräldrarna kommit överens om vid skilsmässan och den reglering som då gjordes av umgänges- och vårdnadsfrågorna. Parternas avtal talade entydigt för att Amandas hemvist var USA när hon skulle ha överlämnats. Domstolen påpekade att frågan om hemvist inte kan regleras i avtal.[70]

Regeringsrätten påpekade hur viktigt hemvistbegreppet var för utgången i målet eftersom kvarhållandet av flickan inte skulle anses vara olovligt om hon hade hemvist i Sverige precis före det datum då hon skulle ha överlämnats till fadern. De uttalade, precis som de andra domstolarna, att man skall vägledas av 7 kap 2 § IÄL och dess förarbeten vilket innebär att vistelsen skall anses vara stadigvarande för att hemvist skall uppstå.

---

[69] RÅ 1996 ref. 52

[70] Länsrätten kom till samma resultat och hänvisade bl.a. till att hennes vistelse i Sverige varit tidsbegränsad enligt det amerikanska domstolsbeslutet och avtalet.

Förutom detta skall man ta hänsyn till att verkställighetslagen tillkommit p.g.a. Sveriges tillträde till Haagkonventionen. Begrepp i lagen skall därför tolkas med hänsyn till terminologin och syftet i konventionen. Man gör således en helhetsbedömning av de objektiva omständigheterna i fallet såsom vistelsens längd, sociala bindningar och andra förhållanden av personlig eller yrkesmässig karaktär som tyder på en stadigvarande anknytning till ett visst land.[71]

Regeringsrätten kom fram till att Amanda skulle anses ha hemvist i Sverige eftersom hon bott här i två år och anpassat sig väl till förhållandena på sin bostadsort. Dessutom hade föräldrarna avtalat att hon skulle bo i Sverige åtta år fram tills att hon fyllde arton, medan avsikten var att hon endast skulle bo i USA i fyra år. Även upp det faktum att modern haft den faktiska vårdnaden om barnet under de två senaste åren och fadern enbart utövat umgängesrätt hade betydelse.[72]

I RÅ 1995 ref. 99 bodde familjen i USA fram till januari 1992 då den svenska modern tog dottern Julia till Sverige och bosatte sig här mot faderns vilja. I november 1993 tog fadern efter ett besök i Sverige med sig dottern till USA utan moderns samtycke. Efter att modern ansökt om att få Julia överlämnad beslutade en amerikansk domstol att hon skulle överlämnas till modern i avvaktan på ett slutligt beslut i vårdnadsfrågan. Samtidigt förbjöds hon att ta dottern från USA. I slutet av januari 1994 överlämnades flickan till modern och i början av februari samma år tog hon Julia till Sverige, även denna gång mot faderns vilja. Fadern ansökte då om överflyttning av barnet till honom.

Fadern hävdade att han inte hade samtycke till att modern tog barnet till Sverige 1992, men han ansökte aldrig då om att få barnet överflyttat. Detta tillsammans med det faktum att flickan bott hos modern och anpassat sig väl till det svenska samhället gjorde att RR inte såg något hinder mot att Julia hade förvärvat hemvist i Sverige någon gång före faderns bortförande 1993. Det är klartlagt att modern förvärvade hemvist i Sverige under 1992 och dessutom hade ettårsfristen i konventionen gått ut, vilket också talar för att Julia förvärvat hemvist i Sverige under 1992. Det faktum att Julia vistats i USA i cirka två månader p.g.a. faderns olovliga bortförande ändrade inte hennes hemvist utan hon skulle anses ha haft hemvist i Sverige i februari 1994 när modern åter förde bort henne från USA. Som en följd av detta kunde inte faderns ansökan bifallas.

---

[71] Stöd för detta finns även i RÅ 1995 ref. 99.

[72] Denna hemvistbedömning har fått stöd internationellt enligt Beaumont & McEleavy, 1999, s. 99. Julias moder förde sedan talan i USA, men HD i Virginia gav fadern ensam vårdnad. Modern dömdes att betala 500 dollar om dagen tills flickan återlämnas, den summan är nu uppe i cirka 1 miljon dollar. (Roberts, T.D, *Två länders domstolar avgör Marias öde*, DN 000330). Solna TR har nyligen beslutat om gemensam vårdnad i enligt med 1998 års vårdnadsreform. (Jänterä-Jareborg, M, SvJT 2000 s. 881).

3.5 Tillämpningsområde

3.5.1 Barn

Konventionen tillämpas på barn under sexton år vilket innebär att när barnet fyllt sexton år upphör konventionen att gälla även om barnet var yngre vid bortförandet. Anledningen till åldersgränsen var att det är svårt att föra bort en sextonåring mot dess vilja och det är inte önskvärt att återsända barn i den åldern till ett annat land mot dess uttryckliga vilja. Vissa domstolar har valt att använda konventionens principer även för äldre barn men de har inte någon skyldighet att göra det.[73] Däremot har staterna rätt att tillämpa konventionen även på barn som fyllt 16 år om de anser att det är bäst för barnet.[74]

Man skall se åldersgränsen i artikel 4 tillsammans med artikel 13 2 st som ger domstolen rätt att vägra besluta om ett återlämnande om de anser att barnet nått en sådan mognad att dess vilja bör respekteras. Denna regel ger domstolarna en möjlighet att lyssna på barnet och dess vilja utan att en särskild regel säger att konventionen inte är tillämplig i dessa situationer.[75]

Ett problem angående åldersgränsen är att i vissa länder har barn under sexton år rätt att själva bestämma var de vill bo. Detta gjorde att det framfördes förslag om att konventionen inte skulle vara tillämplig i dessa situationer. Förslaget avvisades dock bl.a. p.g.a. de svårigheter som finns angående valet av det rättsliga system som skulle tillämpas på frågan och att det skulle inskränka konventionen. Dessutom är rätten att avgöra var barnet skall bo endast en del i rätten till vårdnad.

3.5.2 Olovligt bortförande

För att konventionen skall bli tillämplig krävs att det föreligger ett olovligt bortförande eller kvarhållande. När det gäller termerna bortförande och kvarhållande torde de ej ge upphov till svårigheter. Ett bortförande består av att en person genom ett aktivt förfarande tar med sig barnet över gränsen till ett annat land eller ser till att en annan person gör det. Ett kvarhållande består istället av att en person efter en lovlig vistelse beslutar sig för att inte lämna tillbaka barnet.[76]

---

[73] Kvisberg, T.E, 1994 s. 109, artikel 4 Haagkonventionen som motsvaras av 2 § verkställighetslagen, Pérez Vera-rapporten s. 450 p.77.
[74] Anton, A.E, 1981, s. 545.
[75] Pérez Vera-rapporten s. 450 p. 78.
[76] Artikel 3 a och 2 st Haagkonventionen.

Konventionen tillämpas enbart på internationella bortföranden, vilket framgår av titeln, preambeln och strukturen i konventionen. Det framgår också tydligt av artikel 1 b) i Haagkonventionen.[77]

Ett bortförande är olovligt när det strider mot en rätt till vårdnad som anförtrotts en person, institution eller annat organ enligt lagen i det land där barnet hade hemvist omedelbart före bortförandet. Rätten till vårdnad kan uppkomma genom lag, judiciellt eller administrativt beslut eller genom ett avtal som har rättslig verkan i den stat där det meddelats. Dessutom krävs att vårdnaden faktiskt utövades när barnet fördes bort eller att det enda som hindrade utövandet var bortförandet.[78]

Det skall här påpekas att ett kvarhållande inte är olovligt om barnet hade hemvist här omedelbart före kvarhållandet. I RÅ 1996 ref. 52 befann sig barnet i Sverige hos modern och hade varit här i två år i enlighet med ett avtal mellan föräldrarna. Efter två år var det enligt avtalet dags för flickan att flytta till fadern i USA men modern vägrade att lämna över barnet. Enligt Regeringsrätten hade flickan vid den tidpunkt då hon skulle ha överlämnats till fadern hemvist i Sverige och kvarhållandet var därför inte att anse som olovligt.[79]

3.5.2.1 Vårdnad

I artikel 5 definieras ”rätten till vårdnad” vilket betyder att innebörden i begreppet inte behöver vara samma i den nationella rätten som i konventionssammanhang. Av artikeln framgår att rätten till vårdnad omfattar de rättigheter som hänför sig till vården av barnet och då speciellt rätten att bestämma över var barnet skall bo. Det är alltså barnets person det handlar om och inte barnets ekonomi. Även om rätten att bestämma var barnet skall bo speciellt nämns är det inte avgörande, t.ex. i de länder där lagen föreskriver att barnet självt får bestämma var det skall bo. I dessa fall definieras rätten till vårdnad efter andra kriterier.[80] Enbart rätten att avgöra var barnet skall bo räcker inte alltid för att den personen skall anses inneha en rätt till vårdnad.

I det engelska rättsfallet *C v. C* gav en domstol i Australien modern vårdnaden om sonen och fadern fick umgängesrätt. Domstolen beslutade även att ingen av parterna fick föra barnet från landet utan den andres samtycke. Efter att modern olovligt tagit barnet till England ansökte fadern om återlämnade enligt Haagkonventionen. Fråga i målet var om fadern kunde anses ha vårdnad om sonen i enlighet med konventionen även om han inte hade det i förhållande till australiensisk lag. Modern hade rätt att bestämma var barnet skulle bo inom Australien men fadern hade å andra

[77] Anton, A.E, 1981, Kvisberg, T.E, 1994 s. 91.
[78] Artikel 3 a, b och 2 st Haagkonventionen, 11 § verkställighetslagen.
[79] Se även RÅ 1995 ref. 99.
[80] Kvisberg, T.E, 1994 s. 93-94 T.ex. i Skottland får barn bestämma var de skall bo. Europarådskonventionen tillämpas inte på barn under 16 år som har rätt att själva bestämma var de skall bo.

sidan rätt att bestämma att barnet skulle bo inom Australiens gränser. Domstolen uttalade att artikel 3 och 5 skulle läsas ihop och att artikel 5 i vissa fall kunde få en vidare innebörd än vad som var vanligt enligt nationell lag. Court of Appeal kom fram till att bortförandet var olovligt eftersom modern inte hade rätt att ta barnet från Australien utan faderns samtycke.[81]

I ett engelskt rättsfall rörde det sig om ett barn som endast var ett par dagar gammalt och stod under ”ward of court”, vilket innebär att inga avgörande beslut angående barnet får tas utan domstolens medgivande. Modern hade tillerkänts den dagliga omsorgen medan fadern hade rätt till umgänge. Modern tog dottern och reste till USA utan rättens medgivande. Domstolen slog fast att eftersom fadern endast hade umgängesrätt kunde han inte kräva ett återlämnade av barnet enligt Haagkonventionen eftersom det krävs ett hinder i utövandet av vårdnad och umgängesrätt räcker således inte. Istället prövades frågan om det förelåg ett brott mot domstolens rätt till vårdnad. High Court of Justice ansåg att en domstol kan vara ”institution eller något annat organ” som avses i artikel 3. De ansåg därför att det aktuella bortförande var ett brott mot domstolens rätt till vårdnad.[82]

Man kan alltså säga att i normala fall räcker det inte med att en förälder har umgängesrätt för att få till stånd ett återlämnande enligt konventionen. I de nämnda rättsfallen har den umgängesberättigade föräldern även haft viss rätt att bestämma över var barnet skall bo. Detta har gjort att domstolarna ansett att en rätt till vårdnad har förelegat. I det första fallet hade fadern inflytande över var sonen skulle bo och i det andra kunde man säga att domstolen hade en rätt till vårdnad av barnet. Det torde innebära att om den förälder som har umgängesrätt också har rätt att kräva att barnet bor i Sverige så har den föräldern rätt enligt konventionen att kräva ett återlämnade av barnet. I de fall en domstol beslutar att ge barnet utreseförbud och vårdnadshavaren ändå lyckas föra barnet utomlands torde den förälder som har umgängesrätt med framgång kunna ansöka om ett återlämnade.[83]

Av artikel 3 a) framgår att även gemensam vårdnad skyddas under konventionen. När ett barn förs bort i strid med en av vårdnadshavarnas rätt att utöva vårdnad föreligger ett olovligt bortförande. I viss nordisk doktrin har det framförts att denna fråga bör prövas enligt nationell rätt. Det blir dock ingen praktisk skillnad eftersom nationell rätt i de flesta länder torde anse att det är ett olovligt bortförande när en vårdnadshavare skiljer den andra från barnet genom att ta det utomlands.[84]

Det som är relevant är om vårdnad förelåg vid tiden för bortförandet. En dom som fallit efter att ett olovligt bortförande skett har inte någon

---

[81] *C. v. C.* (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad) Court of Appel (Civil Division) 14. December 1988. [1988] 1 WRL 654, [1989] 2 All ER 465, [1989] 1 FLR 403 som refererat i Kvisberg, T.E, 1994 s. 94-95.
[82] *In re: J* (a Minor) (Abduction: Ward of Court), high Court of Justice (Family Divicion), london, 19 June 1989. [1989] Family 85, [1989] 3 All ER 590, [1989] 3 WRL 825, [1990] Family Law 177 som refererat i Kvisberg, T.E, 1994 s. 95.
[83] Kvisberg, T.E, 1994 s. 95.
[84] Kvisberg, T.E, 1994 s. 96-97.

betydelse i förhållande till Haagkonventionen. Om en dom ändå meddelas kan domstolen ta hänsyn till de skäl som åberopats för avgörandet. Samma sak gäller även när det sedan tidigare föreligger en dom i den staten.[85]

3.5.2.2 Personkrets

Det är inte bara biologiska föräldrars rätt till vårdnad som åtnjuter skydd under konventionen utan man har valt ordet ”personer”, vilket omfattar alla som har rättslig vårdnad om ett barn. Även institutioner och organ omfattas alltså av konventionen.

När det gäller bortföraren kan det vara vilken person som helst. Konventionen är tillämplig även när en annan person förmåtts föra bort barnet eller när en far- eller morförälder är den skyldige. Det finns inget krav på släktskap mellan barnet och bortföraren men man har antagit att en institution inte kan göra sig skyldig till olovliga bortföranden (möjligtvis kan de göra sig skyldiga till olovliga kvarhållanden).[86]

3.5.2.3 Hur vårdnad uppkommer

Rätten till vårdnad uppkommer i första hand genom lag, judiciellt eller administrativt avgörande eller genom en överenskommelse som har rättslig verkan. Detta är inte en uttömmande uppräkning utan även vårdnad som uppkommit på annat sätt godtas och skyddas av konventionen.[87] I cirka hälften av alla fall av olovliga bortföranden föreligger inget formellt avgörande angående vårdnad. I och med att konventionen inte ställer krav på att ett formellt avgörande skall finnas blir tillämpningen mer flexibel.

Att vårdnaden tillkommer parterna genom lag är vanligt. I Sverige tillkommer vårdnaden föräldrarna gemensamt om de är gifta med varandra och modern ensam om hon är ogift. Den gemensamma vårdnaden fortsätter att vara gemensam även efter en äktenskapsskillnad om den inte upplöses enligt ett särskilt domstolsbeslut. I dessa fall är det lagen i det land där barnet hade hemvist före det olovliga bortförandet som avgör om vårdnad föreligger eller ej.[88] Många fall av bortföranden rör barn som förts bort innan ett beslut om vårdnad fattats och då gäller vårdnad enligt lag, vilket alltså omfattas av konventionen.[89]

Ett judiciellt eller administrativt avgörande omfattar alla beslut angående vårdnaden om ett barn som meddelats av en domstol i hemvistlandet eller i ett tredje land. Det sista gäller när vårdnaden utövades i hemvistlandet p.g.a. ett utländskt avgörande. Det krävs alltså att avgörandet gäller i

---

[85] Kvisberg, T.E, 1994 s. 108-109, artikel 16-17 Haagkonventionen.
[86] Kvisberg, T.E, 1994 s. 92.
[87] Pérez Vera-rapporten s. 446 p 67, artikel 3 a) Haagkonventionen, 3 § verkställighetslagen
[88] 6 kap. 3 § FB, artikel 3 Haagkonventionen, § 11 verkställighetslagen, prop. 1988/89:8 om olovligt bortförande av barn i internationella förhållanden s. 40, RÅ 1996 ref. 52.
[89] Pérez Vera-rapporten s. 446 p. 68.

hemvistlandet för att det skall falla inom konventionens tillämpningsområde. Detta bekräftas av artikel 14 som innebär att den domstol som utreder om ett olovligt bortförande har skett kan beakta lag eller avgöranden i hemviststaten utan att använda sig av de särskilda förfaranden som annars är brukliga i sådana fall.[90]

Även överenskommelser nämns i artikeln under förutsättning att de har rättslig verkan enligt lagen i den ifrågavarande staten. Avsikten i konventionen är att det alternativ som leder till bedömningen att vårdnad föreligger skall väljas. Meningen är ju att skydda alla former av utövande av vårdnad.[91]

Det är den som ansöker om ett återlämnande av ett barn som skall bevisa att bortförandet var olovligt enligt lagen i den stat där barnet hade hemvist före bortförandet. Domstolen kan kräva att den som ansöker om återlämnande uppvisar ett avgörande eller annat utslag som bevisar att bortförandet var olovligt i den mening som avses i artikel 3. Centralmyndigheten skall hjälpa sökanden att erhålla ett sådant bevis.[92]

3.5.2.4 Vårdnaden utövades i praktiken

Alla kriterierna i artikel 3 a) och b) i Haagkonventionen måste vara uppfyllda för att ett olovligt bortförande skall anses föreligga. I artikel 3 b) föreskrivs att vårdnaden skall ha utövats i praktiken vid tidpunkten för bortförandet eller att den skulle ha utövats om inte bortförandet skett. Detta ger två sidor av definitionen, den juridiska som innebär att det skall finnas en rättslig grund för vårdnaden, och den praktiska som innebär att vårdnaden skall ha utövats i praktiken. Enligt de norska förarbetena till deras verkställighetslag skall Haagkonventionen gälla även i de fall där en förälder har den faktiska vårdnaden om barnet men inte den rättsliga. Detta görs med hänvisning till Haagkonventionens artikel 1 och 3.[93]

I konventionen presumeras att den som hade rätt till vårdnad också utövade den, vilket kan utläsas av artikel 3 och 13 a). Den sista artikeln föreskriver att den bortförande föräldern skall bevisa att den andra föräldern inte utövade sin rätt till vårdnad för att hindra ett återlämnande. Det är dock upp till domstolen att i varje enskilt fall avgöra om vårdnaden utövades eller inte.[94]

För att komma fram till vad det innebär att utöva en rätt till vårdnad läser man artikel 3 b) tillsammans med artikel 5 a) som säger att rätten till vårdnad omfattar de rättigheter som är kopplade till vården av barnet som person och då speciellt rätten att avgöra var barnet skall bo. Det ställs inte särskilt höga krav här och föräldern måste inte ha bott tillsammans med

[90] Pérez Vera-rapporten s. 446 p. 69.
[91] Pérez Vera-rapporten s. 445 p. 66, s. 446 p. 68, s. 447 p. 70-71.
[92] Anton, A.E, 1981 s. 552, artikel 15 Haagkonventionen.
[93] Kvisberg, T.E, 1994 s. 102-103.
[94] Kvisberg, T.E, 1994 s. 104, Pérez Vera-rapporten s. 461 p. 115.

barnet eller haft hand om den dagliga omsorgen. T.ex. kan barnet vara placerat hos en fosterfamilj eller institution med vårdnadshavarens samtycke.

Det finns olika utslag i praxis angående frågan om vårdnaden utövats i praktiken. En tysk domstol ansåg att det var irrelevant hur ofta fadern hade omsorg om sonen så länge han i praktiken deltog i sonens uppfostran. Det var tillräckligt för att anse att han utövade sin rätt till vårdnad.

I en dom från Cour d´Appel d´Aix-en-Provence i Frankrike var parterna bosatta i England och fadern hade vårdnad om barnet och modern hade umgängesrätt. Fadern hade inte tillåtelse att ta barnet utomlands utan moderns medgivande men tog ändå barnet till Frankrike. Modern krävde att barnet återlämnades till England och den franska domstolen ansåg att moderns rätt utgjorde vårdnad inom konventionens mening. Modern reagerade direkt efter bortförandet vilket var tillräckligt för att anse att hon hade utövat sin rätt till vårdnad.[95]

I de fall gemensam vårdnad föreligger men barnet stadigvarande bor hos den ena och den andre har umgängesrätt, har den umgängesberättigade föräldern rätt till vårdnad enligt konventionen. Eftersom föräldern anses ha vårdnad inom ramen för konventionen måste således ett utövande av umgängesrätten anses som ett utövande av vårdnad.[96]

Kravet på att rätten till vårdnad faktiskt skall utövas faller bort om själva bortförandet är det som står i vägen för den praktiska möjligheten till utövande. En situation som kan göra undantaget tillämpligt är när en förälder har enskild vårdnad och barnet stadigvarande bor hos denne men en domstol beslutar att flytta över vårdnaden till den andre föräldern. Den förälder som förlorar vårdnaden tar barnet utomlands, vilket utgör ett olovligt bortförande eftersom den andre föräldern hade utövat sin rätt till vårdnad om barnet inte förts utomlands.[97]

3.5.2.5 Lagen i det land där barnet hade hemvist före bortförandet

Ett ytterligare kriterium som ställs upp i artikel 3 a) är att det olovliga bortförandet skall strida mot en rätt till vårdnad enligt lagen i det land där barnet hade hemvist direkt före det olovliga bortförandet. Det innebär att domstolen i det land dit barnet förts skall tillämpa lagen i det land barnet tagits ifrån när de avgör om barnet skall sändas tillbaka eller ej.[98] Hänvisningen till hemvistlandets lag omfattar skriven rätt, sedvanerätt och praxis men även det landets IP-rättsliga kollisionsregler. Tillämpningen av

[95] Cour d´Appel d´Aix-en-Provence dom den 23 mars 1990 som refererat i Kvisberg, T.E, 1994 s. 105-106.
[96] Kvisberg, T.E, 1994 s. 104-106.
[97] Kvisberg, T.E, 1994 s. 106.
[98] Kvisberg, T.E, 1994 s. 101.

IP-rättslig lagstiftning innebär att det kan bli ett annat lands lag som skall tillämpas på överenskommelsen.[99]

Ett problem föreligger i svenska förhållanden när en ogift mor tar sitt barn utomlands mot faderns vilja och inget avtal om vårdnad finns. Om han ansöker om att få barnet överflyttat till Sverige skall den utländska domstolen tillämpa svensk rätt vilket innebär att fadern inte har någon laglig rätt till vårdnad och därmed ingen möjlighet att få barnet överflyttat med hjälp av Haagkonventionen.[100]

3.6 Undantag från överflyttningsskyldigheten

Huvudregeln är, som sagt, att bortförda barn skall återlämnas men det finns möjligheter att göra undantag i artikel 13 och 20. Domstolarna har dock ingen skyldighet att göra undantag utan de har fortfarande möjligheten att besluta om att återsända barnet.[101]

När konventionstexten togs fram var staterna överens om att det bästa sättet att bekämpa internationella bortföranden av barn var att se till att bortföranden inte fick rättsligt erkännande i något land. Principen om att domstolarna i barnets hemvistland är de som bäst avgör vårdnadsfrågan var länderna överens om och därför skall undantagen tolkas restriktivt, annars riskerar konventionen att bli urvattnad.[102] Enligt artikel 13 finns möjlighet att göra undantag i fyra situationer om den som motsätter sig en överflyttnign av barnet bevisat att den aktuella situationen föreligger. Dessa är när vårdnaden faktisk inte utövades eller när den som hade vårdnaden samtyckt, eller i efterhand gjort det, till bortförandet. Även när det finns en allvarlig risk för att barnet kommer att lida skada av att återlämnas eller om barnet motsätter sig ett återlämnade och har uppnått en sådan mognad att man tar hänsyn till det omfattas.

3.6.1 Barnet har funnit sig tillrätta i sin nya miljö

Enligt artikel 12 1 st skall ett barn återlämnas om mindre än ett år gått från bortförandet. Andra stycket lyder:

”Även i det fall då förfarandet har inletts efter utgången av den ettårsperiod som avses i föregående stycke, skall den judiciella eller administrativa myndigheten besluta om barnets återlämnande, såvida inte det visas att barnet har funnit sig tillrätta i sin nya miljö.”

---

[99] Pérez Vera-rapporten s. 445 p. 66.
[100] Kvisberg, T.E, 1994 s. 101. Fadern får istället väcka talan om enskild vårdnad och sedan kräva verkställighet av domen i enlighet med Europarådskonventionen.
[101] Artikel 18 Haagkonventionen, Pérez Vera-rapporten s. 433, 460.
[102] Pérez Vera-rapporten s. 434.

Bestämmelsen infördes för att konventionen skall kunna tillämpas även om den bortförande föräldern lyckats undanhålla barnet i mer än ett år. Kan det då inte bevisas att barnet funnit sig väl tillrätta i den nya miljön skall barnet återlämnas trots att det gått mer än ett år.[103] Det finns inte så mycket praxis angående detta stycke. Det framgår dock att det inte räcker med att tiden gått över några månader för att neka ett återlämnande.[104]

3.6.2 Vårdnaden utövades inte i praktiken

En möjlighet att neka ett återlämnande är att den person som ansökt om överflyttning inte utövade vårdnaden i praktiken vid tiden för bortförandet. Detta följer av artikel 3 1) b), som innebär att bortförandet inte var olovligt till att börja med, tillsammans med artikel 13 a). Artikel 13 a) lyder:

”a) den person eller institution eller det organ av annat slag som hade vård om barnets person faktiskt inte utövade vårdnadsrätten vid den tid då bortförandet eller kvarhållandet ägde rum eller hade samtyckt till eller i efterhand godtagit bortförandet eller kvarhållandet; eller…”

Anledningen till att detta undantag finns med två gånger beror på att bevisbördan är olika fördelad. När det gäller frågan om bortförandet var olovligt är det den person barnet har tagits ifrån som har bevisbördan för det, medan bortföraren har bevisbördan för att barnet inte skall sändas tillbaka. Det bortförande föräldern skall bevisa att vårdnaden inte utövades i praktiken, vilket också följer av att konventionen presumerar att vårdnaden utövades i praktiken om det bevisats att en rätt till vårdnad förelåg.[105]

I den svenska verkställighetslagen återfinns de situationer där domstolen kan vägra meddela beslut om överflyttning i 12 §. Lagstiftaren valde att inte ta in någon bestämmelse som motsvarade någon av de situationer som räknas upp i artikel 13 a). Anledningen till detta var att man ansåg att ett olovligt bortförande överhuvudtaget inte förelåg om vårdnaden inte utövades i praktiken eller om den kvarvarande föräldern gett sitt samtycke till bortförandet eller kvarhållandet.[106]

3.6.3 Risk för psykisk eller fysisk skada

Enligt artikel 13 b) kan en överflyttning nekas om:

”b) det finns en allvarlig risk för att barnets återlämnande skulle utsätta det för fysisk eller psykisk skada eller på annat sätt försätta det i en situation som inte är godtagbar.”

---

[103] Anton, A.E, 1981, s. 549.
[104] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 206 ff.
[105] Kvisberg, T.E, 1994 s. 104, 119.
[106] Ds Ju 1986:7 s. 73.

Det skall framgå av objektiva omständigheter att en sådan allvarlig risk föreligger men det behöver inte vara fråga om någon omedelbar fara.[107] När det gäller ”psykisk skada” så omfattar det både mental och i viss mån moralisk skada. Bedömningen av vad som utgör ”en situation som inte är godtagbar” skall vara objektiv. Ett exempel på en situation som kan omfattas är då en mor flyr från ett förhållande där hon misshandlas. Barnet riskerar inte någon direkt skada men situationen är inte godtagbar. Undantaget skall inte användas på den grunden att ett återlämnande skulle innebära en ekonomisk eller utbildningsmässig nackdel för barnet.[108]

När det gäller en ”situation som inte är godtagbar” så infördes det för att ge skydd i situationer som varken innehåller fysisk eller psykisk skada, men som ändå är så allvarlig att ett återlämnande bör nekas.[109] Meningen har sällan tillämpats i praxis men det framgår att det omfattar inte bara slutresultatet utan även processen som leder fram till det. Det skall röra sig om ”a very high degree of intolerability” och skall vara något allvarligt som fortsätter att pågå och som inte kan tolereras.[110]

Om ett återlämnande innebär att barnet och bortföraren blir hemlösa utgör det en icke godtagbar situation, men det är det däremot inte om de kommer att leva på socialbidrag. I ett fall från Irland ansågs situationen vara icke godtagbar när fadern var oansvarig ekonomiskt sett och hade varit våldsam mot modern inför barnen och även mot ett av barnen. De anförde att fadern skulle visa hur han tänkte ta hand om barnen efter en överflyttning.[111]

Vissa föräldrar har försökt att hindra en överflyttning med att hänvisa till att barnet skulle sändas från en trygg miljö till svåra förhållanden materiellt och ekonomiskt sett. Detta har oftast misslyckats.[112]

Vissa domstolar har ställt upp krav för att överlämna ett barn, t.ex. i *C v. C.* Domstolen ställde vissa krav för att besluta om återlämnande med hänvisning till att barnet annars kunde försättas i en situation som inte var acceptabel. De brittiska domstolarna är mest flitiga med att sätta upp dessa krav, vilket har kritiserats av den amerikanska kongressen.[113]

Bestämmelsen innebär en avvägning mellan barnets intresse av att inte ryckas upp ur sin invanda miljö mot intresset att inte utsätta det för fysisk eller psykisk skada. Intresset av att barn inte utsätts för psykisk eller fysisk

---

[107] Prop. 1988/89:8 s. 43.
[108] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 136.
[109] Vissa anser att fysisk eller psykisk skada skall tolkas i ljuset av en icke-godtagbar situation och att det endast är exempel på en sådan situation. Kvisberg 1994, s. 133.
[110] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 151-152.
[111] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 154.
[112] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 154.
[113] Kvisberg, T.E, 1994 s. 151 ff. Report on compliance with the Hague Convention on the civil aspects of international child abduction (response to section 2803 of Public Law 105-277) (nr 1).

skada väger tyngre.[114] Domstolen skall bara utreda om allvarlig risk föreligger och inte gå längre.[115]

I bedömningen av om en ”allvarlig risk” föreligger är det förhållandena vid tiden för förhandlingarna som skall ligga till grund. I *Friedrich v. Friedrich* uttalade domstolen att en allvarlig risk endast kunde förekomma i två situationer. Den ena är när återlämnandet skulle försätta barnet i omedelbar fara före en dom i vårdnadsfrågan t.ex. ett återlämnande till en krigszon. Den andra situationen rör allvarliga missförhållanden, extremt känslomässigt beroende eller när domstolen i hemvistlandet inte har vilja eller möjlighet att ge barnet skydd. Den relevanta frågan är huruvida förekomsten av skada eller en icke godtagbar situation är tillräcklig för att allvarlig risk skall föreligga eller huruvida allvarlig risk endast föreligger när det inte finns några godtagbara sätt att överkomma risken eller situationen. Det verkar som om de flesta domstolar gått på det senare alternativet.[116]

I ett fall som tagits upp av Kammarrätten i Jönköping 23/11 1999 hade modern tagit de två barnen till Sverige utan faderns medgivande. Efter föräldrarnas skilsmässa bodde barnen hos modern som hade hand om dem dagligen men hon hade inte rätt att ta dem utomlands. Familjen hade alltså hemvist i Belgien medan man väntade på att vårdnadstvisten skulle tas upp. Fadern betalade inte underhåll vilket innebar att barnen och modern levde under svåra ekonomiska förhållanden med faderns vetskap. Modern tog barnen till Sverige och fick jobb här och kunde skaffa sig och barnen en bra bostad här. Efter att fadern ansökt om överflyttning av barnen anförde modern att barnen skulle skadas själsligt eller annars försättas i en icke-godtagbar situation. Barnen motsatte sig en överflyttning till Belgien men det äldsta barnet var endast nio år gammal. Länsrätten prövade inte omständigheterna i målet och tillät inte heller att en utredning av psykolog med hänvisning till att mål av denna art skall avgöras skyndsamt. De beslutade att barnen skulle överflyttas.

Kammarrätten prövade däremot omständigheterna grundligt och uttalade bl.a. att fadern måste ha insett att modern inte skulle kunna försörja sig och barnen om han inte betalade underhåll och att han därmed låtit barnen leva under usla förhållanden. Vidare sades att barnen endast haft modern som stöd under de senaste åren och var rädda för att uppleva samma förhållanden som de som rått i hemmet före bortförandet. Kammarrätten beaktade vidare den risk för fängelsestraff modern skulle utsättas för vid ett återvändande. Domstolen diskuterade hur allvarlig risken skall vara för att utlösa en tillämpning av 12 § 2 p verkställighetslagen, vilket motsvarar artikel 13 b). Risken är i princip allvarlig om det inte står helt klart att den inte kan betraktas som övergående. Barnens motvilja mot att återföras kunde inte få betydelse enligt artikel 13 2 st men kunde ändå ha betydelse i prövningen. På den grunden nekades en överflyttning av barnen. Fallet har kritiserats av

[114] Pérez Vera-rapporten s. 433 p. 29.
[115] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 140.
[116] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 142-144.

Maarit Jänterä-Jareborg[117] som anser att Kammarrätten inte har brytt sig om bakgrunden till den aktuella vägransgrunden och att avsikten var att den skulle tolkas restriktivt. Hon anser att om den här tolkningen tillämpas kommer konventionen att bli verkningslös. Vidare säger hon att hur klandervärt faderns beteende än var kan de svåra förhållandena inte anses utgöra tillräckliga skäl för att neka en överflyttning.[118]

Artikel 13 1) b) skall tolkas restriktivt och domstolen skall inte göra en värdering av vad som är bäst för barnet, vilket också har följts i praxis. I de fall bortföraren åberopat artikeln men endast kommit med vaga och generella påståenden har vissa domstolar valt att inte utreda frågan närmare eftersom den tid som då går kan vara till barnets nackdel. Påståendena får istället tas upp i en senare rättegång. Den skada som själva bortförandet kan ha inneburit skall inte bedömas utan det är endast den skada som ett återlämnande kan få som skall tas upp. I många fall är det oundvikligt att barnet lider viss skada av att överflyttas men det krävs mer än det för att neka ett återlämnande.[119]

I *N v. N* anklagades fadern för att ha utnyttjat den ena dottern sexuellt. Domaren avslog ansökan enligt artikel 13 1) b) och anförde att den skada som skulle kunna uppstå inte hade med överflyttningen att göra utan med oövervakade umgängestillfällen. I ett annat fall fanns starka bevis för att barnet blivit utsatt för fysisk misshandel men det hade skett fyra år tidigare. Modern hade flyttat ifrån fadern efter det och sett till att barnet endast fick träffa fadern under övervakning. Därmed förelåg ingen allvarlig risk.[120]

I en dom från Kammarrätten i Göteborg den 3/2 2000 hade modern fört de två gemensamma barnen, två och tre år gamla, till Sverige från Israel. Barnen hade bott där i hela sina liv och gemensam vårdnad förelåg. Modern anförde att det fanns en allvarlig risk för att en överflyttning skulle skada barnens kroppsliga och själsliga hälsa eller i övrigt försätta dem i en icke-godtagbar situation. Hon anförde att fadern hade förgripit sig på den treåriga dottern sexuellt och gjorde allvarliga invändningar mot faderns levnadssätt och personlighet. Hon anförde dessutom den risk att ställas till ansvar hon skulle utsättas för om hon återvände till Israel. Både Länsrätten och Kammarrätten ansåg att modern redogjort för anklagelserna på ett trovärdigt sätt och att en överflyttning skulle innebära att barnen skildes från henne och överlämnades till fadern. De ansåg därmed att en sådan allvarlig risk förelåg för barnens fysiska och psykiska hälsa att ansökan om överflyttning skulle nekas.

I målet togs även upp vilken bevisning som krävs för att en invändning enligt artikel 13 1) b), 12 § 2 p. verkställighetslagen, skall anses styrkt. Det

---

[117] Professor i straffrätt vid Uppsala Universitet, har även arbetat för Sverige vid den internationella domstolen i Haag.
[118] Mål nr 3532-1999 som refererats av Jänterä-Jareborg, M, SvJT 2000 s. 885-888. RR avslog senare faderns överklagande.
[119] Kvisberg, T.E, 1994 s. 130-132.
[120] *N v. N* [1995] 1 FLR 107 som refererat i Beaumont & McEleavy, 1999, s. 143.

har redan anförts att undantaget skall tolkas restriktivt. I fallet hade moderns iakttagelser stöd av två vittnen. Riskbilden förstärktes dessutom av att en överflyttning skulle innebära att barnen skulle överlämnas till fadern.[121] Det är också skillnaden mot *N v. N*.

Det har inte varit så många fall där den som fört bort ett barn åberopat att barnet skulle utsättas för fysisk skada om det återsändes. Istället har det varit många som åberopat att barnet skulle utsättas för psykisk skada vid ett återlämnande, även om få har lyckats. Den vanligaste anledningen som åberopas är att barnet kommer lida psykisk skada av att skiljas från den person som fört bort barnet. I många fall är det den personen som alltid stått barnet närmast och som tagit hand om det varje dag.

Vissa domstolar har tagit upp vikten av att den bortförande föräldern följer med barnet tillbaka. I ett fall från England uttalade den bortförande modern att om barnet återsändes till Kanada skulle hon följa med det dit. Underrätten fastslog att det inte skulle utgöra en allvarlig risk för barnet att återsändas till Kanada om modern följde med. Modern överklagade och ändrade sig och sa att hon inte hade möjlighet att följa med barnet till Kanada och bosätta sig där. Överrätten fastslog dock underrättens dom trots att omständigheterna nu ändrats.[122]

I fallet *C v. C* från England rörde ett litet barn som förts från Australien av modern. Underinstansen ansåg att det skulle innebära en stor risk för att barnet drabbades av en allvarlig psykisk skada om det skildes från sin mor. I överinstansen gav fadern ett förslag som innebar att modern kunde vara med barnet vid ett återlämnande. I domen uttalades att risken i fallet inte var återlämnandet utan själva separationen från modern. Domstolen funderade över den effekt det skulle få om barnet inte återlämnades med hänvisning till att modern inte återvänder för sin egen skull utan för barnets.

Domaren uttalade att en förälder inte skall kunna skapa en situation där barnet riskerar psykisk skada och sedan dra nytta av den. I så fall skulle varje mor som för bort ett barn, i alla fall ett litet barn, kunna förhindra ett återförande genom att hävda att barnet lider psykiskt av att skiljas från henne. Slutsatsen blir att om den bortförande föräldern har en möjlighet att återvända med barnet lägger domstolen ingen vikt vid att barnet skulle utsättas för psykisk skada p.g.a. separationen från den bortförande föräldern.[123] Det är dock ingen absolut regel. I *Re G* lyckades modern hindra ett återlämnande av barnen eftersom det var bevisat att hon led av en depression och om hon tvingades återvända till Texas fanns en risk att hon blev psykotisk. Barnen var både psykologiskt och känslomässigt bundna av

---

[121] Jänterä-Jareborg, M, SvJT 2000 s. 888-889 (Mål nr 6608-1999) RR beslutade att inte ta upp målet.

[122] *In re A (minor)*, Court of Appeal, June 10 1988, [1988] 1. F.L.R. 365 som refererat i Kvisberg, T.E, 1994 s. 133-134.

[123] *C v. C* (Minor: Abduction. Rights of Custody Abroad) Court of Appeal (Civil Division) 14. December 1988, [1989] 1. WRL, 654, [1989] 2 All ER 465, [1989] 1 F.L.R 403 som refererat i Kvisberg, T.E, 1994 s. 143-145.

henne och de två minsta ammades fortfarande. Detta var dock ett extremt undantag från huvudregeln. I de fall bortföraren riskerar straffrättsligt åtal i det gamla hemvistlandet och därmed riskerar ett fängelsestraff och barnet riskerar psykiska skada av att skiljas från bortföraren kan ett återlämnande nekas med hänvisning till artikel 13 1) b).[124]

I *MacMillan v. MacMillan* hade modern tagit barnet från Kanada till Skottland och det ansågs att barnet skulle lida psykiskt om det återfördes till Kanada utan modern. Fadern hade inte haft mycket kontakt med familjen och led av svåra psykiska problem och var alkoholist. Modern anförde att hon inte kunde resa till Kanada eftersom hon inte kunde finansiera resa, uppehälle och de kostnader en rättegång skulle medföra. Hon hävdade dessutom att vissa praktiska problem skulle uppstå såsom att hon skulle ha svårt att erhålla visum. Domstolen anförde ett visst tvivel angående hur allvarliga dessa problem var men valde ändå att godta hennes framställning och avslog faderns ansökan om överflyttning. Anledningen var att även om faderns hälsa förbättrats skulle barnet utsättas för risk om den försämrades. Dottern skulle i så fall vara endast i hans vård och det skulle inte finnas någon övervakning eller stöd. Domen har kritiserats eftersom vissa anser att man låtit modern manipulera konventionen.[125]

Detta innebär att det inte bara är barnets situation som är avgörande utan att även bortförarens situation spelar in. De situationer som kan bli aktuella är när domstolen anser att ett återlämnande innebär att barnet försätts i en sådan situation som avses i artikel 13. Det avgörande blir då förhållandet mellan barnet och den förälder som fört bort det och det vanligaste är då att bortföraren är den av föräldrarna som haft det huvudsakliga ansvaret för barnet innan bortförandet skedde. I de fall som kan bli aktuella handlar det dessutom oftast om mindre barn. Det måste också vara så att bortföraren inte har möjlighet att resa tillbaka och inte bara så att han motsätter sig det. Den sista situationen aktualiserar frågan i hur stor grad det faktum att bortföraren kan riskera straffrättsliga påföljder om han återvänder skall beaktas. Många av konventionsstaterna anser inte att denna aspekt har med bedömningen att göra.[126]

Det finns en kategori av psykisk skada som kan leda till att ett barn inte återlämnas men som inte direkt beror på den kvarvarande förälderns beteende utan på barnet reaktion. Det rör sig då om barn som är så små eller omogna att man inte beaktar deras vilja enligt artikel 13 2 st. I ett fall hade en lång lista presenterats med anklagelser mot fadern som inte hade tillbakavisats. Det fanns vittnen bl.a. till hur fadern hade agerat våldsamt i närheten av sonen och även riktat våld mot honom och terroriserat honom. Den fyraåriga sonen reagerade bl.a. med att agera aggressivt, drömma mardrömmar och kissa i sängen. Efter att modern flyttat till sina föräldrar med pojken slutade detta men kom tillbaka när han fick veta att han

---

[124] *Re G* (Abduction: Psychological Harm) [1995] 1 FLR 64 som refererat i Beaumont & McEleavy, 1999, s. 146-147.
[125] Fallet har refererats i Beaumont & McEleavy, 1999, s. 148.
[126] Kvisberg, T.E, 1994 s. 135.

riskerade att återsändas till Colorado. Domaren ansåg att de höga kraven i artikel 13 1) b) var uppfyllda p.g.a. pojkens reaktion på att återföras. Eftersom det inte handlade om ord utan om hans fysiska reaktion kunde modern inte ha manipulerat honom till det. I sådana situationer är det rimligt att man tar även ett litet barns känslor på allvar.[127]

Det riktas viss kritik mot det franska systemet eftersom många fall inte tas upp till prövning förrän efter flera år. I två fall hade det gått tre respektive fyra år efter bortförandet och mödrarna vägrade att återvända tillsammans med barnen. Eftersom barnen hade bott hos sin mor och inte talade språket eller kände igen det land varifrån de tagits ansåg domstolarna att det förelåg en allvarlig risk för att de skulle utsättas för psykisk skada om de skildes från modern.[128]

3.6.4 Barnets vilja

Artikel 13 2 st lyder:

”Den judiciella eller administrativa myndigheten kan också vägra att besluta om barnets återlämnande, om den finner att barnet motsätter sig att bli återlämnat och att barnet har uppnått en ålder och mognad vid vilken det är skäligt att ta hänsyn till dess åsikt.”

Enligt artikel 12 i Barnkonventionen har barn rätt att uttrycka sin vilja antingen direkt eller indirekt i rättsliga processer som påverkar det. Barnets åsikt bedöms sedan efter dess ålder och mognad. Anledningen till att man inte ”lyssnar” på små barns åsikter är att man inte anser att de har förmågan att forma sina egna åsikter och de är lättare att manipulera.[129]

I arbetet med konventionen kunde man inte enas om en gemensam ålder då barn skulle anses så mogna att deras vilja skulle respekteras. Lösningen blev istället att överlämna tillämpningen till de myndigheter som handlägger fallen.[130] I svensk rätt finns bestämmelsen i 6 kap 2 b § FB, som innebär att en domstol kan ta hänsyn till barns åsikt i frågor som rör vårdnad, umgänge och boende. Enligt svensk praxis tar man hänsyn till barn som fyllt tolv år, men även yngre barns vilja har beaktats om det funnits särskilda skäl. I det uppmärksammade Kimberley-fallet från Kammarrätten i Stockholm år 2000 hade tre barn olovligt förts från Sydafrika till Sverige av den svenska modern. Barnen hade bott större delen av sina liv i Sydafrika och var 15, 12 och 7 år gamla. Länsrätten ansåg att ett återförande av det äldsta barnet inte var aktuellt p.g.a. hans egen inställning till det men beslutade att de två yngsta barnen skulle återsändas. Kammarrätten ändrade på så vis att de ansåg att även mellanpojken skulle få stanna i Sverige men den sjuåriga

[127] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 150-151.
[128] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 148-149.
[129] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 177-180.
[130] Pérez Vera-rapporten s. 433 p. 30.

dottern Kimberley skulle återsändas till Sydafrika. Hennes åsikt kunde inte hindra ett återlämnande p.g.a. hennes låga ålder. Den tolvåriga pojken fick stanna med hänvisning till 21 kap 5 § FB som innebär att verkställighet inte får ske mot barnets vilja om det fyllt tolv år utom när det strider mot barnets bästa.[131] Enligt Haagkonventionen har domstolen sista ordet, men 21 kap 5 § FB lägger en skyldighet på domstolen att inte besluta om verkställighet mot barnets vilja. Den betydelse som barns åsikt har enligt Barnkonventionen bör också beaktas eftersom den fått så gott som universellt erkännande. Alla länder, med undantag för USA, som ratificerat Haagkonventionen har även ratificerat Barnkonventionen.

Praxis från andra länder visar att en ålder på tolv är en bra riktlinje, även om det inte är en absolut gräns utan en bedömning sker i varje fall. I ett fall nekades en överflyttning av ett syskonpar på sju och nio år p.g.a. att de själva ville stanna. När det gäller sjuåringen så fick han stanna eftersom hans syskon ville det, annars har nio år setts som en lägsta gräns.[132]

3.6.5 En överflyttning strider mot grundläggande principer

Artikel 20 lyder:

”Återlämnandet av barnet enligt bestämmelsen i artikel 12 kan vägras, om det inte i den anmodade staten skulle vara tillåtet enligt de grundläggande principerna om skyddet för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.”

Denna regel tar sikte på de principer som har antagits av domstolslandet antingen genom internationell rätt eller nationell lagstiftning. För att neka ett återlämnande skall en överflyttning inte vara tillåten enligt de grundläggande principerna i staten, men tillämpningen får inte vara diskriminerande.[133]

Frågan har ställts om inte en situation som faller inom denna artikel också innebär att situationen skulle falla inom artikel 13 1) b). Det är också anledningen till att varken Finland eller Storbritannien har inkluderat denna bestämmelse i sin implementerande lagstiftning.[134] För Sveriges del återfinns bestämmelsen i 12 § 4 p verkställighetslagen.

Några exempel på situationer som skulle kunna hamna under artikel 20 är krig eller revolution som tidigare i f.d. Jugoslavien eller om det rättsliga systemet radikalt ändras som i Nazityskland. Det räcker inte att hänvisa till ett rättsligt system som inte ändrats sedan ratificeringen.[135] I ett beslut av

---

[131] Länsrätten mål nr 7962-00, Kammarrätten mål nr 3545-00.
[132] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 150-151, 186-187, 192.
[133] Pérez Vera-rapporten s. 462 p.118.
[134] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 173.
[135] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 174-175.

Kammarrätten i Jönköping uttalades att Belgien är ett sådant land att en diskussion om en tillämpning av artikel 20 inte är aktuell.[136]

3.6.6 Krav på process i det land dit barn återlämnas

Konventionen spelar en viss roll även efter att ett återlämnande av ett barn har skett. Själva konventionen säger inget om detta men det är underförstått från arbetet med utformningen av den och Pérez Vera-rapporten att en process normalt sett skall startas för att avgöra barnets framtid. Här kan frågor tas upp som rör var barnet skall bo och hur mycket kontakt som det skall ha med bortföraren. Det är också viktigt att domstolen, i aktuella fall, utreder relevansen bakom ett påstående om missförhållanden enligt artikel 13 1) b). En stat kan välja att besluta om återlämnande av ett barn trots att de anser att barnet kommer att hamna i någon av de situationer som räknas upp i denna artikel. I dessa situationer är det tydligt att domstolen litar på att en juridisk process kommer startas i det land dit barnet skickas. I de fall det finns bevis för att en rättegång inte kommer att hållas så är det en stark anledning till att hindra ett återlämnande av barnet, i annat fall är risken stor att barnet hamnar i en icke godtagbar situation. Så skedde t.ex. i *Cameron v. Cameron* från Skottland där domaren redan hade beslutat om ett återlämnande av barnen till fadern i Frankrike. Beslutet återkallades efter att en fransk domstol avvisat faderns ansökan om en prövning av vårdnadsfrågan. Detta motiverades med att det inte ansågs vara rättfärdigat att flytta barnen till Frankrike när deras framtid inte skulle avgöras av en juridisk process.[137]

En svårighet med detta är att säkerställa att en rättegång faktiskt sker i det andra landet och att det sker så snabbt som möjligt samt att barnet inte far illa under tiden.[138]

3.7 Rätt till umgänge

Konventionen ger även rätten till umgänge ett visst skydd men man har valt att lägga den i en annan kategori än rätten till vårdnad, där vårdnadsrätten skyddas mest.[139] Enligt Barnkonventionen har barn som inte bor tillsammans med båda sina föräldrar rätt att upprätthålla en personlig kontakt med den förälder det inte bor med. Eftersom de flesta länder har ratificerat Barnkonventionen har de en skyldighet att värna om umgängesrätten enligt båda konventionerna så länge det är förenligt med barnets bästa.[140]

---

[136] Jänterä-Jareborg, M, SvJT 2000 s. 886.
[137] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 34.
[138] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 34.
[139] Pérez Vera-rapporten s. 445 p. 65, 465.
[140] Artikel 9 Barnkonventionen.

Rätten till umgänge definieras i artikel 5 som ”*rätten att för en begränsad tid ta barnet till en annan plats än den där barnet har sitt hemvist*”. Läser man det tillsammans med artikel 3 framgår det att det inte är fråga om ett olovligt bortförande om en person tar barnet utomlands i strid med någons möjlighet att utöva umgängesrätt. Det krävs ett brott mot någons rätt till vårdnad.

Huvudregeln kan sägas vara att en förälder inte kan ansöka om överflyttning av ett barn p.g.a. att bortförandet strider mot dennes rätt till umgänge. I praxis finns dock rättsfall där domstolarna valt att besluta om återlämnande av barn trots att den som ansöker endast hade umgängesrätt. Detta har bl.a. berott på att man tolkat begreppet vårdnad så att även umgängesrätt fallit inom begreppet. Ett annat fall är när föräldrarna haft gemensam vårdnad men den som ansöker endast vill ha ett effektivt skydd för att utöva umgängesrätt. Det den ansökande vill är att barnet skall komma tillbaka och att ett umgänge skall kunna utövas. En situation som kan uppkomma är att t.ex. fadern endast träffar barnet en gång i veckan men ändå har rätt att hindra att barnet förs ut ur landet. Han kan då ansöka om ett återlämnande av barnet efter ett olovligt bortförande eftersom han anses ha vårdnad enligt artikel 5. Det avgörande är den faktiska situationen och inte vad som kommer att bli beslutat i en senare vårdnadsdom. Därför innebär den sista situationen att barnet kan återlämnas trots att personen inte kommer att söka vårdnad i en kommande tvist.[141]

Artikel 21 reglerar rätten till umgänge och då avses den umgängesrätt som faller utanför den utvidgade definition av vårdnad som jag nämnt ovan.[142] I praktiken går det till så att en ansökan om åtgärder för att säkerställa att rätten till umgänge kan utövas ges in till centralmyndigheten på samma sätt som en ansökan om återställande av vårdnad. Centralmyndigheten har till uppgift att arbeta för att umgängesrätten kan utövas under lugna former och att de villkor som uppställs i umgängesrätten uppfylls. Myndigheten kan även ta initiativ eller bistå i förfarandet med att organisera eller skydda umgängesrätten. Artikeln bygger därmed på att centralmyndigheterna i de fördragsslutande staterna samarbetar.[143] Samarbetet mellan myndigheterna innebär en garanti för vårdnadshavare att utövande av umgängesrätt inte skall skada rätten till vårdnad. Att rätten till umgänge kan utövas på ett effektivt sätt beror i slutändan mer på parternas goda vilja än av formella regler.[144]

I vissa fall har umgängesrätt uppstått efter att barnet förts bort, vilket ändå faller inom konventionens tillämpningsområde enligt artikel 21. Detta kan vara av praktisk betydelse för en ogift far som inte har någon vårdnad enligt lagen men som efter bortförandet fått umgängesrätt.

---

[141] Kvisberg, T.E, 1994 s. 159, Beaumont & McEleavy, 1999, s. 213.
[142] Kvisberg, T.E, 1994 s. 161.
[143] Artikel 21 Haagkonventionen.
[144] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 210-211.

En annan situation som kan uppkomma är när ett återlämnande nekas. Detta innebär inte enbart att vårdnadsrätten inte återställs. Det kan innebära att rätten till umgänge stärks trots att återlämnandet nekas.[145]

Artikel 21 har ett vidare tillämpningsområde eftersom den inte ställer något krav på att ett olovligt bortförande skall ha skett. Det räcker att barnet hade hemvist i någon av de kontraktsslutande staterna före det att umgängesrätten hindrades. Tyvärr innehåller inte artikel 21 några skyldigheter för domstolarna och därmed inte heller några juridiskt verkställbara rättigheter.[146]

3.8 Centralmyndighetens uppgifter

Konventionsstaterna skall vidta alla lämpliga åtgärder för att uppnå syftet med konventionen och skall utse en centralmyndighet som fullgör dessa skyldigheter och i praktiken vidtar nödvändiga åtgärder. För Sveriges del är denna myndighet utrikesdepartementet (UD) vars främsta uppgift inom Haagkonventionen är att ta emot och förmedla ansökningar om återlämnade av barn. De skall även främja samarbete med andra svenska myndigheter som är berörda och andra konventionsstater. Dessa ärenden skall alltid handläggas skyndsamt för att säkerställa att återföranden av barn sker så snabbt som möjligt. (Det finns en tidsgräns på 6 veckor i artikel 11.)

I praktiken blir det UD:s uppgift att utreda var ett olovligt bortfört barn befinner sig och försöka få till stånd ett frivilligt återlämnande eller en uppgörelse i godo. De skall även utbyta upplysningar om barnets sociala bakgrund och ge information om den svenska verkställighetslagen. Vidare skall UD vidta de åtgärder som finns tillgängliga för att underlätta för att umgänge verkligen kan utövas och arbeta för att barn kan återlämnas välbehållna. Den sistnämnda uppgiften tillsammans med att säkerställa att barn blir återlämnade så snabbt som möjligt är de uppgifter som är viktigast för centralmyndigheten.[147]

De personer som ansöker om återlämnande av barn kan få hjälp av centralmyndigheten, men det är inget krav. Ibland kan det innebära förseningar att kommunicera genom en centralmyndighet, men det är ofta en fördel att ta hjälp av den. Man har rätt att vända sig till vilken centralmyndighet som helst.[148]

---

[145] Kvisberg, T.E, 1994 s. 161.
[146] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 212-213.
[147] Anton, A.E, 1981, s. 548, artikel 10 Haagkonventionen.
[148] Anton, A.E, 1981, s. 547.

Enligt artikel 27 har centralmyndigheten ingen skyldighet att ta emot en ansökan om det är uppenbart att villkoren i konventionen inte är uppfyllda eller att ansökan av annat skäl är ogrundad.[149]

3.9 Förhållande till andra konventioner

Enligt artikel 34 har Haagkonventionen företräde framför konventionen av den 5 oktober 1961 om myndigheters behörighet och tillämplig lag i frågor till skydd för underåriga när det gäller parter som båda är bundna av dessa konventioner. I övrigt skall konventionen inte inkräkta på tillämpningen av internationella fördrag mellan staterna eller annan lag som införts i syfte att få tillbaka ett barn som olovligt förts bort eller hållits kvar eller som säkrar utövande av umgänge.[150]

När Haagkonventionen och Europarådskonventionen inte är förenliga har Haagkonventionen företräde.[151]

3.10 Pågående arbete

Den permanenta byrån i Haag har utvecklat ett projekt för internationell samverkan och skydd för barn (The Hague Project for International Co-operation and the Protection of Children). Syftet är att göra information om konventionen mer lättillgänglig och få en mer uniform tillämpning av konventionen. Detta skall bl.a. ske genom etablerande av en databas, INCADAT, som innehåller rättsliga beslut under Haagkonventionen från olika medlemsstater. Dessa skall göras tillgängliga kostnadsfritt genom www.incadat.com.

De skall även utveckla program för att utbilda personal vid centralmyndigheterna och andra myndigheter som har ansvar under Haagkonventionen och anordna möten för att få domare mer bekanta med konventionen etc.[152]

---

[149] Under 1997 avvisades 5 % av de ansökningar som kom in i England. I USA avvisades mindre än 1 % under 1996 och inga ansökningar avvisades i Frankrike. (Beaumont & McEleavy, 1999, s. 244).
[150] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 216.
[151] Walin, 1996, s. 651.
[152] http://www.hcch.net/e/conventions/project.html.

4 1996 års Haagkonvention

Haagkonventionen om behörighet, tillämplig lag, erkännande, verkställighet samt samarbete i fråga om föräldraansvar och åtgärder till skydd för barn skall ses som en fortsättning och komplettering till 1980 års Haagkonvention. 1996 års Haagkonvention omfattar även åtgärder till skydd för barn och tillämpas på barn under arton år. Konventionen antogs den 19 oktober 1996 och Sverige var en av de femtio stater som skrev under, men konventionen har ännu inte trätt ikraft. Enligt preambeln skall Barnkonventionen beaktas vid tillämpningen.[153]

1996 års konvention får betydelse främst på två sätt. Det första är att den innehåller tvingande regler om myndigheters behörighet att ta upp t.ex. vårdnadsfrågor och att myndigheters beslut skall erkännas och verkställas i de andra konventionsstaterna. Avsikten med detta är att förhindra ”forum shopping” i vårdnadsmål, vilket har ansetts vara en brist i Haagkonventionen eftersom den enbart reglerar själva överflyttningen av barn.

Det andra innebär att när en domstol beslutar att ett barn inte skall överflyttas har domstolen i den förra hemviststaten ändå exklusiv behörighet i vårdnadsfrågan i ett år. Det beslut som sedan fattas i hemviststaten skall respekteras av den stat där barnet nu är bosatt. Denna bestämmelse i artikel 7 kom till för att undvika att artikel 13 b) i Haagkonventionen av 1980 missbrukas genom att barn inte återlämnas utan att det finns goda grunder för det. 1996 års konvention reglerar även erkännande av vårdnad omedelbart på grund av lag, dvs. de fall där det inte finns något beslut om vårdnad. [154]

Enligt 1996 års konvention kan hemvist ändras under vissa förutsättningar trots att ett barn olovligt förts bort och därmed får myndigheterna i det landet domsrätt. Det första är när parterna samtyckt till det och det andra när barnet haft hemvist i landet i minst ett år och den kvarvarande förälder haft vetskap om det men ändå inte ansökt om överflyttning och barnet funnit sig väl tillrätta.[155]

Konventionen skall inte påverka tillämpningen av 1980 års Haagkonvention mellan de stater som ratificerat båda. Uppstår en konflikt mellan dem skall 1980 års konvention ha företräde. Det innebär att man prioriterar återförande av barn och tvisten får avgöras senare. Om det i ett enskilt fall skulle vara mer förmånligt att använda reglerna i 1996 års konvention för att

[153] SOU 1997:116 Barn-Familj-Samhälle s. 240-241.
[154] SOU 1997:116, s. 240-241.
[155] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 218-220.

få ett barn återlämnat får den tillämpas istället. Konventionen kan även bli viktig när det gäller utövande av umgängesrätten över gränserna.[156]

Konventionen har inte trätt ikraft ännu och Sverige har inte ratificerat den.

[156] Jänterä-Jareborg, M, *Olovliga bortföranden av barn och Haagkonventionerna,* De Lege, Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok, Årgång 7 1997, s. 259 f.

5 Kritik mot Sveriges tillämpning av Haagkonventionen

5.1 Inledning

Det har framförts viss kritik mot Sveriges sätt att tillämpa Haagkonventionen från 1980 främst från USA, men även från Belgien och i vissa frågor från EU. Kritiken från EU rör tillämpningen av konventionen i förhållande till länder som inte tillträtt Haagkonventionen. Det har ansetts att Sverige inte följer internationell praxis när konventionen inte tillämpas i förhållande till dessa länder. Den belgiska kritiken rör i princip samma sak som den amerikanska.

I mer officiella expertmöten har Sverige dock inte fått någon allvarlig kritik. Det anordnas specialkommissionsmöten varje år av Haagkonferensen för internationell privaträtt för att undanröja svårigheter vid tillämpningen av konventionen och underlätta en enhetlig tillämpning. Vid 1997 års möte diskuterades RÅ 1996 ref. 52, som kritiserats av USA, men de flesta delegater fann ingen anledning att kritisera domslutet.[157]

5.2 Kritik från USA

5.2.1 Rapport 1[158]

Två rapporter har presenterats för den amerikanska kongressen angående hur Haagkonventionen efterföljs där vissa länder, bl.a. Sverige[159], får kritik för tillämpningen av konventionen. Den första rapporten presenterades 1999 och identifierar vissa länder som anses bryta mot förpliktelserna i konventionen. Kritiken mot Sverige bygger främst på Regeringsrättens beslut i RÅ 1996 ref. 52 (Amanda). Det ansågs att Regeringsrätten skulle respekterat den amerikanska vårdnadsdomen, där även avtalet mellan föräldrarna som reglerade vårdnaden fastslogs. Avtalet innebar att den domstol i Virginia som fastslog avtalet skulle utgöra rätt forum för framtida tvister. Regeringsrätten ansåg att frågan om ett barns hemvist inte var något

[157] Jänterä-Jareborg, M, SvJT 2000 s. 879.
[158] Report on compliance with the Hague Convention on the civil aspects of international child abduction (response to section 2803 of Public Law 105-277) (nr 1).
[159] De länder som kritiseras är: Honduras, Mauritius, Mexiko, Sverige och Österrike. Report on compliance with the Hague Convention on the civil aspects of international child abduction (response to section 2803 of Public Law 105-277) (nr 1).

man kunde avtala om i förtid och kom istället fram till att flickan hade förvärvat hemvist i Sverige.

Redan under processen reagerade den amerikanska ambassaden och skickade en skrivelse till UD som skickades vidare till domstolen. Regeringsrätten läste den men tog inte med den i bedömningen bl.a. eftersom ingen av parterna åberopade den.[160] Domen fick senare de amerikanska myndigheterna att uppmana den svenska regeringen att korrigera domen.[161] Det amerikanska utrikesdepartementet anser att det är ett brott mot Haagkonventionens syfte att inte erkänna USA som Amandas hemvist. De anser att hennes hemvist var USA vid tidpunkten för vårdnadstvistens uppkomst.[162]

Rapporten innehåller även kritik mot Sveriges tillämpning av artikel 7. Artikeln innebär att centralmyndigheten i respektive land skall vidta alla lämpliga åtgärder för att lokalisera barn som olovligt förts till dess stat. De ansåg att problemet i de skandinaviska länderna berodde på brister i samverkan mellan myndigheter inom länderna och att information ofta inte delas mellan de sociala myndigheterna och centralmyndigheten. De hänvisar här till fallet med Gabriel, där den amerikanska modern gifte om sig med en svensk man och tog sonen Gabriel hit. Svensk domstol ålade den amerikanska fadern att bevisa att barnet och modern befann sig i Sverige, men det visade sig senare att de fått skyddade identiteter här. Länsrätten beslutade senare att pojken skulle överlämnas till fadern genom polishämtning, men de svenska myndigheterna lyckades inte hitta Gabriel. Det amerikanska utrikesdepartementet skickade en diplomatisk skrivelse till den svenska utrikesministern i juli 1998 för att protestera mot att Sverige, enligt deras uppfattning, inte följde artikel 7. De uppmanade även Sverige att omedelbart återställa läget.[163] Fallet har löst sig nu, efter tre år, då Gabriel och modern hittats i Skottland där en domstol beslutat att återsända sonen till fadern.[164]

Enligt kanslirådet Agneta Lundvall på UD har fadern fått all den hjälp han kan få och hon anser inte att det gjorts några fel från svensk sida.[165]

Ett annat problem som uppmärksammades i rapporten var verkställighet av domar. De anför att det inte alltid finns mekanismer för att verkställa domar angående återförande av barn t.ex. straffas inte alltid den som inte följer en

---

[160] von Hofsten, C, *Svensk vårdnadsdom upprör USA. Regeringsrätten kränker Haagkonventionen om bortförda barn, hävdar amerikanska ambassaden,* Svenska Dagbladet 96-07-08.
[161] von Hofsten, C, *Hanteringen av vårdnadstvister synas,* Sydsvenskan 00-06-17.
[162] http://travel.state.gov/2000_Hague_Compliance_Report.html Report on compliance with the Hague Convention on the civil aspects of international child abduction (nr 2).
[163] Report on compliance with the Hague Convention on the civil aspects of international child abduction (response to section 2803 of Public Law 105-277) (nr 1).
[164] von Hofsten, C, *Hanteringen av vårdnadstvister synas,* Sydsvenskan 00-06-17. [Congressional Record: May 23, 2000 (House)].
[165] von Hofsten, C, *Sjuåring från USA göms i Sverige,* Svenska Dagbladet 98-11-11. Ytterligare fall har kritiserats.

dom om överflyttning eller så döms endast ett lågt vite ut. I vissa fall tvingas den person som ansöker om att få tillbaka sitt barn att anlita en advokat för att få en dom verkställd.[166]

Mary A. Ryan[167] har också uttalat sig kritiskt om hur Haagkonventionen efterlevs och Sveriges tillämpning. Hon anser att Sverige misslyckats med att lokalisera barn som olovligt förts hit eller som kvarhålls här t.ex. i fallet Gabriel. Hon anser vidare att svenska domstolar har gjort det möjligt för Amandas mamma att inte uppfylla sin del av föräldrarnas vårdnadsavtal efter att fadern tillåtit modern att ta henne till Sverige. Hon anser dessutom att det svenska systemet hindrar Amandas far från att utöva umgänge i rimlig omfattning med hänvisning till risken för att fadern tar henne till USA.[168]

5.2.2 Rapport 2[169]

Den första rapporten presenterades 1999 och år 2000 presenterades en ny rapport om Haagkonventionens efterlevnad för den amerikanska kongressen. Även denna syftar till att identifiera vissa områden och fall där stater inte har uppfyllt sina förpliktelser enligt konventionen eller där konventionen inte har lett till ett tillfredsställande resultat. Det amerikanska utrikesdepartementet har slagit fast vissa kriterier som de använder för att värdera staters tillämpning av konventionen. Dessa är förekomst och praktisk tillämpning av implementerande lagstiftning, centralmyndighetens agerande, rättsligt utförande och verkställighet av domar.

I denna andra rapport har de stater som tillträtt Haagkonventionen delats in i olika grupper, ”non-compliant”, ”not fully compliant” och länder av ”concern”. I den första rapporten ansågs Sverige vara ”non-compliant” medan man nu anser att Sverige förbättrat sig på flera punkter och hamnar därför i gruppen ”not fully compliant”. Man anser att framsteg har gjorts med att lösa fall och återföra barn och att svenska UD har blivit mer samarbetsvilligt. Trots detta kritiseras inställningen hos svenska myndigheter till att agera snabbt för att lokalisera barn och verkställa domar angående överflyttning och umgänge i enlighet med Haagkonventionen.

I fallet med Amanda har fadern fått rätt till umgänge med dottern men modern vägrar fortfarande samarbeta. Bl.a. med hänvisning till det anses att det saknas effektiva åtgärder i Sverige för att utdöma och verkställa umgängesdomar. De anser att detta förvärrar situationen för den förälder barnet förts bort ifrån när ett beslut fattats om att inte återsända barnet.

---

[166] Report on compliance with the Hague Convention on the civil aspects of international child abduction (response to section 2803 of Public Law 105-277) (nr 1).
[167] Assistant secretary of consular affairs, United states Department of State.
[168] Report on compliance with the Hague Convention on the civil aspects of international child abduction (response to section 2803 of Public Law 105-277) (nr 1).
[169] http://travel.state.gov/2000_Hague_Compliance_Report.html Report on compliance with the Hague Convention on the civil aspects of international child abduction (nr 2).

Vidare anförs att svenska domstolar är ovilliga att ens överväga utövande av umgängesrätt i USA. Detta trots att de amerikanska myndigheterna anser att de kan, på ett juridiskt sätt, säkra återförande av barnet efter umgänget. De påpekar avsaknaden av straffrättsliga åtgärder mot den förälder som inte följer ett domstolsbeslut. De anser att det innebär att en förälder som fört bort sitt barn effektivt kan strunta i en dom.[170]

Sammanfattningsvis består den amerikanska kritiken av att de anser att Sverige misslyckats med att utdöma och verkställa umgängesrättsdomar och att det saknas effektiva sanktioner mot föräldrar som inte följer domstolsbeslut. De tar även upp vissa fall där de anser att amerikanska domar inte respekterats av svenska domstolar, vilket speciellt gäller fall där föräldrarna kommit överens om att amerikansk domsrätt skall föreligga.

[170] Jfr. vite och polishämtning.

5.2.2 Resolution 293

Den 6 juni år 2000 utfärdades en amerikansk resolution (S. Con. Res. 293) som uppmanar alla länder att följa sina åtaganden enligt Haagkonventionen. Den innehåller en speciell uppmaning till de länder som anses konsekvent bryta mot sina skyldigheter att fullt ut följa konventionens anda och ordalydelse. Dessa länder är Honduras, Mexico, Tyskland, Sverige och Österrike.[171]

Staterna uppmanades att införa implementerande lagstiftning och att utbilda domare, verkställande myndigheter och centralmyndigheter om Haagkonventionen. Medlemsstaterna manades även att upplysa om svårigheterna med internationella bortföranden och behovet av ett snabbt agerande när en förälder ansöker om hjälp i ett överflyttningsärende. Det påminns även om skyldigheten att återlämna barn till den stat där det senast hade hemvist utan att avgöra själva vårdnadstvisten. Staterna uppmanas även att avskaffa hinder för utövande av umgängesrätten.[172]

Anledningen till att resolutionen arbetats fram är att de anser att vissa stater använder sig av undantagsregeln i artikel 13 rutinmässigt och misslyckats med att utdöma och verkställa domar om umgänge och att implementera Haagkonventionen fullt ut. Detta gör att det ömsesidiga förtroende som är en del av andan i Haagkonventionen missbrukas och att konventionen inte fungerar som tänkt.[173]

Om USA vill driva igenom sin uppfattning om Sveriges tillämpning av Haagkonventionen kan de genomföra sitt hot om att inte skriva under ett färdigförhandlat avtal om inbördes rättshjälp. De kan även upphöra med indrivande av underhåll enligt svenska avgöranden.[174]

Efter den amerikanska kritiken beslutade man att se över systemet i samarbete med utrikesdepartementet. Johan Montelius, kansliråd på UD, anser att det inte finns något fog för kritiken. Han medger samtidigt att det inte finns några uppgifter om hur många barn som faktiskt återsänds efter att svensk domstol beslutat att så skall ske. Angående kritiken om att Sverige inte gör tillräckligt för att lokalisera barn så rörde det sig om två fall som båda nu har löst sig.[175] Han hänvisar till att fallen är komplicerade men säger att föräldrar inte kan gömma sig i Sverige med bortrövade barn. Han påpekar också att svenska domstolar är självständiga och att UD inte kan lägga sig i hur de dömer.[176]

---

[171] Olika länder finns med i olika uppräkningar men Sverige finns med i alla.
[172] [Congressional Record: May 23, 2000 (House)].
[173] [Congressional Record: May 23, 2000 (House)].
[174] Jänterä-Jareborg, M, SvJT 2000 s. 874.
[175] von Hofsten, C, *Hanteringen av vårdnadstvister synas*, Sydsvenskan 2000-06-17
[176] Jacobsson, C, *USA kritiserar svensk rätt*, DN 00-05-25.

Även Maarit Jänterä-Jareborg avfärdar kritiken i det stora hela men anser att det finns orsak att kritisera handläggningstiderna i domstolarna. Hon tar även upp svenska domstolars benägenhet att göra en mer ingående prövning av vägransgrunderna än vad som avsetts i konventionen.[177]

[177] Jänterä-Jareborg, M, SvJT 2000 s. 897.

6 Europarådskonventionen

6.1 Syfte

Europarådskonventionen den 20 maj 1980 om erkännande och verkställighet av avgöranden rörande vårdnad om barn samt om återställande av vård av barn trädde ikraft för Sverige den 1 juli 1989 och gäller i förhållande till de 24 stater som ratificerat den.[178] Syftet med konventionen är, precis som i Haagkonventionen, att försöka komma till rätta med de problem som uppstår när barn olovligen förs bort. Europarådskonventionen har dock en mer traditionell inriktning eftersom den reglerar förutsättningarna för erkännande och verkställighet av avgöranden som har meddelats i andra konventionsstater.[179] Konventionen syftar även till att återställa vårdnaden av barn som olovligt förts bort.

I preambeln betonas vikten av att barnets bästa får styra i avgöranden som rör barn. De skriver att ett säkerställande av att avgöranden rörande vårdnad om barn blir mer allmänt erkända och verkställda innebär ett större skydd för barnets bästa.

6.2 Konventionens innehåll

Konventionen tillämpas på barn under sexton år men till skillnad från Haagkonventionen undantas barn som själva har rätt att bestämma var de skall bo. Den lag som tillämpas på frågan är lagen i det land barnet har hemvist i eller är medborgare enligt mottagarstatens interna rätt.[180]

Ett beslut om vårdnad som meddelats i en stat skall erkännas och verkställas enligt huvudregeln i artikel 7 som lyder:

”Ett avgörande rörande vårdnaden som har meddelats i en fördragsslutande stat skall erkännas och, om det är verkställbart i ursprungsstaten, verkställas i varje annan fördragsslutande stat.”

När det gäller definitionen på ”avgörande rörande vårdnad” så avses en myndighets avgörande i den del det hänför sig till vården av barnet, och då speciellt rätten att bestämma var barnet skall bo, eller rätten till umgänge.[181]

---

[178] http://conventions.coe.int/treaty/EN/cadreprincipal.htm. Här framgår vilka stater som ratificerat eller bara skrivit under.
[179] Prop. 1988/89:8 s. 10, artikel 7 ff. Europarådskonventionen.
[180] Artikel 1 a) Europarådskonventionen.
[181] Artikel 1 c) Europarådskonventionen. Med ”myndighet” avses både administrativa och rättsliga myndigheter.

Ett bortförande anses olovligt när det sker över en statsgräns och strider mot ett verkställbart vårdnadsavgörande i en fördragsslutande stat. Det innefattar även underlåtenhet att återlämna barnet efter en vistelse. Även om det inte fanns något avgörande i vårdnadsfrågan vid tidpunkten för bortförandet så är bortförandet olovligt om ett vårdnadsavgörande meddelas i efterhand i en fördragsslutande stat. Avgörandet skall då innehålla en förklaring om att bortförandet var olovligt.[182]

Under vissa förutsättningar skall ett barn automatiskt återlämnas när ett olovligt bortförande skett. Enligt artikel 8 1) skall det ske då barnet och dess föräldrar var medborgare endast i den staten och barnet hade hemvist där. Den tidpunkt som räknas är då talan väcktes eller då bortförandet ägde rum om det var tidigare. Dessutom måste ansökan om återställande av vårdnaden komma in till centralmyndigheten inom sex månader från det att det olovliga bortförandet ägde rum. Ett problem är att i fall där olovliga bortföranden sker så har ofta inte hela familjen samma nationalitet.[183]

6.3 Undantagsmöjligheter

Huvudregeln är att utländska domar skall erkännas och verkställas, men det finns möjligheter att göra undantag enligt artikel 9 och 10 i konventionen. Enligt artikel 9 kan erkännande och verkställighet nekas när avgörandet har meddelats utan att svaranden, eller dennes ombud, varit närvarande och inte heller har delgivits på rätt sätt i tid. Det räknas dock inte om svaranden hemlighållit sin uppehållsort för den som väckt talan. Det kan också nekas när svaranden eller dennes ombud inte varit närvarande vid avgörandet samt myndigheten grundat sin behörighet på andra grunder än svarandens eller barnets hemvist eller det hemvist som senast var föräldrarnas gemensamma och som minst en av föräldrarna fortfarande har. Enligt artikel 9 c) kan nekande även ske när avgörandet inte är förenligt med ett tidigare avgörande rörande vårdnad som var verkställbart i mottagarstaten innan barnet fördes bort. Det sista gäller dock inte om barnet haft sitt hemvist i den sökande staten i ett år innan det fördes bort. En ansökan kan dessutom avslås om den inkommit efter att tidsgränsen på sex månader gått ut.

Artikel 10 innehåller några ytterligare grunder för att vägra erkänna eller verkställa ett avgörande i en annan konventionsstat. Det är bl.a. om det är uppenbart oförenligt med de grundläggande principerna i mottagarstatens lagstiftning om familj och barn eller att det p.g.a. ändrade förhållanden är oförenligt med barnets bästa. Vidare kan nekande ske om barnet var medborgare i mottagarstaten eller hade hemvist där och inte har någon anknytning till ursprungsstaten eller var medborgare i båda staterna men hade hemvist i mottagarstaten. Den sista grunden är att avgörandet är oförenligt med en dom som meddelats eller är verkställbar i den stat där erkännande eller verkställighet söks. De regler som anknyter till

[182] Artikel 1 d), 12 Europarådskonventionen.
[183] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 223-224.

medborgarskapet skiljer sig från Haagkonventionen, där det endast är barnets hemvist som har betydelse. Det finns även en möjlighet enligt artikel 10 att skjuta upp förfarandet för erkännande eller verkställighet.

6.4 Umgängesrätten

Europarådskonventionen har främst fått betydelse när det gäller umgängesrätten. Umgängesrätten har endast ett svagt skydd i Haagkonventionen men enligt Europarådskonventionen skall även domar om umgänge erkännas och verkställas under samma förutsättningar som vårdnadsdomar.

Rätten till umgänge nämns i preambeln och i artikel 1 och 11 i konventionen. Som nämnts ovan omfattar ett ”avgörande rörande vårdnad” även avgöranden som hänför sig till umgängesrätten. Av artikel 11 framgår att ett avgörande som rör rätten till umgänge skall erkännas och verkställas på samma sätt som vårdnadsavgöranden. Det finns en möjlighet för myndigheterna i mottagarstaten att ställa upp villkor för utövande av umgängesrätt.[184]

6.5 Reservationsmöjligheter

Europarådskonventionen innehåller reservationsmöjligheter i artikel 17 och 18. Den första handlar om en reservation mot grunderna för att vägra erkännande eller verkställighet. Det ansågs att möjligheten till reservation var nödvändig för att Sverige skulle ansluta sig till konventionen av hänsyn till barnets bästa.[185] Det innebär i praktiken att barn som förts till Sverige inte behöver återsändas utan att man har gjort en viss prövning av vårdnadsfrågan. P.g.a. regeln i artikel 17 2) har andra stater ingen skyldighet att återsända barn till Sverige utan att göra en motsvarande prövning av frågan innan de beslutar om återlämnande.[186]

Det finns även en möjlighet att reservera sig mot den bestämmelse som medger att ett i efterhand meddelat avgörande som säger att ett bortförande var olovligt skall erkännas och verkställas. Sverige har valt att inte utnyttja den möjligheten.[187]

6.6 Jämförelse med Haagkonventionen

I praktiken får konventionerna ungefär samma resultat men här skall vissa skillnader tas upp.

---

[184] Beaumont & McEleavy, 1999, s. 223-224.
[185] Ds Ju 1986:7 s. 38, 50-51, prop. 1988/89:8 s. 19, R.L. Jones, *Council of Europe Convention on Recognition and Enforcement of Decisions relating to the Custody of Children*, The International and comparative law quartely 1981, s. 472.
[186] Bogdan, M, *Något om gränsöverskridande barnkidnappningar*, 1991.
[187] Prop. 1988/89:8 s. 27.

En skillnad som redan nämnts är att barnets medborgarskap spelar viss roll i Europarådskonventionen medan endast barnets hemvist har betydelse i Haagkonventionen. En annan skillnad är att man valt att ge umgängesrätten samma status i Europarådskonventionen som rätten till vårdnad. Europarådskonventionen är dessutom tillämplig även i fall där inget avgörande förelåg vid tidpunkten för bortförandet, även om det finns en möjlighet att reservera sig mot denna bestämmelse. Haagkonventionen är däremot inte tillämplig när rätten till vårdnad uppstår efter att barnet förts bort.

När domstolen utreder om de skall använda sig av möjligheten att vägra erkännande eller verkställighet enligt artikel 10 1) b) skall de, enligt artikel 15, undersöka barnets uppfattning i saken så långt det är möjligt. Någon motsvarande regel finns inte i Haagkonventionen. Europarådskonventionen innehåller dessutom möjligheter att reservera sig mot grunderna för att vägra erkännande och verkställighet som inte motsvaras i Haagkonventionen.

Artikel 19 och 20 i Europarådskonventionen innebär att den konventionen inte utesluter möjligheten att åberopa något annat internationellt fördrag. Konventionen påverkar inte heller de åligganden som en fördragsslutande stat har mot en icke-fördragsslutande stat. Om två eller flera stater har skapat ett system mellan sig har de rätt att använda det istället om de anmäler det till Europarådets generalsekreterare. Av artikel 34 i Haagkonventionen framgår att den inte skall inkräkta på tillämpningen av andra internationella instrument som gäller mellan staterna och som syftar till återlämnande av barn eller utövande av umgängesrätt.

Jag vill sist nämna en aspekt där Europarådskonventionen fyller en lucka i Haagkonventionen, vilket gäller barn till ogifta mödrar. I dessa fall är modern ensam vårdnadshavare tills dess att fadern har skrivit på papper om faderskap etc. Om modern tar barnet utomlands har fadern ingen möjlighet att få barnet tillbaka till Sverige enligt Haagkonventionen eftersom han inte har någon rätt till vårdnad. I dessa fall får han ansöka om enskild eller gemensam vårdnad och försöka få till stånd en verkställighet av domen enligt Europarådskonventionen.

7 Verkställighetslagen

7.1 Bakgrund

Lag (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn kom till med anledning av Sveriges anslutning till Europaråds- och Haagkonventionerna. I lagens förarbeten diskuterades olika krav för att en svensk anslutning skulle kunna ske. Ett krav var att konventionerna skulle få tillräckligt stor anslutning för att syftena med konventionerna skulle kunna uppnås. Detta krav ansågs vara uppfyllt och eftersom båda konventionerna är s.k. öppna konventioner innebär det att stater kan ansluta sig senare efter vissa förutsättningar. Ett problem som uppmärksammades var att de stater gentemot vilka det ansågs föreligga störst problem sannolikt inte skulle ansluta sig.[188]

Ett annat krav för att en anslutning skulle kunna ske var att konventionerna skulle uppnå syftena på ett effektivt sätt. Konventionerna är uppbyggda på olika sätt men torde i praktiken leda till samma resultat. De har även olika utgångspunkter eftersom de inte fyller riktigt samma funktion men är var för sig effektiva inom sitt område. Båda uppfyller alltså kravet på effektivitet.[189]

Det som gav upphov till mest diskussioner under arbetet med konventionerna var frågan om barnets bästa. Vissa länder ville att konventionerna skulle vara starka och att det i princip inte skulle finnas några möjligheter till undantag från överflyttning, medan andra ville införa vissa undantag med hänsyn till barnets bästa. De nordiska länderna hörde till den senare gruppen. Staterna har ingen möjlighet att reservera sig mot grunderna (artikel 13 och 20) för att vägra en överflyttning enligt Haagkonventionen. Eftersom det därmed finns möjligheter i båda konventionerna att vägra en överflyttning, vilka dessutom motsvaras av den svenska lagstiftningen så ansågs att konventionerna gav barn ett tillräckligt skydd.[190]

De krav som ställdes för att Sverige skulle kunna ansluta sig var alltså att det skulle vara tillräcklig anslutning, att konventionerna var tillräckligt effektiva och att barnets bästa skulle beaktas i tillräckligt stor utsträckning. Slutsatsen blev att Sverige skulle ansluta sig till båda konventionerna.[191]

Rent tekniskt valde man att samla bestämmelserna från båda konventionerna i samma lag för att underlätta den praktiska tillämpningen. Lagen består

[188] Prop. 1988/89:8 s. 15, Ds Ju 1986:7 s. 32-33.
[189] Prop. 1988/89:8 s. 16-17.
[190] Prop. 1988/89:8 s. 17-19
[191] Ds Ju 1986:7 s. 38.

dock av olika delar där en endast gäller Haagkonventionen och en endast Europarådskonventionen. Merparten av lagen innehåller dock gemensamma bestämmelser för båda konventionerna.[192] När lagen sedan skall tolkas och tillämpas skall domstolen använda konventionstexten som hjälpmedel.[193]

När Europaråds- och Haagkonventionerna inte är förenliga bör Haagkonventionen ha företräde.[194]

7.2 Tillämpningsområde

7.2.1 Haagkonventionen

När det gäller Haagkonventionen tillämpas lagen på de stater som tillträtt konventionen samt de stater vars anslutning Sverige godkänt enligt artikel 38.[195] Denna artikel tillåter att även stater som inte var medlemmar i Haagkonferensen för internationell privaträtt vid dess fjortonde session ansluter sig till konventionen. Däremot får en sådan anslutning endast kraft i förhållande till de länder som godtar detta.

Haagkonventionen bör även gälla i nordiska förhållanden bl.a. därför att den nordiska regleringen inte omfattar alla barn, t.ex. barn till ogifta föräldrar. De nordiska länderna var överens om detta. Den lagstiftning som finns mellan de nordiska länderna fortsätter dock att gälla vid sidan av konventionen. Det finns även en speciell reglering om erkännande och verkställighet i förhållande till Schweiz, vilken också fortsätter att gälla vid sidan av Haagkonventionen.[196]

I RÅ 1991 ref. 42 hade domstolen att ta ställning till om lagen kunde tillämpas på ett olovligt kvarhållande som skett före det att lagen trätt ikraft. Omständigheterna var sådana att den svenska modern stannade kvar i Sverige med sonen efter ett besök i maj 1988. Makarna hade gemensam vårdnad om pojken och den australiensiska fadern hade i vart fall från mitten av december 1988 krävt att sonen skulle återlämnas till honom.

Domstolen uttalade att när en stat tillträder en konvention förpliktas den att tillämpa de minimikrav som konventionen ställer upp. Det finns dock i princip inga hinder mot att en konventionsstat tillämpar regler som tillgodoser konventionens syften i högre grad än vad som föreskrivits. När det gäller Haagkonventionen så diskuterades det i början att konventionen skulle tillämpas oavsett vid vilken tidpunkt det olovliga bortförandet skett. Detta skulle i så fall kombineras med en möjlighet för staterna att reservera

[192] Prop. 1988/89:8 s. 22, Ds Ju 1986:7 s. 41-43.
[193] RÅ 1991 ref. 42.
[194] Walin, 1996, s. 651.
[195] Prop. 1988/89:8 s. 30-31.
[196] Prop.1988/89:8 s. 23-24.

sig mot en retroaktiv tillämpning. Den slutgiltiga innebörden i artikel 35 blev dock att konventionen endast skulle tillämpas på olovliga bortföranden som skett efter att konventionen trätt ikraft. Artikel 36 ger emellertid stater en möjlighet att sinsemellan avtala om en retroaktiv tillämpning. Denna möjlighet som ges i artikel 36 har inte utnyttjats mellan Sverige och Australien men det hindrar inte Sverige från att tillämpa lagen på ett barn som hålls kvar i Sverige.[197]

Regeringsrätten gick över till frågan om lagstiftarens avsikt varit att lagens 11 § skulle tillämpas även på fall där det olovliga kvarhållandet påbörjats före det att lagen trätt ikraft. Den aktuella övergångsbestämmelsen lyder:

”Bestämmelserna i 11 § gäller endast i fråga om sådana olovliga bortföranden eller kvarhållanden som har skett efter det att lagen började tillämpas i förhållande till den stat där barnet hade sitt hemvist omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet”.

Regeringsrätten beaktade att man valt att använda ord i övergångsbestämmelsen som nära anknyter till de ord som används i artikel 35.[198] Valet av utformning av övergångsbestämmelsen ledde till slutsatsen att den skall tolkas på samma sätt som artikel 35. Lagens förarbeten ger inte anledning till en annorlunda tolkning och om övergångsbestämmelsen gavs en annan tolkning skulle den inte fylla någon funktion. På grund av detta anser Regeringsrätten att verkställighetslagen inte kan tillämpas på kvarhållanden som påbörjats före den 1 juni 1989 då lagen trädde ikraft.[199]

7.2.2 Europarådskonventionen

När det gäller förhållandet till andra länder skall Europarådskonventionen inte gälla i nordiska förhållanden, i den utsträckning andra regler finns.[200] Europarådskonventionen skall tillämpas av de stater som ratificerat den även i förhållande till stater som tillträtt senare. Det behövs inget godkännande av de stater som tidigare ratificerat Europarådskonventionen för senare tillträden.[201]

Den del av lagen som berör Europarådskonventionen skall alltså inte tillämpas gentemot de nordiska länderna när andra regler finns. Den del som berör Haagkonventionen skall däremot tillämpas även i nordiska förhållanden.

---

[197] Sverige har överhuvudtaget inte utnyttjat denna möjlighet, se SOU 1997:116 s. 241.
[198] Såsom ”skett” och ”endast”.
[199] I Finland har man dock valt att göra tvärtom. Deras verkställighetslag är tillämplig även på bortföranden som skett före det att lagen trätt i kraft. En anledning till detta kan vara att det tog Finland 14 år att ratificera Haagkonventionen. Savolainen, M, *A Long Long Way to The Hague- The Ratification and Implementation of The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction* s. 230.
[200] Prop. 1988/89:8 s. 22-23.
[201] Artikel 22 Europarådskonventionen.

8 Icke-konventionsanslutna stater

8.1 Allmänt

UD får kännedom om cirka 15-20 fall per år som rör barn som förts från Sverige till icke-konventionsanslutna länder eller vice versa. Ungefär hälften av dessa rör hitföranden och hälften bortföranden av barn.

Det finns många anledningar till att vissa länder valt att inte skriva under de aktuella konventionerna t.ex. olika rättstraditioner och rättsuppfattningar men även kulturella skillnader. I muslimska länder anser man att barn är en angelägenhet för familjen och fadern är den som utgör föräldraauktoriteten, vilket kan vara en anledning till att man inte vill skriva under Haagkonventionen.[202]

Artikel 11 i Barnkonventionen innebär att Sverige har ett ansvar för att bekämpa olovliga bortföranden av barn i utlandet. Ordet *utlandet* skall tolkas utifrån det land barnet normalt sett skulle ha haft sitt hemvist, vilket innebär att Sverige även har en skyldighet att verka för att barn som olovligt hålls kvar i Sverige återförs. Punkt 2 i samma artikel uttalar att staterna skall främja ingåendet av bilaterala eller multilaterala överenskommelser för att uppnå detta.[203]

8.2 Svenska möjligheter till agerande

De är inte så mycket svenska myndigheter eller den kvarvarande föräldern kan göra när ett barn olovligt förts till ett icke-konventionsanslutet land. Det finns dock vissa möjligheter för den kvarvarande föräldern t.ex. på det straffrättsliga området. Sammanfattningsvis kan åtal väckas i Sverige mot bortföraren för egenmäktighet med barn. Detta brott kan ge fängelse, vilket även kan användas som ett påtryckningsmedel eftersom man kan få föräldern dömd flera gånger då brottet anses pågå tills barnet återlämnats, dock max tills barnet fyllt femton år. Det är även ett krav att den bortförande föräldern fortfarande har kontroll över barnet.

Om bortföraren har inkomst eller egendom i Sverige kan vitesinstitutet vara effektivt som påtryckningsmedel. Det finns även vissa åtgärder som kan vidtas i förebyggande syfte när man misstänker att barn kan komma att föras bort.

---

[202] SOU 1997:116 s. 245.
[203] SOU 1997:116 s. 248-249.

De svenska myndigheterna kan agera främst genom diplomatiska vägar, genom den svenska ambassaden eller konsulatet i det aktuella landet.[204] Det normala förfarandet är att UD kontaktar de lokala myndigheterna på plats genom den svenska ambassaden där.[205] Det som återstår för den förälder barnet tagits ifrån är ofta att ansöka om vårdnaden i den stat dit barnet förts.[206] UD kan då bistå den svenska föräldern med att skaffa en advokat på plats, men utgången av vårdnadsprocesser är beroende av lagen i det land dit barnet förts och attityden hos den aktuella domstolen.[207]

8.3 Singapore-målet[208]

NJA 1997 s. 196, det s.k. Singapore-målet, rörde ett olovligt bortförande till Sverige från Singapore, som inte ratificerat Haagkonventionen. Frågan uppstod huruvida dess principer ändå kunde tillämpas och hur domsrätten enligt 3 kap 6 § IÄL påverkades av att barnen förts hit olovligt. Faderns ombud yrkade att Haagkonventionens principer skulle tillämpas och hänvisade bl.a. till att England använder reglerna på det viset.[209]

I målet var modern Eva svensk medborgare men avregistrerades från den svenska folkbokföringen 1983. Hon var gift med James som är brittisk och australiensisk medborgare och tillsammans har de två barn som är medborgare i alla tre länderna. De hade gemensam vårdnad om barnen vid tiden för bortförandet. Familjens senast gemensamma bostad var i Singapore där de bodde mellan september 1994 och juli 1996 då modern tog barnen till Sverige utan faderns samtycke. Hon väckte talan i Sverige med yrkande om äktenskapsskillnad och ensam vårdnad om barnen. James yrkade att talan skulle avvisas och hävdade att ingen av parterna, och inte heller barnen hade hemvist i Sverige. Han hade även vidtagit åtgärder enligt 21 kap 7 och 8 §§ FB för att få vårdnaden överflyttad till sig. Det gjorde att tingsrätten ansåg att barnen inte hade förvärvat hemvist här utan att deras hemvist fortfarande var Singapore.

Tingsrätten gick sedan vidare till frågan om det förelåg ett sådant praktiskt behov som gjorde att frågan ändå borde prövas i äktenskapsmålet. Ett sådant behov fanns och till stöd för det anfördes att familjens vistelse i Singapore berodde på faderns jobb och de var på väg att åter flytta till ett annat land.

---

[204] Bogdan, M, *Trans-border abductions of children: The Swedish legal view*, Scandinavian Studies in Law, 1992, s. 70
[205] Gustavsson, U, *Svårt få hem bortrövade barn*, Göteborgs-Posten, 00-09-02.
[206] SOU 1997:116 s. 245.
[207] Bogdan, M, 1992, s. 70.
[208] NJA 1997 s. 196.
[209] von Hofsten, C, *Bortförda barn kan få en fristad i Sverige*, Svenska Dagbladet 96-10-08. I fallet Re F [1991] 1 F.L.R hade fadern fört barnet till Storbritannien från Israel. Den brittiska domstolen ansåg att även om konventionen inte var tillämplig så var dess principer vägledande i alla frågor rörande vårdnad till den graden att det ansågs vara bäst att beslut rörande barn tas av domstol i barnets hemvistland före bortförandet. Fallet refererat i Davis, S, *International child abduction*, 1993, s. 33.

Barnen var dessutom inte medborgare i Singapore men däremot i Sverige och modern hade för avsikt att bosätta sig här med barnen. Domstolen anförde också att fadern väckt talan i Singapore angående vårdnad men att en sådan dom inte skulle få rättskraft i Sverige. Hovrätten anslöt sig till tingsrättens dom.

HD anförde att när talan om vårdnad väcks i ett mål om äktenskapsskillnad har domstolen en vidare kompetens enligt 3 kap 6 § IÄL. Domstolen hänvisade till NJA 1997 s. 154 där HD uttalade att svensk domstol har behörighet enligt 3 kap 6 § IÄL att ta upp ett yrkande om vårdnad i äktenskapsmål, men ingen skyldighet. Detta får istället avgöras i varje enskilt fall. I den bedömningen är det av särskild vikt om barnet vistas i Sverige eller utomlands. Den svenska domsrätten kan även omfatta barn som vistas utomlands men då krävs att det finns ett praktiskt behov av att frågan avgörs vid svensk domstol. HD tog upp Sveriges anslutning till Haag- och Europarådskonventionerna och påpekade att Singapore inte tillträtt någon av dessa. Sveriges tillträde till konventionerna har lett till införandet av verkställighetslagen men inte till några ändringar i IÄL. Med hänsyn till detta ansågs inte moderns olovliga hitförande av barnen vara tillräckligt för att avvisa hennes yrkande om vårdnad. Hovrättens dom fastställdes.

Slutsatsen blev att moderns talan om vårdnad skulle tas upp trots att hon olovligt fört hit barnen. Domstolarna avvisade därmed faderns argument om att tillämpa Haagkonventionens principer även på icke-konventionsanslutna länder. Modern fick sedan vårdnaden om barnen och fadern umgängesrätt.[210]

Sverige har fått kritik för domen från EU. Parlamentarikern Mary Bonatti arbetar med fall av bortrövade barn och hon har utsetts till förlikningsman mellan länder i sådana här frågor. Hon anser att domstolen skall ta ställning till fallet utifrån Haagkonventionens anda även i förhållande till länder som inte tillträtt den. Hon anser att Sverige inte följer internationell praxis och att svenska föräldrars chanser att få tillbaka barn som förts från Sverige minskar. Hon har därför uppmanat svenska domstolar att låta vårdnadstvisten avgöras i Singapore.[211]

8.4 Bilaterala avtal

Sverige har en skyldighet enligt Barnkonventionen att arbeta mot uppkomsten av internationella bortföranden av barn. Detta gäller speciellt i förhållande till länder som inte tillträtt Haagkonventionen eftersom de står utanför samarbetet. Det har lett till att Sverige har ingått vissa bilaterala avtal.

---

[210] von Hofsten, C, *Vårdnadstvist. Domstol gav fattig förälder rätt att föra hem barnen,* Svenska Dagbladet 97-11-14.
[211] TT, *EU kritiserar Sverige för inblandning i vårdnadstvist,* Helsingborgs Dagblad 96-11-23.

Ett avtal ingicks 1994 mellan Sverige och Tunisien om ett upprättande av en svensk-tunisisk konsultativ kommission. Kommissionens uppdrag är att verka för att barns rätt att upprätthålla ett personligt förhållande till den förälder den är skild från skall respekteras. De skall verka för en direkt kontakt mellan föräldern och barnet utom när det strider mot barnets bästa. Artikel 2 innehåller även en bestämmelse som säger att i samma syfte skall umgängesrätten underlättas. Kommissionen har även befogenhet att ta upp enskilda fall för att underlätta en uppgörelse i godo.[212]

Ett liknande avtal finns mellan Sverige och Egypten som undertecknades 1996 och syftar till att underlätta kontakten mellan föräldrar och barn. Båda har lett till att kontakten mellan föräldrar och barn har kunnat möjliggöras.[213]

[212] Artikel 2, 3 i Avtal om upprättande av en svensk-tunisisk konsultativ kommission för civilrättsliga spörsmål (SÖ 1997:30).
[213] SOU 1997:116 s. 247 f. TT, *Ökad rätt för bortförda barn*, Göteborgs Posten 96-08-24.

9 Straffrättsliga aspekter

9.1 Svensk straffrättslig jurisdiktion

Att obehörigt skilja ett barn från den andre föräldern är straffbart enligt svensk lag men enligt huvudregeln föreligger svensk dosmrätt endast om brottet skett inom Sveriges gränser. Denna territorialitetsprincip slås fast i 2 kap 1 § BrB som säger att brott som begåtts i Sverige skall dömas enligt svensk lag i svensk domstol.

I vissa fall har svenska domstolar jurisdiktion även över brott som begåtts utomlands, men då krävs oftast dubbel straffbarhet. Det innebär att handlingen skall vara straffbelagd i båda länderna, vilket kan innebära problem i fall med olovliga bortföranden av barn. Eftersom synen på vårdnad är olika i olika länder kan situationer uppstå där man i det land barnet förts till inte anser att bortförandet är ett brott och då faller den svenska domsrätten. Detta problem får ofta sin lösning i 2 kap 4 § BrB som säger att ett brott skall anses begånget inte bara där det företogs utan även där det fullbordades. Det innebär att det nästan är omöjligt att föra bort ett barn från eller till Sverige utan att det anses som ett brott lokaliserat i Sverige. Det är dessutom tillräckligt för svensk domsrätt att endast en del av brottet eller dess effekt inträffat i Sverige.[214]

Även den förälder som ger någon annan i uppdrag att föra bort ett barn kan anses ha begått ett brott här i riket (s.k. medelbart gärningsmannaskap). Den föräldern kan t.o.m. anses vara den huvudsakliga brottslingen istället för medhjälpare.[215] Dessutom kan den som medverkar till att ett brott begås i Sverige straffas här även om medverkan skett i utlandet.[216]

De brottsbeskrivningar som kan bli aktuella när ett barn olovligt förts bort är 7 kap 4 § BrB som behandlar egenmäktighet med barn och 4 kap 2 § BrB som är ett grövre brott och handlar om olaga frihetsberövande.

9.2 Egenmäktighet med barn

BrB 7 kap 4 § 1 st, egenmäktighet med barn, lyder:

”Den som obehörigen skiljer ett barn under femton år från någon som har vårdnaden om barnet döms för egenmäktighet med barn till böter eller fängelse i ett år, om gärningen inte utgör brott mot frihet. Detsamma gäller, om den som gemensamt med någon annan har vårdnaden om ett barn under

[214] Bogdan, M, 1992, s. 74-75.
[215] Bogdan, M, 1992, s. 74-75.
[216] Bogdan, M, JFT 1982 s. 136.

femton år utan beaktansvärt skäl egenmäktigt bortför barnet eller om den som skall ha vårdnaden obehörigen bemäktar sig barnet och därigenom själv tar sig rätt."

Sista stycket i paragrafen lyder:

"Är brott som avses i första eller andra stycket grovt skall gärningsmannen dömas till fängelse, lägst sex månader och högst fyra år."[217]

I denna bestämmelse anses barn vara personer under femton år. Den omfattar både fall där en person som inte har vårdnaden obehörigen skiljer vårdnadshavaren från barnet och fall där gemensam vårdnad föreligger och en av vårdnadshavarna tar barnet. Även fall där en förälder tar barnet från den som har vårdnaden enligt lagen (1990:52) om vård av unga omfattas enligt andra stycket. Bestämmelsen omfattar både olovliga bortföranden och kvarhållanden.[218] Straffbestämmelsen tillämpas dock inte i de fall bortförandet är att anse som ett frihetsberövande eftersom bestämmelserna i kapitel 4 BrB om brott mot frihet och frid då tar över.[219]

Paragrafen omfattar även fall där en förälder obehörigen bemäktar sig barnet och därigenom själv tar sig rätt. Den förälder som inte avvaktar ett beslut om verkställighet kan alltså dömas om kravet på egenmäktighet är uppfyllt. Man har ansett att det är viktigt att barn hämtas på lämpligt sätt, men det finns en viss nödrätt till förmån för barnets bästa.[220]

1983 skärptes straffet för egenmäktighet med barn. Departementschefen uttalade då att det kan vara en chockartad upplevelse för ett barn att hastigt ryckas upp från sin invanda miljö och föras till ett främmande land utan att veta om det kommer att få återvända. Med anledning av att maxstraff ofta utdömdes och domstolarna ofta använde den övre halvan av straffskalan så ansåg man att en straffhöjning behövdes.

Grov egenmäktighet med barn rör främst fall där barn förts utomlands och hållits kvar under lång tid då vårdnadshavaren inte kunnat ha en normal kontakt med barnet. Man föreslog även att försök till grov egenmäktighet med barn skulle bli straffbart,[221] vilket också har skett i 5 §.

---

[217] I andra stycket sägs att brottsbeskrivningen gäller även när en person egenmäktigt tar barnet från den som har vårdnad om barnet enligt LVU (1990:52), detta stämmer med Haagkonventionen.
[218] RÅ 1991 ref. 42, prop. 1982/83:165 s. 38, NJA 1991 s. 241.
[219] Prop. 92/93:141 om ändring i brottsbalken m.m. s. 34-35.
[220] Holmquist m.fl. *Brottsbalken En kommentar Del I (1-12 kap) Brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m*, 2000. s. 331.
[221] Prop. 92/93:141 s. 34-35.

9.2.1 När enskild vårdnad föreligger

7 kap 4 § 1 st 1 men BrB innebär att den som ”skiljer” ett barn under femton år från den som har vårdnaden döms för egenmäktighet med barn. I praxis har det slagits fast att ordet ”skilja” innefattar både ett aktivt bortförande och ett undanhållande av barnet.[222] Bestämmelsen omfattar alltså även det fallet att ett barn varit på besök och sedan kvarhålls under sådana former att det hålls skilt från vårdnadshavaren. Det handlar om ett upprätthållande av ett tillstånd och gör att undanhållande under olika tider utgör olika gärningar.[223]

Enligt Madeleine Löfmarck, professor i straffrätt, omfattar 7 kap 4 § 1 st 1 men BrB både det faktiska bortförandet och att hindra ett återförande av barnet. Även ett undanhållande antingen efter ett bortförande eller enbart undanhållande omfattas. En ren passivitet efter ett bortförande omfattas också av straffbudet men då är det fråga om ett s.k. oäkta underlåtenhetsbrott (brott mot ett förbud).[224]

Av NJA 1992 s. 566 framgår det att första meningen endast tillämpas när enskild vårdnad föreligger. När ett barn som står under gemensam vårdnad förs bort får den kvarvarande föräldern ansöka om enskild vårdnad. Först från det datum enskild vårdnad föreligger kan bortföraren dömas för sin underlåtenhet att återlämna det enligt första meningen.[225]

9.2.2 När gemensam vårdnad föreligger

7 kap 4 § 1 st 2 men BrB lyder:

”Detsamma gäller, om den som gemensamt med någon annan har vårdnaden om ett barn under femton år utan beaktansvärt skäl egenmäktigt bortför barnet eller om den som skall ha vårdnaden obehörigen bemäktar sig barnet och därigenom själv tar sig rätt”.

Denna mening tillkom på lagrådets initiativ i strid med departementschefens åsikt om att det skulle vara straffritt för en förälder som hade vårdnad eller del i den att föra bort eller undanhålla sitt barn. Lagrådet ansåg att en sådan undantagsregel skulle gå för långt. De anförde att det skulle undvikas så långt som möjligt att utdöma straff i dessa fall men att vissa skulle beivras.[226]

---

[222] NJA 1992 s. 566, NJA 1993 s. 277.
[223] NJA 1991 s. 241.
[224] Referat av Madeleine Löfmarcks utlåtande den 24 januari 1987 i RH 1987:21. Domstolen var av en annan åsikt.
[225] Samma åsikt uttrycktes i RH 1999:68 men utan motivering.
[226] RH 1999:68.

Innebörden av ”bortför” har tolkats av hovrätten i RH 1999:68. I målet var fadern Habib åtalad för grov egenmäktighet med barn efter att han tagit två av parets barn till Tunisien på semester med moderns samtycke men sedan hållit dem kvar där i cirka två månader efter den överenskomna tiden. Fadern förnekade brott och sade att föräldrarna kommit överens om ett preliminärt datum för återresa men att detta kunde flyttas fram. Detta hade han gjort eftersom barnen trivts så bra i Tunisien. Tingsrätten dömde honom för grov egenmäktighet med barn.

Hovrätten påpekade att frågan i målet rörde huruvida Habib agerade egenmäktigt efter att tiden för den avtalade hemresan gått ut. Domstolen anförde att innebörden i ”bortföra” inte har tolkats av HD och det inte är helt klart att lagstiftaren avsåg att orden ”skilja” och ”bortföra” skulle ges samma innebörd. Frågan var alltså om även det sistnämnda skulle anses innefatta annat än det faktiska bortförandet. Utformningen av första stycket övervägdes noga och domstolen anser därför att det inte är helt naturligt att orden skall ses likvärdiga. Enligt Hovrätten omfattar andra meningen i 7 kap 4 § BrB endast situationer där en förälder som har del i vårdnaden rent faktiskt medverkar till att barnet förs bort. Att hindra barnet från att återförenas med vårdnadshavaren skall alltså enligt deras bedömning falla utanför tillämpningsområdet. Habib frikändes därmed.

Två ledamöter var skiljaktiga och ansåg att Habib agerat egenmäktigt när han lämnade barnen till sin syster på annan ort medan han åkte tillbaka till Sverige. Föräldrarna hade kommit överens om att barnen skulle bo i deras hus i Tunisien och inte hos Habibs syster. Dessutom krävdes Habibs medgivande enligt tunisisk lag för att barnen skulle kunna återvända till Sverige. De skiljaktiga ledamöterna ansåg att fadern skulle dömas för egenmäktighet med barn, men att brottet inte skulle anses som grovt eftersom han medverkat till att barnen återförts till modern.[227]

De skiljaktiga ledamöterna i RH 1993:52 ansåg att ett bortförande i lagens mening måste anses omfatta både den åtgärd som vidtas för att föra barnet ut ur landet men även det förfarande som fortsätter att hålla barnet och den andra föräldern åtskilda.[228]

9.2.3 Beaktansvärt skäl för bortförandet

Om det fanns beaktansvärda skäl till att en vårdnadshavare fört bort ett barn som står under gemensam vårdnad så utdöms inget straff enligt 7 kap 4 § 1 st 2 men BrB. Bestämmelsen tillkom på lagrådets förslag men formuleringen motiverades aldrig. Vad det innebär har istället fått avgöras i praxis.

[227] Se även RH 1990:95 där hovrätten uttalade att underlåtenhet sällan straffas i svensk lag och att kvarhållande och underlåtenhet att återlämna barnet inte faller under 7 kap 4 § BrB.
[228] Hovrättslagmannen Lars Persson och tf hovrättsassessorn Thomas Wallander.

I NJA 1983 s. 750 uttalas att det ibland kan finnas anledning för en förälder att föra bort ett barn för att skydda det mot övergrepp eller bespara det skadliga intryck. De säger att trots att det är tydligt att den kvarvarande föräldern bör ha vårdnaden och det inte fanns någon rimlig anledning för bortföraren att ta barnet kan man ändå ge vårdnaden till bortföraren. En anledning kan vara att det skulle vara förenligt med stora svårigheter att återföra barnet. Det bör dock undvikas så långt som möjligt.

I prövningen av vad beaktansvärt skäl innebär skall domstolen utgå ifrån överväganden rörande barnets bästa och inte vårdnadshavarens intresse av att ha barnet hos sig. För att bortförandet skall vara brottsligt krävs en avsikt att skilja barnet, mer än tillfälligt, från sin tidigare miljö och den som där hade vårdnad. Om barnet befinner sig i en miljö där det riskerar att utsättas för övergrepp eller ohälsa eller av andra skäl inte utvecklas på ett gynnsamt sätt eller får det stöd och hjälp det behöver kan det utgöra beaktansvärt skäl. Då bör krävas att riskerna undanröjs eller motverkas genom miljöbytet.

Bedömningen av om beaktansvärt skäl föreligger sker efter hur situationen tedde sig för bortföraren. Det innebär dock inte att gärningsmannen måste ha insett att han handlade utan beaktansvärt skäl utan det är tillräckligt att han var medveten om de omständigheter som gör att den vidtagna åtgärden anses sakna sådant skäl.

I det aktuella fallet hade fadern gjort gällande att barnet skulle ta skada av att enbart vistas hos modern efter föräldrarnas separation. Domstolen ansåg inte att barnet riskerade att skadas i sin invanda miljö utan att det snarare hade varit bättre för henne om hon hade fått vara kvar hos modern. Inga beaktansvärda skäl förelåg utan fadern dömdes för egenmäktighet med barn.

9.2.4 Egenmäktighet med barn, grovt brott

I RH 1986:123 hade fadern fört den då tvååriga sonen till Tunisien och lämnat honom där hos sina föräldrar efter att modern velat skilja sig. Modern hade fått enskild vårdnad och fadern hade endast umgängesrätt. Tingsrätten dömde honom till ett års fängelse för grov egenmäktighet med barn bl.a. med hänvisning till att ha ryckt upp ett litet barn från sin moder och lämnat det i ett främmande land utan att själv stanna kvar. Barnet hade därmed berövats kontakten med båda sina föräldrar.

Även hovrätten ansåg att brottet var grovt av samma anledning men tillade faderns vägran att återlämna barnet om inte modern gick med på att återuppta förhållandet. Hovrätten ansåg att bortförandet varit ämnat att utgöra påtryckningsmedel för att förmå modern att återuppta förhållandet och inte att skada sonen. Barnet hade vistats hos släktingar och modern hade tillåtits besöka pojken i Tunisien, vilket ansågs vara förmildrande omständigheter. Det tillsammans med att ett långt fängelsestraff skulle

kunna minska faderns vilja att utarbeta en bra lösning ledde till att straffet sänktes.[229]

I NJA 1995 s. 269 ryckte fadern Abdelwaheb den gemensamma sonen ur armarna på modern Eva och förde honom till Tunisien 1992. Barnet lämnades där och fadern återvände till Sverige efter några veckor och sonen har inte träffat någon av föräldrarna sedan dess. Det framgår att fadern hade skaffat ett pass åt sonen ett tag innan bortförandet skedde. Barnet flyttades sedan till Abdelwahebs syster i Österrike. Domstolen ansåg att det var utrett att fadern gjort sig skyldig till egenmäktighet med barn och ansåg att brottet var grovt. Skälen för detta var att fadern ryckt upp sonen, som vid tiden inte fyllt ett år, från hans invanda miljö och fört honom till ett främmande land utan kontakt med det gamla hemmet. Han hade dessutom flyttats igen och var fortfarande avskuren från båda föräldrarna på obestämd tid. Hovrätten fastställde tingsrätten dom.[230]

I RH 1987:86 utdömdes maximistraffet för egenmäktighet med barn, grovt brott. Kamel och Inga-Lill hade gemensam vårdnad om de två barnen men modern hade den faktiska vårdnaden eftersom Kamel avtjänade ett fängelsestraff för våldtäkt. Fadern träffade dock barnen varannan helg. Vid ett sådant tillfälle skaffade han ett pass och tog barnen till flygplatsen där andra personer förde dem till Tunisien. Det förelåg vid denna tid en vårdnadstvist i tingsrätten där modern yrkade enskild vårdnad om barnen, vilket hon senare fick.

Kamel bestred att han var ansvarig för brott eftersom han ansåg att han hade beaktansvärda skäl för bortförandet. Utredningen visade dock att det var fadern och dennes beteende bl.a. mot modern som var bakgrunden till barnens psykiska besvär. Han anförde också att han inte hade för avsikt att återföra barnen förrän han frigivits från fängelset.

Tingsrätten ansåg att brott var styrkt och att det skulle anses som grovt eftersom de två barnen var födda och uppvuxna i Sverige och hade förts till ett främmande land med annan kultur och språk. De hade dessutom hållits skilda från båda föräldrarna. Fadern hade heller inte visat något intresse av att återföra barnen till Sverige. Hovrätten fastställde tingsrättens domslut och påpekade att Kamels handlande verkade föranlett av den pågående vårdnadstvisten och inte av de ”beaktansvärda skäl” han anfört. Lika med tingsrätten ansåg de att brottet var grovt.

Sammanfattningsvis anser domstolarna att brottet är grovt när små barn rycks upp ur sin invanda miljö och förs till främmande länder där de lämnas kvar utan kontakt med någon av föräldrarna.

---

[229] En ledamot var skiljaktig och ansåg att tingsrättens dom skulle fastslås.
[230] Domen överklagades inte i ansvarsdelen.

9.2.5 Underlåtenhet att återlämna barnet

Den som undanhåller ett barn kan straffas för underlåtenheten att återlämna det även om personen tidigare blivit straffad för bortförandet. Detta gäller speciellt när barnet förs utomlands eller befinner sig på okänd ort. I första hand skall det gälla när personen vidtagit positiva åtgärder för att hålla barnet och vårdnadshavaren skilda från varandra. Det räcker inte att en person fört bort barnet för att det skall anses att han undanhåller det bara på den grunden att han inte återlämnar det. Det krävs att bortföraren fortfarande har kontroll över barnet och därmed har en praktisk möjlighet att se till att barnet återförs till vårdnadshavaren. Har han gjort sitt bästa och barnet ändå inte återlämnas går han fri från straff.[231]

I NJA 1991 s. 241 förelåg en tidigare dom mot fadern för egenmäktighet med barn, grovt brott, efter att han vid ett umgängestillfälle fört bort sina två barn till Iran och kvarhållit dem där. Denna dom meddelades den 30 maj 1990 av Solna tingsrätt. Talan väcktes igen för att åter få Tofigh dömd för egenmäktighet med barn. Åklagaren meddelade att barnen fortfarande befann sig i Iran. I gärningsbeskrivningen anförde han att Tofigh genom att underlåta att samarbeta med modern eller hennes ombud för att återföra barnen hade gjort sig skyldig till egenmäktighet med barn. Han ansåg att brottet var grovt eftersom barnen hade vistats avsevärd tid i ett främmande land utan kontakt med vårdnadshavaren. Han ansåg vidare att tiden då brottet skulle anses påbörjat var den 31 maj 1990, vilket är dagen efter att den förra domen meddelades. Tofigh invände att den första domen skulle anses utgöra rättegångshinder. Tingsrätten biföll åklagarens talan medan hovrätten avvisade stämningsansökan.

Föredraganden i HD påpekade först att 7 kap 4 § BrB är tillämplig även när barn hålls kvar efter ett besök om det innebär att vårdnadshavaren hålls skild från barnet. När barn undanhålls från en vårdnadshavare innefattar det ett upprätthållande av ett tillstånd och han anser därmed att undanhållande under olika tidsperioder utgör olika gärningar. Fadern lastades för att han underlåtit att vidta åtgärder för ett återförande av barnen. Ståndpunkten i svensk rätt är att i fall där olika gärningar utgör ett brott är ett mellankommande åtal och dom inget hinder för ett nytt åtal om det avser tiden efter den första domen.

Tofigh hade invänt att den tidigare domen utgjorde rättegångshinder men HD ansåg att frågan om han på nytt gjort sig skyldig till egenmäktighet med barn skulle prövas i samband med prövningen av åtalet i sak. Inget rättegångshinder förelåg alltså, vilket innebär att en person kan dömas upprepade gånger för att han underlåter att återföra ett barn.

I NJA 1992 s. 566 hade Mahmoud dömts för egenmäktighet med barn, grovt brott, efter att han fört bort sin och Maries dotter Hannan som stod under

[231] NJA 1992 s. 566.

gemensam vårdnad till okänd ort i Tunisien. Det hade skett enligt en plan och med hjälp av en annan man. Mahmoud skulle ha frigivits den 9 maj 1992 men eftersom den tvååriga flickan fortfarande befann sig på okänd ort anhölls han och häktades p.g.a. att han underlåtit att samarbeta för att få barnet återlämnat.

Frågan i målet var om fadern kunde dömas för sin underlåtenhet att vidta åtgärder för ett återförande av barnet. HD hänvisade till NJA 1991 s. 241 och uttalade att den tidigare lagföringen inte utgjorde något hinder för prövning av frågan. De gick vidare med att säga att straffbestämmelsen i 7 kap 4 § BrB omfattar både själva bortförandet och undanhållandet av barnet. När det gäller möjligheten att döma någon för egenmäktighet med barn mer än en gång angående samma barn, så handlar det i första hand om fall där personen vidtagit åtgärder för att försvåra ett återförande. Även när en person fört bort barnet och sedan underlåter att återföra det faller under bestämmelsen, men det finns omständigheter som kan göra att personen inte straffas. Saknas t.ex. praktisk möjlighet att påverka situationen eller om personen gjort sitt bästa för att få barnet återlämnat men misslyckats utdöms inget straff. I det aktuella fallet hade fadern dock uppgivit att han visste vem som hade hand om barnet men fortfarande vägrat uppge namnet på denne. Han dömdes för egenmäktighet med barn.

Mahmoud åtalades för samma underlåtenhet i NJA 1993 s. 277 för tiden efter den förra lagföringen. Tingsrätten anförde att Mahmouds medverkan var nödvändig för att få tillbaka barnet och att han i vart fall fram till den 25 augusti 1992 gjort sig skyldig till brott. De tog sedan upp frågan om han även skulle anses skyldig för tiden efter den 25 augusti. Denna dag hade han uppgett namnet på den man som han gett Hannan till och ett telefonnummer i Tunisien som mannen kunde nås på. Det fanns inte några objektiva omständigheter till stöd för hans uppgift om att Hannan skulle finnas i Tunisien. Mahmoud hade även lämnat motsägelsefulla och oprecisa uppgifter angående den man som han pekat ut som den som hade hand om flickan. Domstolen ansåg inte att faderns berättelse var sanningsenlig och dömde honom för egenmäktighet med barn, grovt brott.

Hovrätten anförde att i teorin kan en förälder dömas för sin underlåtenhet upprepade gånger tills det att barnet fyllt femton år, samtidigt som samhällets intresse av förnyad lagföring avtar med tiden. Tingsrättens dom fastställdes.

HD uttalade att en förälder kan straffas för att ha fört bort barnet och själv eller genom en medhjälpare hållit det dolt från vårdnadshavaren. Men även när den bortförande föräldern inte har sådan kontroll över barnets förhållanden kan han straffas under vissa omständigheter. Den som olovligen fört bort ett barn och anförtrott någon annan att självständigt ta hand om det och som vägrar att meddela vårdnadshavaren var och hos vem barnet befinner sig skall anses undanhålla barnet. Detta gäller även om han själv inte längre vidtar några aktiva åtgärder för att hålla barnet borta. Han döms då till ansvar för undanhållande. Den som en gång dömts för

undanhållande av barnet kan dömas på nytt för en ny period, vilket gäller oavsett om undanhållandet skett aktivt eller genom underlåtenhet att lämna uppgifter om barnet.

HD ansåg att faderns berättelse i vissa delar var osannolik men att det, främst med hänsyn till att han varit frihetsberövad sedan 9/8 1991, inte förelåg tillräcklig grund för att antaga att han fortfarande hade kontroll över Hannans förhållanden. Det var inte heller ställt utom rimligt tvivel att han hade de uppgifter som skulle kunna bidra till ett återförande av flickan. HD ansåg att åtalet inte kunde bifallas när det gällde tiden efter den 25 augusti 1992 även om uppgifterna inte lett till något resultat. Mahmoud dömdes för egenmäktighet med barn, grovt brott, för tiden fram till den 25 augusti. Eftersom de uppgifter han lämnat var kända redan förra gången målet var uppe i HD skall det förra fängelsestraffet omfatta även det brott han nu dömts för.

Det verkar som om HD har ändrat uppfattning om vikten av de uppgifter han gett eftersom de var kända för HD redan i NJA 1992 s. 566. Den gången hjälpte det honom inte, men sista gången blev bedömningen att han nu inte har den kontroll över Hannan som krävs och därför straffas han inte.

Slutsatsen blir att även den som olovligen kvarhåller eller undanhåller ett barn straffas enligt 7 kap 4 § BrB och brottet anses pågå så länge vårdnadshavaren har kontroll över barnet. Det krävs dock att enskild vårdnad föreligger.

9.3 Sammanfattning

Den som för bort ett barn kan dömas för egenmäktighet med barn. Samma person kan även dömas för att ha undanhållit barnet från vårdnadshavaren och kan då dömas upprepade gånger. Detta gäller så länge som personen har kontroll över var barnet befinner sig men gäller enbart då enskild vårdnad föreligger och personen genom sitt agerande skiljer denne från barnet.

När gemensam vårdnad föreligger kan den vårdnadshavare som fört bort ett barn dömas för bortförandet. HD har undvikit att ge klara besked angående tolkningen av ”bortföra” i 7 kap 4 § BrB 2 men. I de fall som gått till HD där gemensam vårdnad förelegat har den kvarvarande föräldern ansökt och fått enskild vårdnad innan målet kommit till HD. Därigenom står det i alla fall klart att det är möjligt att straffa någon för underlåtenheten att återlämna barnet även om gemensam vårdnad förelegat vid bortförandet då den kvarvarande föräldern fått enskild vårdnad i efterhand.

Anledningen till införandet av andra meningen var att man ville ha möjligheten att även straffa den förälder som fört bort sitt barn när gemensam vårdnad förelåg. Tyvärr innebär andra meningen en begränsning eftersom undanhållande och kvarhållande av barn faller utanför.

9.4 Olaga frihetsberövande

4 kap 2 § BrB lyder:

”Den som i annat fall än som sägs i 1 § för bort eller spärrar in någon eller på annat sätt berövar honom eller henne friheten, döms för olaga frihetsberövande till fängelse, lägst ett år och högst tio år. Är brottet mindre grovt, döms till böter eller fängelse i högst två år.”

Det finns en viss fördel med brottet olaga frihetsberövande i jämförelse med egenmäktighet med barn eftersom dess svårighetsgrad gör att möjligheterna att få en gärningsman utlämnad ökar. Även möjligheten att enligt 24 kap 1 § 1 st RB utnyttja häktning som påtryckningsmedel ökar.[232]

9.5 Risk för bortförande

När man bedömer att det föreligger en risk för att ett barn kan komma att föras utomlands finns det vissa åtgärder som kan tas till. Verkställighet av domar angående vårdnad och umgänge kan vägras enligt 21 kap 6 § FB om förhållandena uppenbart har ändrats sedan beslutet meddelats och det därför är bäst för barnet att frågan prövas på nytt eller att det föreligger en risk för skada för barnets själsliga eller kroppsliga hälsa. Det är endast skada av bestående art som utgör hinder för verkställighet.[233] Till sådana ändrade förhållanden som kan leda till att en dom inte verkställs hör bl.a. sådant som väsentligen ökat risken för ett bortförande. Det kan t.ex. röra sig om en umgängesberättigad förälder som flyttat från Sverige eller ett annat nordiskt land till ett utanför Norden.[234]

Enligt 6 kap 2 a § FB skall man i alla beslut som avser vårdnad, boende och umgänge med barn sätta barnets bästa främst. I bedömningen av vad som är bäst för barnet skall man fästa avseende särskilt vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Man skall även beakta risken för att barnet utsätts för övergrepp, olovligen förs bort eller hålls kvar eller annars far illa. Det behöver inte vara ställt utom allt rimligt tvivel att ett barn kommer att föras bort, utan det räcker med att de konkreta omständigheterna föreligger som talar för att en sådan risk finns. Detta gäller speciellt när risken finns att barnet förs utomlands. Domstolarna har befogenhet att förena ett beslut om umgängesrätt med föreskrifter av olika slag. Det kan t.ex. vara att umgänget endast får utövas i Sverige, att den umgängesberättigade föräldern skall lämna ifrån sig sitt pass vid

[232] Bogdan, M, JFT 1982, s. 138.
[233] Ab-209/79.
[234] Bogdan, M, JFT 1982 s. 126. Det beror på att vårdnadsavgöranden i regel verkställs inom de nordiska länderna.

umgängesutövandet eller att en kontaktperson skall närvara vid umgänget. De kan även välja att förordna om att inget umgänge skall ske alls. Det påpekas att man inte kan godta att det land barnet riskerar att föras till har ratificerat Haag- eller Europarådskonventionen och att barnet därmed skulle kunna återföras enligt någon av dem.[235]

I NJA 1994 s. 497 del II medgav HD att en mor och hennes dotter fick fingerade personuppgifter p.g.a. fara för att dottern skulle föras bort. De angav att en förutsättning för medgivande enligt lagen (1991:483) om fingerade personuppgifter är att *”det finns en uppenbar risk för att en person kan bli utsatt för särskilt allvarlig brottslighet, som riktar sig mot liv, hälsa eller frihet”*. Denna risk skall föreligga vid en objektiv bedömning och personen skall inte kunna ges tillräckligt skydd på annat sätt.

I NJA 1995 s. 727 hade David, som var syrisk medborgare och flykting från Libanon, och Maria en gemensam son, Alexander. De hade gemensam vårdnad men efter diverse hot och misshandel väckte Maria talan och yrkade på enskild vårdnad. Hon motsatte sig att David skulle tillerkännas umgängesrätt med Alexander. Tingsrätten biföll yrkandet om enskild vårdnad eftersom de inte ansåg att det kunde anses oförenligt med barnets bästa. När det gällde umgänget konstaterades att Alexander verkade ha ett stort behov av att träffa sin far. När det gällde de omständigheter som talade emot ett umgänge togs de polisanmälningar upp som Maria lämnat in och det obalanserade och ”märkliga” beteende David uppvisat. David verkade ha tagit separationen hårt och eftersträvade hämnd och han hade lämnat motstridiga uppgifter i förhören. P.g.a. detta ansåg domstolen att Marias oro för att pojken skulle föras bort inte var ogrundad och umgängesrätten borde begränsas till att utövas i närvaro av en kontaktperson.

Hovrätten bedömde att risken för ett bortförande inte var så stor att umgängesrätten skulle tas ifrån David. Bedömningen utgick ifrån att varje förälder som inte har vårdnaden om barnet skall ha rätt till umgänge. Endast den omständigheten att David var född och uppvuxen i ett annat land gjorde inte att det förelåg en sådan risk för bortförande att umgänge skulle nekas. I fallet väntade ett fängelsestraff honom om han återvände, eftersom han deserterat från den syriska armén, och han arbetade aktivt för att komma in på den svenska arbetsmarknaden. Han hade dessutom förlovat sig med en kvinna med anknytning till Sverige. Hovrätten ansåg att de hot som framställts mot Maria skulle ses mot bakgrund av de motsättningar som rådde vid tiden för separationen. Den samlade bedömningen visade att det inte fanns någon sådan risk för bortförande som gjorde att umgänge skulle förbjudas. David tillerkänns därmed umgänge med Alexander.[236]

HD uttalade att i de fall en vårdnadshavare motsätter sig att den andre föräldern tillerkänns umgänge skall rätten besluta i frågan efter vad som är bäst för barnet. Här skall även risken för att barnet förs bort i samband med umgänget beaktas. När en sådan risk föreligger kan vissa restriktioner eller

[235] Prop. 1992/93:139 s. 37-38. Se NJA 1995 s.727.
[236] Hovrättsassessorn Claeson var skiljaktig och anslöt sig till tingsrättens dom.

andra åtgärder användas, frågan var hur stor risken skulle vara för att inverka på bedömningen av umgänget. Det är tydligt att det krävs något mer än att personen har sitt ursprung i ett annat land och en anknytning dit, det krävs en mer konkret fara för bortförande. Om man tillåter en lägre risk innebär det att umgänge kommer att inskränkas i större omfattning, vilket inte är förenligt med den betydelse lagstiftaren tillmätt barns behov av en nära kontakt med den förälder som inte är vårdnadshavare. Exempel på omständigheter som kan utgöra en sådan risk som leder till ett inskränkande av ett umgänge är när en faktisk åtgärd vidtagits som framstår som vidtagen i syfte att förbereda ett bortförande eller uttalanden som tyder på en sådan avsikt hos föräldern. Det erinras om att misstänksamma uttalanden eller åtgärder kan ha en naturlig förklaring om de ses i rätt sammanhang.

HD ansåg att man skulle se de hotelser som David uttalat i ljuset av att de gjordes i samband med separationen och de motsättningar som då rådde. Det fick därför ingen avgörande betydelse och Davids liv i Sverige gjorde att han skulle tillerkännas rätt till umgänge med Alexander. När det gällde omfattningen av umgänget beaktade domstolen att David haft begränsat umgänge med sonen den senaste tiden och att han haft vissa problem med att ta hand om honom när umgänge kommit till stånd. Det fanns även en risk för att den oro Maria kände för att David skulle föra bort sonen vid ett umgänge utan kontaktperson kunde påverka henne, och därmed sonen på ett sätt som inte var bra för honom. Det var därför bäst för Alexander om deras umgänge i början skedde med kontaktperson i enlighet med tingsrättens dom. Umgänget kunde sedan ökas och kontaktperson avskaffas beroende på hur relationerna utvecklades.

Det har blivit en viss diskussion i media huruvida domen kan utnyttjas genom att föräldrar försöker övertyga domstolarna om att de hyser en stark oro för att deras barn skall föras bort och därmed lyckas förhindra den andra förälderns umgänge. Men domstolarna har ansvar för utredningen i målet och skall pröva substansen i den oro vårdnadshavaren känner. Den förälder som grundlöst påstår sig känna oro för att barnet skall föras bort kan istället förlora vårdnaden enligt 6 kap 6 a § FB.[237]

Det finns även en möjlighet i 21 kap 10 § FB att omhänderta ett barn när det finns risk att det kommer att bortföras. Även polismyndigheten kan vidta åtgärder i sådana fall, t.ex. kan ett barn vara på väg att olovligt föras hit eller på väg att bli bortfört från Sverige. Åtgärden skall anmälas till länsrätten som omedelbart skall pröva om åtgärden skall bestå.[238]

Till sist skall regler om utfärdande av pass nämnas. 7 § 2 st passlagen innebär att vid utfärdande av pass för barn under 18 år krävs tillstånd från båda vårdnadshavarna. Problem uppstår dock om barnen har dubbelt medborgarskap eftersom de då kan föras ut ur landet på det andra passet.[239]

---

[237] Saldeén, Å, *Risk för bortföranden av barn vid beslut om umgängesrätt,* Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet 1995/96;4;1133-1141.
[238] Prop. 1992/93:139 s. 23.
[239] Bogdan, M, 1992, s. 72-73.

Någon gång under våren 2001 planeras Schengenavtalet träda ikraft för Sveriges del, vilket kan leda till att det blir lättare att föra bort ett barn till andra länder inom Schengenområdet. Eftersom Schengenavtalet är ett samarbete inom EU blir Haagkonventionen tillämplig eftersom alla EU-medlemsländer har tillträtt den. Problem kan visserligen uppstå i förhållande till nya medlemsländer som inte tillträtt Haagkonventionen. När det gäller länder utanför Schengensamarbetet gäller samma passkrav som idag.[240]

9.6 Skadestånd

I NJA 1995 s. 269, som jag även gått igenom ovan, hade fadern Abdelwaheb ryckt det knappt ettåriga barnet ifrån modern och fört det till Tunisien och lämnat det där medan han själv återvände till Sverige. Bestämmelsen i 7 kap 4 § BrB ger ett straffrättsligt skydd till barnet mot att bli skilt från vårdnadshavaren och barnet är därmed det som primärt skyddas av bestämmelsen. Men även vårdnadshavaren har ett beaktansvärt intresse av skydd som tillgodoses av bestämmelsen och är därmed berättigad till skadestånd. Eftersom det visats i målet att modern lidit psykiskt av betydande art ansåg domstolen att hon hade rätt till skadestånd med 25 000 kronor.

Hovrätten fastställde tingsrättens dom och anförde i skälen att eftersom modern först i efterhand fick reda på att sonen förts till Tunisien så kunde inte själva bortförandet vara skadeståndsberättigande. Det var istället det faktum att barnet kvarhållits i Tunisien utan att modern hade någon möjlighet till kontakt med honom som utgjorde grunden för hennes skadeståndsanspråk. Det har ställts höga krav i praxis rörande orsakssambandet mellan den brottsliga handlingen och det psykiska lidande någon annan än den som brottet primärt riktas emot har drabbats av. Hovrätten presumerar, ”från allmän erfarenhet”, att det innebär en stark psykisk påfrestning för en mor att hindras från att träffa sitt knappt ett år gamla barn utan att veta när de skall återses. Lidandet har ett sådant samband med brottet att skadestånd skall utdömas. HD fastslog hovrättens dom.[241]

9.7 Vite

Till sist skall nämnas reglerna om vitesföreläggande. De kan utgöra ett effektivt påtryckningsmedel från svensk sida för att förmå en förälder som befinner sig utomlands att återföra barn till Sverige om han har egendom eller inkomst här. Internationell rätt förbjuder stater att verkställa sina domar

[240] http://www2.riksdagen.se/Internet/EUsvar.nsf/?OpenDatabase&docid=18CD6FBE7EB6ADA4C12565FD0043CE5F Hämtat 2000-11-06 kl. 20. 00.
[241] Föredraganden och ett justitieråd var av annan åsikt.

utomlands men verkar inte förbjuda indirekt verkställighet genom att man sätter finansiell press på bortföraren.[242]

RÅ 1997 ref. 58 rörde ett olovligt bortförande till Tunisien då modern hade ensam vårdnad. Fadern hade bosatt sig i Tunisien tillsammans med barnen och fått ensam vårdnad av en tunisisk domstol. Modern väckte talan i Sverige och yrkade att fadern skulle åläggas att återlämna barnen enligt 21 kap 7 § FB vid vite på 10 000 kronor, vilket motsvarade hans svenska förtidspension. RR konstaterade att huvudfrågan i målet var om det faktum att fadern och barnen bodde utomlands utgjorde ett hinder mot att ta upp ansökan om verkställighet. Svensk domstol kan inte förordna om åtgärder som innebär utövande av svenskt tvång i utlandet enligt folkrätten. RR gick uttryckligen mot det tidigare ställningstagandet i RÅ 1968 ref. 74 och ansåg att det inte förelåg något hinder ur folkrättslig synpunkt mot, att i ett fall som det aktuella, genom vitesföreläggande försöka förmå en person att fullgöra sina skyldigheter.

I det aktuella fallet skall dessutom en sådan anknytning till Sverige föreligga att svensk domstol är behörig att ta upp frågan om verkställighet. RR ansåg att sådan behörighet förelåg eftersom modern och barnen vid tidpunkten för bortförandet hade hemvist i Sverige och var svenska medborgare, vilket även fadern var. Det ändras inte av att fadern olovligt fört bort barnen till Tunisien och bosatt sig där med dem. Viss kritik har anförts av Michael Bogdan som anser att när en verkställighet endast kan ske genom ett vitesföreläggande bör verkställighetsbehörighet kunna grundas på varje sådan anknytning till Sverige som kan innebära att det svenska vitesföreläggandet blir effektivt. Det skall alltså inte krävas något verkställighetsintresse från svensk sida.[243]

---

[242] Bogdan, M, 1992, s. 71.

[243]Bogdan, M, *Svensk behörighet att verkställa förpliktelse som inte avser betalningsskyldighet*, Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet 1997-98 nr 2 s. 487

10 Europadomstolen

Till sist skall jag nämna ett fall från Europadomstolen som tar upp klagomål från enskilda som anser att en viss stat inte uppfyllt sina förpliktelser enligt Europeiska konventionen den 4 november 1950 angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Domstolens praxis har stor betydelse för rättsutvecklingen i Sverige och andra länder.[244]

Omständigheterna i *Ignaccolo-Zenide v. Rumänien* var sådana att de två barnen skulle bo hos modern Rita Ignaccolo-Zenide efter skilsmässan enligt en fransk dom. Under sommaren 1990 åkte barnen till fadern som var bosatt i USA men medborgare i Rumänien och Frankrike. Efter lovet vägrade fadern att lämna tillbaka barnen och flyttade runt i USA till 1994 då han lyckades fly till Rumänien med barnen. Fallet hade då överlämnats till de amerikanska myndigheterna i enlighet med Haagkonventionen.

I december 1994 beslutade en domstol i Bukarest att barnen skulle återlämnas till modern. Modern lyckades dock inte få domen verkställd och hon fick endast träffa sina barn en gång mellan 1990 och 1997 vid ett möte som de rumänska myndigheterna ordnat.

Modern tog fallet till Europadomstolen och yrkade att de rumänska myndigheternas misslyckande med att verkställa domen skulle anses vara en överträdelse av artikel 8, som handlar om rätt till respekt för familjelivet.

Europadomstolen uttalade att det primära syftet med artikel 8 var att skydda individen mot godtycklig behandling från myndigheternas sida. Artikeln innebär dock även att myndigheterna skall vidta åtgärder för att föräldrar och barn skall kunna återförenas. Denna skyldighet är dock inte absolut eftersom man tar hänsyn till de speciella omständigheter som föreligger i varje enskilt fall. Domstolen gick vidare och sa att de stater som skrivit under konventionen har en skyldighet att bistå föräldrar att återförenas med sina barn. Denna skyldighet skall ses i ljuset av Haagkonventionen enligt domstolen.

Det avgörande för domstolen var om de nationella myndigheterna skulle anses ha vidtagit alla rimliga åtgärder för att verkställa domen. I det aktuella fallet hade myndigheterna försökt verkställa domen en gång 1994 och två gånger 1995. Mellan 1995 och 1997 gjordes inte något försök till verkställighet alls utan att det fanns någon rimlig anledning till det. Detta ledde till att domstolen ansåg att de rumänska myndigheterna inte lagt den nödvändiga grunden för ett verkställande eftersom de inte förberett några åtgärder för ett återförande av barnen. De påpekade till sist att Rumänien inte implementerat de åtgärder som föreskrivs i artikel 7 i

[244] Hedlund Thulin, K, *Mänskliga rättigheter i svensk utrikespolitik*, 1998.

Haagkonventionen, vilket ledde till slutsatsen att Rumänien gjort sig skyldig till en överträdelse av artikel 8.[245]

[245] Press release issued by the registrar Judgement in the case of Ignaccolo-Zenide v. Romania. (http://www.echr.coe.int/eng/PRESS/New%…Ignaccolo-Zenide%20jud.%20epresse.ht).

11 Slutsatser

11.1 Inledning

I detta avsnitt skall jag redovisa för mina egna åsikter och reflektioner på en del av det som behandlats i uppsatsen. Sådant som jag har reagerat på kommenteras, antingen för att det enligt min åsikt är bra eller för att det är mindre bra.

Problemet med att barn olovligen förs bort växer framförallt beroende på att allt fler familjer får internationella anknytningar. Den förälder som tar barnet ser ofta bara att han/hon är bäst lämpad att ta hand om barnet och inser inte att barnet tar skada av att föras bort från den miljö det är vant vid. Barn har ett behov av att träffa båda sina föräldrar och det ideala är att föräldrar efter en skilsmässa kan bosätta sig så nära varandra som möjligt.

En speciell situation uppstår när en förälder tar barnet till ett annat land och sedan lämnar det där och själv återvänder till barnets hemvistland. Det är mycket svårare att förstå motiven för det om det inte bara är ett sätt att skada den andra föräldern. Att ett barn rycks upp från sin invanda miljö och flyttas till ett främmande land för att uppfostras av andra personer kan inte accepteras. Tyvärr sker detta ofta i förhållande till länder som inte ratificerat någon konvention och det är då svårt att få tillbaka barnet och även svårt för föräldern att få träffa sitt barn. Att barnet får det värsta straffet är inte svårt att räkna ut. Därför är det angeläget för staterna att samarbeta så att dessa situationer inte uppstår. I den andan har Haagkonventionen och Europarådskonventionen ingåtts.

11.2 Haagkonventionen

Haagkonventionen utgör ett effektivt instrument för att återföra barn som olovligen förts bort ifrån en förälder och sitt hemvistland. Eftersom många länder har ratificerat den har den blivit ett effektivt medel i kampen mot bortföranden av barn och fungerar även i preventivt syfte. Den största fördelen med konventionen är att den föreskriver ett snabbt förfarande och återlämnande av barnet. Eftersom domstolarna inte skall avgöra vårdnadsfrågan utan endast besluta om återlämnande av barnet går det i de flesta fall rätt fort. Barnet återförs till det land det hade hemvist i före bortförandet, vilket innebär att det finns en faktisk anknytning dit. Det gör att man återställer de faktiska förhållanden som ägde rum före det att barnet rycktes upp. Att man använder sig av hemvistprincipen tillsammans med regeln om att vårdnaden måste ha utövats för att återförande skall ske, innebär det att konventionen tar hänsyn till barnet och dess situation. Det

handlar trots allt inte om föräldrarnas rätt utan om barnets rätt att inte ryckas upp ur sin invanda miljö och föras bort ifrån en förälder.

Trots att konventionen fungerar bra i det stora hela finns det vissa problem och brister.

11.2.1 Problem med konventionen

När en förälder tar barnet från den som har den faktiska vården om barnet och för det till ett främmande land, lämnar det där och själv åker tillbaka är det uppenbart att barnet skall återföras. Det är lika viktigt när en förälder som inte haft den dagliga omsorgen och inte stått barnet särskilt nära för bort ett barn för att uppfostra det i ett främmande land. Situationen blir annorlunda när det är den förälder barnet står närmast och som haft den faktiska vården om barnet som för bort det, och bortförandet sker till ett land barnet väl känner till. I dessa fall är det inte längre lika uppenbart att barnet skall återföras men konventionen skall ändå tillämpas. Problemet är att utvecklingen gått åt det här hållet, vilket man inte förutsåg vid konventionens tillkomst. Vid utformandet antogs att bortföranden skedde genom att barnet skildes från sin primära vårdnadshavare, ofta modern, och sin vardagliga miljö för att föras till ett främmande land av fadern som inte varit delaktig i barnets liv. I praktiken har det ofta varit modern, och den som huvudsakligen tagit hand om barnet, som fört bort det och bortförandet har skett till ett land barnet väl känner till och ofta är medborgare i.

Röster har höjts som anser att det borde finnas större utrymme för att vägra en överflyttning när barnet förts bort av den primära vårdnadshavaren. Det är dock en svår fråga eftersom man inte kan bortse från den andra föräldrarns betydelse för barnet. Men ett återförande av barnet behöver inte innebära att vårdnaden förs över på den andre föräldern, utan det skall prövas i en ny rättegång. Resultatet kan bli att barnet fortsätter att bo hos den som fört bort det men att föräldrarna delar på ansvaret. I många fall är det nog trots allt så att den som en gång fört bort sitt barn har mindre chanser att få vårdnaden efter ett återförande. Det är också rimligt eftersom personen visat att den inte sätter barnets behov av kontakt med båda föräldrarna i centrum. En lösning skulle kunna vara att man ger större skydd åt utövande av umgängesrätten. I de fall en primär vårdnadshavare fört bort barnet skulle konventionen kunna skydda den kvarvarande föräldrarns rätt till umgänge med barnet trots att ingen överflyttning sker. Vissa garantier borde kunna ställas så att man inte riskerar att barnet kidnappas fram och tillbaka.

På sista tiden har man allt mer uppmärksammat den situation barnet och den bortförande föräldern hamnar i efter en överflyttning. I vissa fall får bortföraren svårt att klara sitt och barnets uppehälle efter återvändandet. I många fall har de ingen bostad och får kanske bo tillfälligt på mindre lämpliga platser. Detta tas inte upp i Haagkonventionen men många anser att det borde göra det. Det finns fall där domstolar har valt att inte återsända barn eftersom bortföraren inte skulle kunna försörja dem vilket skulle

försätta dem i en ohållbar situation. Vissa domstolar har därför ställt krav för att överflytta barnet, t.ex. att den kvarvarande föräldern skall ordna med uppehälle och stå för vissa kostnader fram till att frågan prövats i hemvistlandet. Det underlättar för en förälder att återvända och situationen för barnet blir bättre. Man kan tycka att den som fört bort sitt barn har sig själv att skylla och det håller jag med om. Däremot får man inte glömma att barnet inte har gjort något fel och återigen straffas barnet om det får leva under svåra förhållanden. För att situationen skall bli så bra som möjligt kan det därför vara bra att vissa krav ställs som anpassas till den aktuella situationen. Enligt den nya Haagkonventionen från 1996 skall domstolarna respektera de krav som ställs av den domstol som valt att överflytta barnet. Inom ramen för konventionen kan därför vissa krav ställas på den kvarvarande föräldern, vilket redan nu är vanligt i vissa länder. Det är bättre att den kvarvarande föräldern får bistå den bortförande föräldern än att man inte kan flytta över barnet för att situationen skulle bli icke godtagbar.

I många länder är det straffbart att föra bort sitt barn, vilket ytterligare försvårar situationen för den förälder som vill återvända med sitt barn. Det kan då vara viktigt att inte vidta straffrättsliga åtgärder mot bortföraren eftersom det då kan leda till att den personen inte kan komma till Sverige och träffa sitt barn. Det är då bättre att låta hänsynen till barnet komma i första hand och underlåta att vidta straffrättsliga åtgärder för att främja ett umgänge. Det kan även vara så att personen väljer att flytta tillbaka till Sverige för att kunna träffa barnet mer regelbundet vilket försvåras om personen riskerar ett fängelsestraff här. Syftet med Haagkonventionen är att motverka olovliga bortföranden av barn men när situationen har återställts kan man vara återhållsam med att straffa den som återlämnat ett barn och återvänt hit. Det är i och för sig bortföraren själv som försatt sig i situationen men finns det ingen mening med att straffa barnet för det. I slutändan är det barnet man värnar om och det viktigaste är trots allt att det återlämnas och kan ha en nära kontakt med båda sina föräldrar. Det finns dock alltid undantag och i vissa fall kan det vara motiverat att straffa den bortförande föräldern.

En möjlighet kan finnas i 1996 års Haagkonvention som i artikel 11 föreskriver att en domstol kan ställa vissa krav som måste respekteras av den stat dit barnet sänds. Eventuellt kan det användas på det sättet att en domstol kan bestämma att inga straffrättsliga förfaranden skall inledas mot bortföraren.

Ett annat problem uppstår när det inte går att fastställa ett barns hemvist eftersom Haagkonventionen då inte är tillämplig. Vissa internationella familjer har inte hemvist någonstans eftersom föräldrarna kanske arbetar i olika länder, har olika medborgarskap och har starka anknytningar till ytterligare länder. Samtidigt är det ofrånkomligt att konventionen inte kan tillämpas eftersom den bygger på hemvistprincipen.

Att konventionen tolkas på olika sätt är ett annat problem. Störst problem uppstår när det föreligger oförenliga avgöranden som innebär att umgänge

nekas. T.ex. kan modern ha vårdnad om barnet och fadern umgänge i en stat, medan det motsatta förhållandet föreligger i en annan stat. Den av föräldrarna som har barnet hos sig kommer inte att våga släppa iväg det för att träffa den andra av rädsla för inte få tillbaka det. Situationen har inte lösts av Haagkonventionen men Europarådskonventionen utgör en bra lösning mellan de länder som tillträtt den eftersom den föreskriver erkännande och verkställighet av domar.

11.2.2 Barnets bästa i Haagkonventionen

Principen om barnets bästa återfinns i Barnkonventionen och svensk lag säger att den skall prägla alla beslut som rör barn, därför är det intressant att se hur den respekteras i Haagkonventionen. Av preambeln framgår att staterna anser att det är av hänsyn till barnets bästa som konventionen har ingåtts. Men man skall inte ta hänsyn till barnets bästa när man beslutar att ett barn skall återsändas. Enligt huvudregeln skall istället ett barn återlämnas om inte någon av undantagssituationerna föreligger. Undantagen kan i och för sig kan härledas till principen om barnets bästa även om det inte uttryckligen framgår. Man kan dock inte neka ett återlämnande med motiveringen att det skulle strida mot barnets bästa, utan man måste använda sig av något av undantagen. Frågan är om det innebär att man ”offrar” enskilda barn i kampen mot olovliga bortföranden i stort. För att avskräcka föräldrar från att olovligt föra bort sina barn så sker återlämnanden även om det ibland strider mot barnets bästa. Man gör inte ens en prövning av vad som är bäst för barnet utan man ser bara om rekvisiten är uppfyllda. Är det förenligt med regler i svensk rätt och Barnkonventionen som säger att barnets bästa skall vara vägledande i alla beslut som rör barn? Eller är det nödvändigt för att kunna bekämpa olovliga bortföranden av barn? Kunde man ha gjort på något annat sätt?

I vissa fall anser jag att domstolarna inte har utnyttjat undantagsmöjligheterna fullt ut och återsänt barn när det funnits anledning att inte göra det. Samtidigt har det riktats kritik mot att undantagen använts för ofta, vilket givetvis inte är bra. Det är viktigt att det blir rätt i varje fall, men när en överflyttning har skett sker en prövning av vårdnadstvisten i hemvistlandet och då tas hänsyn till vad som är bäst för barnet. Föreligger sådana förhållanden som gör den kvarvarande föräldern olämplig som vårdnadshavare förlorar den vårdnaden. Den domstol som fattar beslut om överflyttning gör det med vissheten att fallet kommer att prövas i sin helhet men får förlita sig på att den utländska domstolen gör rätt bedömning. Många domstolar verkar ha svårt för det. Jag anser att det är nödvändigt att inte göra en fullständig utredning innan ett barn överflyttas eftersom det skulle innebära ännu längre handläggningstider än idag. En sådan utredning tar tid, vilket är till bortförarens fördel eftersom sannolikheten då är större att en domstol beslutar att inte överflytta barnet. Tiden är dessutom till barnets nackdel då det får leva en tid i ovisshet om framtiden och rotar sig kanske i ett land det sedan inte får stanna i.

Eftersom konventionen ingåtts i syfte att skydda barn mot de skadliga effekter som uppkommer av olovliga bortföranden är det förenligt med svensk rätt och som en direkt följd av Barnkonventionen. Att man valt att domstolen i det land barnet förts till inte skall göra en bedömning av vad som är bäst för barnet har varit nödvändigt. Den regeln kompletteras dessutom av undantagsmöjligheterna, vilka jag anser kan härledas från principen om barnets bästa. Min åsikt är därför att Haagkonventionen är förenlig med principen om barnets bästa.

11.3 Amerikansk kritik mot svensk tillämpning av Haagkonventionen

Sverige har fått kritik internationellt, men jag har framför allt tagit upp den från USA, vilken bl.a. kritiserade att domar inte verkställs och att det saknas möjligheter att verkställa domar. Enligt min åsikt stämmer inte det. Visserligen måste man oftast ansöka om verkställighet av domar i länsrätten och då även en dom om återförande av ett barn. Om en förälder vägrar att lämna ifrån sig sitt barn enligt en dom kan vite eller polishämtning bli aktuellt. Vite är oftast verkningslöst i dessa fall men polishämtning i närvaro av en person från socialtjänsten eller någon annan som barnet litar på är effektivt. Det förutsätter givetvis att man vet var barnet befinner sig.

De har även framförts kritik mot Regeringsrättens dom i RÅ 1996 ref. 52 angående bortförandet av Amanda från USA till Sverige. Enligt svensk rätt hade hon hemvist i Sverige före det olovliga kvarhållandet och därmed var det Sverige hon skulle återlämnas till enligt Haagkonventionens principer. Resultatet blir dock fel eftersom det innebär att svenska föräldrar kan skriva på avtal om växelvis boende och sedan ta barnet hit med vissheten att svenska domstolar kommer att ge dem rätt att inte återlämna det. Avtalet gäller därefter endast i USA. Detta är ett problem som det inte finns någon lätt lösning på, se nedan 11.4.

Ett problem är att utländska vårdnadsdomar inte erkänns eller verkställs i Sverige utan stöd i lag. Hade så skett hade den amerikanska domen lett till att Amanda kunde ha överlämnats till fadern, men inte enligt Haagkonventionen utan enligt verkställighetsreglerna i 21 kap FB. Det är i och för sig troligt att man hade nekat verkställighet av hänsyn till barnets bästa eftersom hon hade tillbringat de senaste åren i Sverige.

11.4 Avtal om växelvis boende

I vissa fall har föräldrar valt att tillämpa växelvis boende trots att de inte bor i samma länder, vilket är vanligt i USA när föräldrar bor i olika delstater. Det innebär att barnet får bo hos ena föräldern i ett land något år för att sedan flytta till den andra föräldern i ett annat land i några år.

Enligt Regeringsrätten (RÅ 1996 ref. 52) kan Haagkonventionen inte tillämpas på dessa avtal eftersom barnet för varje flytt får ett nytt hemvist. En tillämpning av Haagkonventionen innebär att barnet skall återlämnas till sin hemviststat, vilket då blir det land där det olovligt hålls kvar. Det blir därmed upp till den förälder som barnet bor hos att överlämna barnet eftersom Haagkonventionen inte skyddar dylika avtal. Om man anser att dessa avtal bör åtnjuta skydd under konventionen skulle en regel kunna införas som ger den effekten. Föräldern kan då ansöka om verkställighet av avtalet. Effekten skulle bli att föräldrar inte längre kan utnyttja denna ”lucka” i konventionen.

Min åsikt är dock att Haagkonventionen inte skall skydda sådan avtal. Anledningen till att man valt att ge skydd åt hemvistprincipen i Haagkonventionen och även i svensk rätt är att barn skall ha en anknytning till det land det skickas till. Det skall även finnas en anknytning mellan föräldern och barnet för att det skall vara rimligt att återsända barnet till denne. Om ett barn bott i ett land i flera år är det inte rimligt att rycka upp det och flytta det till ett nytt land och till den andra föräldern. Den föräldern kan rimligtvis inte ha haft en särskilt aktiv del i den faktiska vården av barnet. Att flytta barn fram och tillbaka mellan olika länder med olika kultur och språk tror inte jag är bra för barnet. Även om dessa avtal oftast verkar förekomma mellan föräldrar bosatta i Sverige och USA är skillnaderna ganska stora. Barn skall inte tvingas att flytta mellan så olika länder och om igen ryckas upp. Det är kanske skillnad om det rörde sig om Sverige och Norge eftersom det inte är så stora skillnader i språk och kultur. Eftersom avståndet inte är så stort kan barnet dessutom tillbringa mycket tid i det andra landet under tiden. Att låta barn flytta mellan länder på detta sättet måste innebära en otrygghet som inte skall uppmuntras och dessa avtal har fått kritik internationellt. Det är därför inte heller troligt att länderna skulle gå med på att låta Haagkonventionen omfatta dessa avtal. Det skulle strida mot den grundläggande principen om att låta barnet bo där, och hos den, det har störst anknytning till.

Om man ändå önskar att dessa avtal skall respekteras kan en lösning vara att låta det ”nya” hemvistet få företräde framför det ”gamla”. Om barnet enligt avtalet skulle överflyttas ett visst datum får det nytt hemvist samma dag överflyttningen sker. Då kunde man tolka det som att ett olovligt kvarhållande börjar samma dag. Regeringsrätten valde dock att inte göra det, vilket måste anses vara i barnets intresse. Från amerikanskt håll anser man dock att det strider mot Haagkonventionen.

11.5 Icke-konventionsanslutna länder

Som framgått i uppsatsen fungerar Haagkonventionen bra i det stora hela och många barn överflyttas med hjälp av den. Ett stort problem gäller dock i förhållande till barn som förts till länder som inte är med i Haagkonventionen. Ett återförande av dessa barn beror helt på den bortförande förälderns välvilja och den förälder som är kvar är i princip helt i händerna på den personen. Diplomatiska påtryckningar kan vara en hjälp men i slutändan kan svenska myndigheter inte tvinga bortföraren att återvända med barnet. Det finns dock vissa påtryckningsmedel som kan användas för att sätta press på bortföraren och göra det svårare för honom.

Har den bortförande föräldern egendom eller inkomst från Sverige kan vite utgöra ett effektivt påtryckningsmedel. Uppbär t.ex. personen pension, förtidspension eller dylikt från Sverige och de pengarna tas i vite varje månad kan föräldern tvingas återvända till Sverige med barnet. Återvänder en förälder till Sverige utan barnet kan straffbestämmelsen i 7 kap 4 § BrB bli aktuell. Att upprepade gånger sätta en trilskande förälder i fängelse för att han inte ser till att barnet återförs till Sverige sätter press på den personen. Det verkar samtidigt avskräckande för andra föräldrar i samma tankar och visar att ett sådant beteende inte accepteras. Om inte barnet återlämnas så straffas i alla fall föräldern för sitt beteende även om det är en klen tröst för den förälder som förlorat kontakten med sitt barn.

Sverige har en skyldighet enligt Barnkonventionen att arbeta för att internationella bortföranden av barn inte skall uppkomma. Tyvärr har HD slagit fast att Haagkonventionens principer inte skall gälla i förhållande till icke-konventionsanslutna länder, vilket slogs fast i Singapore-målet. Effekten blir att föräldrar som tar sitt barn till Sverige från något av dessa länder kommer undan och lyckas få en rättegång i Sverige istället. Vissa andra länder, t.ex. England, har valt att tillämpa Haagkonventionens principer på alla fall av olovliga bortföranden även i förhållande till länder som inte tillträtt Haagkonventionen. Detta måste vara mer i enlighet med de skyldigheter staterna har enligt Barnkonventionen att underlätta för att barn och föräldrar skall kunna umgås och att motverka olovliga bortföranden. Nu är det så i svensk rätt att den utlänning som olovligt för bort sitt barn från Sverige till ett land som inte är med i Haagkonventionen straffas med fängelse t.o.m. upprepade gånger tills barnet återförs till Sverige. Den som inte återvänder till Sverige kan bli av med tillgångar eftersom man utdömer dem i vite. Den svenska förälder som olovligt tar sina barn till Sverige från ett land som inte ratificerat Haagkonventionen lyckas istället med att få en vårdnadstvist löst i svensk domstol. Det är dessutom ovanligt att en svensk som fört sitt barn till Sverige döms för egenmäktighet med barn. Resultatet blir orättvist och Sverige kan inte räkna med att andra länder skall försöka arbeta för att barn skall återföras hit när barn som förts hit behålls. Det bästa vore givetvis om Haagkonventionens principer kunde tillämpas även i förhållande till länder som inte ratificerat Haagkonventionen.

När det gäller ett bortförande av ett barn till ett land som inte ratificerat någon av den relevanta konventionerna är det som sagt ofta svårt att få tillbaka barnet. Eftersom man alltid ser till barnets bästa kan det t.o.m. bli så att den som en gång fört bort sitt barn får vårdnaden om det efter att lång tid har gått. Så blev resultatet i Tarek-fallet, NJA 1992 s. 93, eftersom pojken vistats tio år i Tunisien utan kontakt med modern. Det känns fel att ge bortföraren vårdnad med samtidigt måste man alltid sätta barnets bästa i främsta rummet.

11.6 Straffrättsliga aspekter

Möjligheten i 7 kap 4 § BrB att straffa den som egenmäktigt fört bort sitt barn fyller en stor funktion i fall av bortföranden till länder som inte ratificerat någon av de konventioner som finns på området. Jag anser att det är viktigt att man använder sig av bestämmelsen och straffar ett sådant beteende. Att skilja ett barn från en förälder på det sättet skadar barnet och även föräldern, och det är viktigt att samhället visar att det inte accepteras. Sverige har dessutom skrivit under Barnkonventionen och har därför en skyldighet att arbeta för att dessa situationer inte uppstår. Straffbestämmelsen fungerar bra och speciellt det faktum att domstolarna upprepade gånger dömer den förälder som undanhåller barnet från den andra. Brottet fortgår ju ända tills barnet återförenats med den förälder det berövats kontakten med. Tyvärr finns det en lucka i 7 kap 4 § 2 men BrB eftersom den talar om straff för den som ”bortför” ett barn under gemensam vårdnad, medan 1 men talar om den som ”skiljer” ett barn från vårdnadshavaren. Det har lett till att domstolarna ansett att undanhållande och kvarhållande endast är straffbart när enskild vårdnad föreligger. Min åsikt är att man borde ändra ”bortför” till ”skiljer” i 1 st 2 men så får barn under gemensam vårdnad samma skydd som barn under enskild. Syftet med att straffa personer som för bort sina barn eller undanhåller dem är ju att komma till rätta med de problem som olovliga bortföranden innebär. Detta gäller speciellt i fall då barnet tas från den primära vårdnadshavaren. När gemensam vårdnad föreligger är det dessutom naturligt att en av föräldrarna tar barnet på semester utomlands, vilket då sker med samtycke. Det blir ett orimligt resultat om den föräldern sedan kan underlåta att återlämna barnet och gå fri. I och för sig verkar det fungera med att den kvarvarande föräldern ansöker om enskild vårdnad för att komma runt det, eftersom domstolarna dömer enligt 1 men även om enskild vårdnad uppkommit efter kvarhållandet. Min åsikt är ändå att en ändring av ordvalet bättre skulle tillgodose syftet med bestämmelsen. Jag håller med om att situationen är något annorlunda när gemensam vårdnad föreligger. I de flesta fall har barnet då en nära kontakt med båda föräldrarna och brottet får då inte lika svåra konsekvenser för barnet om bortföraren stannar kvar med barnet. Det finns dessutom möjlighet att undgå straff eftersom en vårdnadshavare som för bort ett barn under gemensam vårdnad kan undgå straff om han hade beaktansvärt skäl för bortförandet.

11.7 Avslutning

Det är alltså inte lätt att lösa de problem som uppstår när ett barn olovligt förts ut ur landet. Eftersom det är en förälder som är skyldig till brottet skulle man vilja straffa den personen och överlämna barnet till den andra föräldern istället. Man skulle kunna säga att bortföraren förlorat rätten till sitt barn genom sitt beteende. Eftersom det handlar om barn kan man inte göra så eftersom det skulle straffa barnet. Det skulle ju förlora kontakten med en förälder det kanske står väldigt nära och konsekvenserna skulle bli just de man försöker undvika genom att inte acceptera bortföranden. När det handlar om barn är det alltid mycket känslor inblandade och man kan inte skapa regler som alltid skall tillämpas. Man kan inte säga att barn alltid skall överflyttas utan det måste alltid finnas möjligheter att göra undantag. När det finns undantagsmöjligheter finns det också alltid problem med att de tolkas olika av olika domstolar. Det är tyvärr omöjligt att undvika.

Man får aldrig glömma bort att det inte handlar om att straffa den förälder som gjort fel utan att det handlar om att få fram lösningar som är bäst för barn i det långa loppet. Givetvis utan att offra något barn på vägen. När det gäller föräldrar som fört sitt barn och lämnat kvar det i ett främmande land och återvänt till Sverige själv är det dock viktigt att straffa den personen.

Slutsatsen blir ändå att det inte finns några vattentäta lösningar på problemet, men Haagkonventionen är ett stort steg på vägen mot att förhindra uppkomsten av olovliga bortföranden av barn.

Litteraturförteckning

Böcker

Beaumont, Paul R. & McEleavy, Peter E., *The Hague Convention on International Child Abduction*, 1999

Bogdan, Michael, *Svensk internationell privat- och processrätt*, 5 uppl. 1999

Davis, Sandra & Galbraith, Tanya & Rosenblatt, Jeremy, *International child abduction*, 1993

Hedlund Thulin, Kristina, *Mänskliga rättigheter i svensk utrikespolitik*, juli 1998 Informationsskrift från UD (ISBN 91-7496-170-5)

Holmquist, Lena, Leijonhufvud, Madeleine, Träskman, Per-Ole, Wennberg, Suzanne, *Brottsbalken En kommentar Del I (1-12 kap) Brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m.* Studentutgåva 2, 2000

Kvisberg, Torunn E, *Internasjonal barnebortföring med hovedvekt på Haagkonvensjonen av. 25 oktober 1980*, 1994

Makarowski, Christel & Lundvall, Agneta, *Olovliga bortföranden och kvarhållanden av barn och Haagkonventionen om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn*, april 1999 Informationsskrift från UD (ISBN 91-7496-161-6)

Walin, Gösta, *Föräldrabalken och internationell föräldrarätt*, 5 uppl. 1996

Artiklar

Anton, A.E, *The Hague Convention on International Child Abduction* International and comparative law quarterly Volume 30 july 1981 s. 537-556

Bogdan, Michael, *Internationella barnarov ur svensk rätts synvinkel*, Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland 1982 (hänvisat som JFT 1982) s. 97-139

Bogdan, Michael, *Något om gränsöverskridande barnkidnappningar*, Festskrift till Ulla Jacobsson 1991, s. 17-29

Bogdan, M, *Svensk behörighet att verkställa förpliktelse som inte avser betalningsskyldighet*, Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet 1997-98 nr 2 s. 485-488

Bogdan, Michael, *Trans-border abductions of children: The Swedish legal view*, Scandinavian Studies in Law 1992 s. 61-75

Gustavsson, Ulf, *Svårt få hem bortrövade barn*, Göteborgs-Posten 2000-09-02

Jacobsson, Cecilia, *USA kritiserar svensk rätt*, DN 2000-05-25

Jones, R.L, *Council of Europe Convention on Recognition and Enforcement of Decisions relating to the Custody of Children*, The International and comparative law quartely, volume 30 1981 s. 467-475

Jänterä-Jareborg, Maarit, *Olovliga bortföranden av barn: dags att ställa Sverige vid skampålen?*, SvJT 2000 s. 873-898

Jänterä-Jareborg, Maarit, *Olovliga bortföranden av barn och Haagkonventionerna*, De Lege, Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok, Årgång 7 1997, s. 239-266

Roberts, Tien Davrell, *Två länders domstolar avgör Marias öde*, DN 2000-03-30

Saldeén, Åke, *Risk för bortföranden av barn vid beslut om umgängesrätt*, Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet 1995/96;4 s. 1133-1141

Savolainen, Matti, *A Long, Long Way to The Hague- The Ratification and Implementation of The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, The international survey of family law, 1994 (Published on behalf of the Society of Family law) s. 227-241

TT, *EU kritiserar Sverige för inblandning i vårdnadstvist*, Helsingborgs Dagblad 1996-11-23

TT, *Ökad rätt för bortförda barn*, Göteborgs-Posten 96-08-24

von Hofsten Claes, *Bortförda barn kan få en fristad i Sverige*, Svenska Dagbladet 1996-10-08

von Hofsten Claes, *Hanteringen av vårdnadstvister synas*, Svenska Dagbladet 2000-06-17

von Hofsten, Claes, *Sjuåring från USA göms i Sverige*, Svenska Dagbladet 1998-11-11

von Hofsten, Claes, *Svensk vårdnadsdom upprör USA. Regeringsrätten kränker Haagkonventionen om bortförda barn, hävdar amerikanska ambassaden,* Svenska Dagbladet 1996-07-08

von Hofsten, Claes, *Vårdnadstvist. Domstol gav fattig förälder rätt att föra hem barnen,* Svenska Dagbladet 1997-11-14

Lagtext

Avtal om upprättande av en svensk-tunisisk konsultativ kommission för civilrättsliga spörsmål (SÖ 1997:30)

Brottsbalken (1962:700)

Europarådskonventionen den 20 maj 1980 om erkännande och verkställighet av avgörande rörande vårdnad om barn samt om återställande av vård av barn

Europeiska konventionen den 4 november 1950 angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

FN:s konvention om barnets rättigheter (Barnkonventionen)

Förordning (1931:429) om internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmynderskap (NÄF)

Föräldrabalken (1949:381)

Haagkonventionen den 25 oktober 1980 om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn (Haagkonventionen)

Haagkonventionen om behörighet, tillämplig lag, erkännande, verkställighet samt samarbete i fråga om föräldraansvar och åtgärder till skydd för barn (1996 års Haagkonvention)

Lag (1904:26 s. 1) om internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap (IÄL)

Lagen (1977:595) om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (NEVL)

Lag (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn (Verkställighetslagen)

Passlagen (1978:302)

Rättegångsbalk (1942:740)

Offentligt tryck

Ds Ju 1986:7, *Olovligt bortförande av barn i internationella förhållanden*

Ds 1992:39, *Olovligt bortförande och andra övergrepp mot barn*

Regeringens proposition 1988/89:8 om olovligt bortförande av barn i internationella förhållanden

Regeringens proposition 1992/93:139 om olovligt bortförande och andra övergrepp mot barn

Regeringens proposition 1992/93:141 om ändring i brottsbalken m.m.

SOU 1997:116 Barn-Familj-Samhälle

Opublicerat material

Alenmark, Mikael, EU-upplysningen (genom mail 2000-09-26)

http://conventions.coe.int/treaty/EN/cadreprincipal.htm

http://www.hcch.net/e/conventions/project.html

http://www.hcch.net./e/conventions7expl28e.html, Pérez Vera-rapporten (hämtat 2000-09-07)

http://www2.riksdagen.se/Internet/EUsvar.nsf/?OpenDatabase&docid=18CD6FBE7EB6ADA4C12565FD0043CE5F Hämtat 2000-11-06

Kommentar till Förslag till rådets förordning om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och om mål om föräldraansvar för makars gemensamma barn 04.05.1999 99/0110 (CNS)

Report on Compliance with The Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction (nr 2)
http://travel.state.gov/2000_Hague_Compliance_Report.html (hämtat den 2000-10-22)

Report on compliance with the Hague Convention on the civil aspects of international child abduction (nr 1)
http://travel.state.gov/compliance.html (oktober 2000)

wais.access.gpo.gov
[Congressional Record: May 23, 2000 (House)]
[Page H3564-H3568]
From the Congressional Record Online via GPO Access
[DOCID:cr23my00-72]

www.incadat.com

Rättsfallsförteckning

Länsrätten

Länsrätten i Stockholms län dom den 19 maj 2000 mål nr 7962-00

Kammarrätten

Kammarrätten i Stockholm dom den 28 juni 2000 mål nr 3545-00

Regeringsrätten

Ab-209/79
RÅ 1980 2:53
RÅ 1991 ref. 42
RÅ 1995 ref. 99
RÅ 1996 ref. 52
RÅ 1997 ref. 58

Hovrätten

RH 1986:123
RH 1987:21
RH 1987:86
RH 1989:40
RH 1990:95
RH 1993:52
RH 1999:68

Högsta Domstolen

NJA 1974 s. 133 I
NJA 1974 s. 390
NJA 1974 s. 629 del I och II
NJA 1983 s. 750
NJA 1991 s. 241
NJA 1992 s. 93 (s.k. Tarek-fallet)
NJA 1992 s. 566

NJA 1993 s. 277
NJA 1994 s. 497 del II
NJA 1995 s. 241
NJA 1995 s. 269
NJA 1995 s. 727
NJA 1995 s. 770
NJA 1997 s. 196 (s.k. Singapore-målet)

Europadomstolen

Ignaccolo-Zenide v. Romania
http://www.echr.coe.int/eng/PRESS/New%…Ignaccolo-Zenide%20jud.%20epresse.ht (Pressrelease eftersom rättsfallet endast finns på franska, hämtat 2000-10-10)